



DOTTORATO DI RICERCA
DIRITTO DELL'ARBITRATO NAZIONALE
ED INTERNAZIONALE
CICLO XXVII – A.A. 2014/2015

COORDINATORE
CHIAR.MO PROF. ROMANO VACCARELLA

TESI DI DOTTORATO
*«L'intervento del terzo e la trasformazione del
giudizio arbitrale»*

TUTOR:
CHIAR.MO PROF. ANTONIO BRIGUGLIO

CANDIDATO:
DOTT. BEKA TAVARTKILADZE

INDICE

INTRODUZIONE	3
1. L'INTERVENTO PRINCIPALE E LITISCONSORTILE: LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ	
1.1 <i>L'accordo delle parti</i>	9
1.2 <i>Il consenso degli arbitri</i>	11
2. L'INTERVENTO ADESIVO DIPENDENTE E QUELLO DEL LITISCONSORTE NECESSARIO: LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ	19
2.1 <i>Il consenso degli arbitri</i>	19
2.2 <i>L'accordo delle parti</i>	21
2.3 <i>La rimessione in termini dell'interventore necessario</i>	27
2.4 <i>La tutela delle parti originarie</i>	34
2.5 <i>Lo scioglimento del rapporto parti – arbitri</i>	42
3. LA CHIAMATA IN ARBITRATO DEL TERZO	47
3.1 <i>Il consenso degli arbitri</i>	47
3.2 <i>L'accordo del terzo</i>	48
3.3 <i>L'accordo delle parti</i>	50
3.4 <i>La chiamata del terzo da parte degli arbitri</i>	52
4. LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO VENUTO A MANCARE NEL PROCEDIMENTO PLURILATERALE	56
4.1 <i>La sostituzione dell'arbitro e l'intervento litisconsortile</i>	59
4.2 <i>La sostituzione dell'arbitro e l'intervento principale</i>	81
4.3 <i>La sostituzione dell'arbitro ed il terzo parte della convenzione arbitrale</i>	86
4.4 <i>La sostituzione dell'arbitro e il litisconsorte necessario pretermesso</i>	88
4.5 <i>L'impossibilità di procedere alla sostituzione dell'arbitro</i>	89

5.	L'INTERVENTO ANTERIORE ALLA COSTITUZIONE DEL COLLEGIO	94
	5.1 <i>La designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro</i>	96
6.	LE MODALITÀ DELL'INTERVENTO DEL TERZO ALLA LUCE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI FORMA E MODIFICA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE	99
	6.1 <i>La forma della convenzione arbitrale</i>	99
	6.2 <i>La forma dell'atto modificativo della convenzione arbitrale</i>	110
7.	IL PROCEDIMENTO ARBITRALE DOPO L'INTERVENTO DEL TERZO	113
	7.1 <i>Il tempo della modificazione delle regole del procedimento</i>	115
	7.2 <i>La modificazione del rito e la posizione dell'interveniente</i>	125
	7.2 <i>La modificazione del rito e la posizione delle parti originarie</i>	132
	OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	137
	BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUZIONE

Il miglior modo per introdurre questo lavoro è quello di esporre in forma sintetica l'iter seguito nel corso della redazione.

Il presente lavoro voleva essere originariamente uno studio comparatistico sull'intervento del terzo nell'arbitrato. All'uopo, si è pensato di prendere l'avvio dalla riforma introdotta dal d.lgs. n. 40/2006. Così, preso l'art. 816 *quinquies* c.p.c., si è subito visto che le norme ivi contenute innovano profondamente lo stato dell'arte dell'intervento del terzo nell'arbitrato. La nuova disciplina è andata a colmare una lacuna normativa a fronte della quale la dottrina appariva profondamente divisa sull'ammissibilità delle diverse tipologie di intervento. Rispetto a questo scenario le norme introdotte dall'art. 816 *quinquies* c.p.c. rappresentano sicuramente un grosso passo in avanti rispetto allo stato dell'arte dell'elaborazione dottrinale. Sicché, a questo punto, continuare a parlare della natura dell'arbitrato e a studiarla pareva un anacronismo. Si è deciso quindi di passare direttamente all'analisi del dato positivo. Ciò posto però, proprio in ragione del dato positivo, non era il caso di chiudere frettolosamente la parabola sulla natura dell'arbitro. Più in generale, proprio per capire cosa l'art. 816 *quinquies* c.p.c. dispone in concreto si è reso necessario approfondire meglio i fondamentali dell'arbitrato. Come più diffusamente esposto nel corpo della tesi, l'art. 816 *quinquies* c.p.c. non specifica l'ambito di applicazione delle norme di cui al primo e al secondo comma. Così di nuovo le incertezze sulla natura dell'arbitrato sono tornate alla ribalta. Da un lato, i sostenitori della natura contrattuale dell'arbitro sono pronti a fornire un'interpretazione restrittiva dell'ammissibilità dell'intervento del terzo. Dall'altro, i sostenitori della natura processuale dell'arbitrato sono invece orientati in maniera più possibilista. In tutto ciò però una cosa era acquisita per pacifica: la necessità del consenso degli arbitri rispetto alle fattispecie di intervento innovative del *thema decidendum*. Le perplessità sul punto verranno meglio esposte – in particolare ai §§ 1.2; 2.1 e 3.1. In linea generale però giova anticipare le linee guida del ragionamento svolto. Posto che si critica l'ordine di idee per cui gli interventi litisconsortile e principale necessitano del consenso degli arbitri, le alternative sono due. O si ammette che il consenso degli arbitri sia necessario ai fini dell'intervento del terzo. Oppure, se si nega rilevanza al consenso degli arbitri, si deve concedere loro

una via di fuga. Si deve ciò ammettere che gli arbitri rinuncino legittimamente al mandato. In questo secondo caso si è subito pensato a quali potessero essere le conseguenze di detta rinuncia. Per usare le luttuose parole dell'art. 811 c.p.c., l'arbitro sarebbe così venuto meno. È qui che è sorto un dubbio fondamentale: cosa accade in un arbitrato plurilaterale in cui viene meno un arbitro? Ulteriore variante: cosa accade in un arbitrato che nasce bilaterale e successivamente diviene litisconsortile, se viene meno un arbitro?

Si è cercato di dare un risposta sulla base dell'art. 811 c.p.c. in materia di sostituzione dell'arbitro. Il problema però è che quest'articolo prende in considerazione l'arbitrato bilaterale. Il primo passo svolto verso la stesura della presente tesi è stato allora capire come adattare l'art. 811 c.p.c. al procedimento plurilaterale. Il che vuol dire chiedersi come sia possibile adattare i meccanismi di nomina del collegio stabiliti per un giudizio bilaterale ad uno litisconsortile.

In ragione dei dubbi sorti sulla sostituzione dell'arbitro nel procedimento litisconsortile si è cominciato a inquadrare meglio il problema centrale della tesi. Abbandonata definitivamente la prospettiva comparatistica si è scelto di dedicarsi alla dimensione esclusivamente nazionale. La questione principale è stata capire come il processo arbitrale, sorto come bilaterale, potesse trasformarsi in plurilaterale. Il primo versante sul quale si è sperimentata la rilevanza di suddetta questione è stata la composizione del collegio arbitrale. Tema che, come è possibile intuire, presuppone una breve analisi dei meccanismi di composizione del collegio arbitrale nel procedimento plurilaterale. Nel corso della redazione della tesi si è però visto che il "passaggio" dalla struttura bilaterale dell'arbitrato a quella plurilaterale non rilevava solamente ai fini della composizione del collegio. Oltre a ciò occorre anche valutare gli effetti del mutamento delle parti sul resto del procedimento. Oltre alla composizione del collegio si trattava infatti di capire se l'intervento del terzo producesse effetti sulla scelta del rito arbitrale, sulla determinazione del termine per rendere il lodo, sull'eventuale mandato a decidere secondo equità *et alia*. Questi interrogativi hanno trovato una risposta tendenzialmente omogenea. Abbozzata la questione della rilevanza dell'intervento del terzo rispetto alla composizione del collegio, tutte le altre questioni parevano tutto sommato consequenziali. Se si ammette infatti che il mutamento delle parti possa variamente influire sulla compo-

sizione del collegio, è difficile poi negare simili effetti rispetto agli altri elementi di cui si compone il giudizio arbitrale.

Questo il corpo centrale della tesi. Attorno a questo nucleo di indagine si è cercato poi di costruire la tesi vera e propria. Al fine di dare una quadratura all'argomento si sono prese partitamente in esame le diverse modalità con cui l'arbitrato, sorto bilaterale, diveniva plurilaterale. Vale cioè a dire: l'intervento e la chiamata in arbitrato. Trattando di questi temi si sono in primo luogo viste le condizioni di ammissibilità dell'intervento ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. In conclusione del secondo capitolo, dedicato all'intervento del litisconsorte necessario e di quello adesivo dipendente, si è affrontata una rilevante problematica. Questa concerne i rapporti tra l'art. 816 *quinquies* c.p.c. e l'art. 816 *quater* c.p.c. Infatti, ai sensi del prima disposizione, le ipotesi di intervento ivi contemplate sono «sempre» ammissibili. Pertanto, successivamente all'intervento del litisconsorte necessario o di quello adesivo dipendente, viene sempre a realizzarsi il processo litisconsortile. Diversamente invece, ai sensi dell'art. 816 *quater* c.p.c., quando la pluralità delle parti è palese sin dall'avvio, al fine di realizzare il processo litisconsortile, occorre che il collegio venga nominato secondo determinate cautele. Anche in questo caso, per risolvere l'aporia interpretativa, si è trattato di determinare l'ambito applicativo dei due articoli. Con la prevalenza dell'applicazione dell'uno sull'altro cui seguiva la prevalenza del "processo" sul "negozio" o viceversa. Sul punto non si può che rinviare al corpo del testo ove si avrà modo di approfondire meglio il senso della citazione riportata.

Esaurita la trattazione delle modalità di realizzazione del litisconsorzio nell'arbitrato si è passati alla questione della possibile necessità di ri-costituire il collegio in senso al procedimento litisconsortile. Ovvero, secondo un altro punto di vista, esaurita la trattazione delle modalità di realizzazione del litisconsorzio si è passati alla disamina delle modalità di funzionamento del procedimento. La prima preoccupazione quindi è stata quella di appurare che in seno al collegio le parti fossero paritariamente rappresentate e, pertanto, che lo fossero anche in riferimento al collegio ri-costituito. Si sono così viste le modalità e le condizioni di costituzione del collegio, se del caso anche tramite il ricorso alla nomina e alla sostituzione giudiziale dell'arbitro. Esposte però le condizioni legittimanti il ricorso alla nomina giudiziale dell'arbitro si è cercato di capire cosa sarebbe

successo se queste non si fossero verificate. Ovvero ci si è chiesti se l'impossibilità di ricorrere alla nomina giudiziale dell'arbitro, in difetto di un designazione pattizia, condannasse *tout court* l'arbitrato alla improcedibilità. Nella trattazione approfondita della questione si vedrà che è possibile, o almeno così pare, immaginare altre soluzioni.

Così si conclude la parte relativa allo studio delle condizioni di ammissibilità e procedibilità del giudizio arbitrale, sorto come bilaterale, e successivamente divenuto litisconsortile. Il passo successivo è stato dedicarsi alle modalità di realizzazione del giudizio litisconsortile. Ci si è in sostanza domandati come fosse possibile concretamente realizzare l'intervento o la chiamata del terzo. Per risolvere la questione si è partiti dalla considerazione per cui la modificazione della compagine soggettiva della lite rappresenta una modificazione dei limiti soggettivi della convenzione. Se così è, per realizzare l'intervento e la chiamata in arbitrato altro non bisogna fare che modificare i limiti della convenzione arbitrale. Ebbene, per modificare una convenzione tendenzialmente si deve seguire la stessa forma usata per stipularlo.

Sicché, chiarite le condizioni di ammissibilità e le modalità di esperimento dell'intervento, ne rimanevano da vedere le conseguenze sul procedimento. Si è arrivati così all'ultimo capitolo ove si cerca di comprendere se le parti, in vista dell'intervento di un terzo e del conseguente mutamento nell'economia della procedura, possano cambiare le regole di rito.

Prima di passare all'approfondimento di quanto anticipato nella presente introduzione, occorre svolgere un'annotazione metodologica. Non è dato rinvenire materiali che forniscano un sicuro appiglio sistematico al tema delle trasformazioni del giudizio arbitrale conseguenti all'intervento del terzo.

«*Con la consapevolezza di muoversi su un terreno non troppo disodato e quindi con l'avvertenza che il discorso che cercheremo di impostare vale più che altro come ipotesi*». GIOVANNI FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 828.

1. L'INTERVENTO PRINCIPALE E LITISCONSORTILE: LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ

Come noto la riforma del 2006 ha introdotto il nuovo art. 816 *quinquies* c.p.c. allo scopo dichiarato di disciplinare il tema dell'intervento dei terzi nel procedimento arbitrale. La legge delega a riguardo prevedeva l'adozione di “una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, che [garantisce] nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti, nonché relativa alla successione nel diritto controverso ed alla partecipazione dei terzi al processo arbitrale, nel rispetto dei principi fondamentali dell'istituto”¹.

Se questo è lo spirito, l'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° prevede che l'intervento volontario e la chiamata in arbitrato di un terzo siano ammessi solo con l'accordo delle parti ed il consenso degli arbitri. Il capoverso prevede poi che siano sempre ammessi l'intervento del litisconsorte necessario pretermesso e quello adesivo dipendente di cui all'art. 105 secondo comma. Infine, il comma terzo dell'art. 816 *quinquies* conclude con un secco: “si applica l'articolo 111”.

Nessuna disposizione disciplina tuttavia le modalità con le quali si esperisce l'intervento, né le relative conseguenze sul procedimento. L'attenzione del legislatore è diretta in maniera pressoché esclusiva – ma non esaustiva – alle condizioni di ammissibilità.

Il punto di partenza offerto dal primo comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. è la necessità dell'accordo delle parti e del consenso degli arbitri. La norma presenta una formulazione generale ed omnicomprensiva. Tuttavia, giacché il secondo comma dell'articolo in esame disciplina specificamente l'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente, l'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. viene a definirsi per esclusione. Esso fa quindi riferimento agli interventi principale ed adesivo autonomo, entrambi innovativi del *thema decidendum*.

¹ L. 14 Maggio 2005 n. 80, G.U. n. 111 del 14/05/2005 Supplemento Ordinario n. 91, Art. 1 lett. b).

La norma lascia insoluti una serie di quesiti che verranno di seguito analizzati. Il primo luogo se l'accordo delle parti ed il consenso degli arbitri siano richiesti anche qualora il terzo sia parte della convenzione d'arbitrato. La risposta al quesito, tutt'altro che pacifica, apre una serie di interrogativi ulteriori.

1.1. L'ACCORDO DELLE PARTI

Il primo elemento da prendere in considerazione è l'oggetto dell'accordo delle parti. A tal proposito occorre fare un importante chiarimento. Si spiega infatti incisivamente che sebbene si parli di consenso all'intervento “*per ragioni sistematiche l'oggetto della richiesta manifestazione di volontà non può essere solo, e non sarà dunque tanto, la mera accessione al procedimento, quasi fosse un atto di misteriosa ospitalità endoprocedurale. L'incontro della volontà manifestata dal terzo interveniente e della convergente volontà delle parti deve essere così idonea a determinare il sorgere di una nuova convenzione arbitrale [...]*”². Se ne desume che il consenso dato dalle parti si riferisce all'estensione degli effetti della clausola compromissoria³. Pertanto si può altresì ritenere che l'accordo delle parti all'intervento principale e litisconsortile sia richiesto solo qualora l'interveniente sia estraneo alla convenzione d'arbitrato⁴. Ciò

² Così CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 843; per un paragone con il diritto sostanziale cfr. REALMONTE F., *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000, p. 96.

³ CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, Fasc. 4, 2012, p. 843.

⁴ PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, CEDAM, Padova, 2012, Vol. II, p. 118; SALVANESCHI L., sub *Art. 816* quinquies, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura CIAN G., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., 2007, fasc. 6, p. 1292; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Giuffrè, 2006, Milano, p. 291; RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile, Artt. 806-840*, a cura di CARPI F., *Le riforme del diritto italiano*, Zanichelli, 2008, p. 455; LIPARI G., sub *Art. 816* quinquies, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III, tomo 2°, CEDAM, Padova, 2009, p. 779; GRADI M., sub *Art. 816* quinquies, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010, p. 219, 220, §§ IV.3, IV.4 ivi ulteriori riferimenti; *contra* GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1, p. 295; NELA P.L., sub *Art.*

in quanto laddove gli effetti di questa non debbano estendersi, in quanto l'interveniente sia già parte della convenzione, non serve alcun consenso⁵.

A questa linea di pensiero si è tuttavia ribattuto che “*sottrarre l'intervento principale o litisconsortile al consenso delle parti significa in pratica escludere queste ultime dalla possibilità di concorrere paritariamente alla nomina del collegio con riguardo ai diritti (connessi ma diversi) dedotti in arbitrato dall'interveniente*”⁶. Avverrebbe così che il collegio nominato dalle parti originarie al fine di decidere una certa controversia ne debba invece decidere un'altra, connessa alla prima, seppure da essa distinta⁷. Il problema che si pone quindi è quello di “*salvaguardare il diritto di tutti alla libera e paritaria partecipazione alla nomina del collegio*”⁸. Se così è, il quesito assume una diversa conformazione. Non si tratta propriamente di definire se le parti originarie debbano prestare il loro consenso all'intervento nel procedimento del terzo già parte della convenzione arbitrale. Piuttosto il quesito è, o almeno pare essere, come garantire la libera e paritaria partecipazione di tutti alla nomina del collegio. Questa tema verrà analizzato più approfonditamente nel prosieguo dello scritto ma già ora è possibile svolgere una considerazione di buon senso. Se le parti di una convenzione plurilaterale instaurano un procedimento senza coinvolgere un terzo che pure è parte della convenzione, è ben opportuno che gli originari litiganti tengano in considerazione la possibilità che il terzo intervenga. Sicché è per lo meno auspicabile che tale evenienza venga ben valutata al momento della costituzione del collegio arbitrale.

816 quinquies, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI S., Vol. II, Bologna, 2007, p. 1751.

⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, CEDAM, Milano, 2004, p. 756; RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, Riv. arb. 1995, p. 647 e ss.; GRADI M., sub *art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 219, 220, §§ III.3, III.4. *Infra* §2.2 per verificare se la soluzione corrisponde anche al caso dell'intervento adesivo dipendente e del litisconsorte necessario.

⁶ GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, op. ult. cit., p. 295 sub nota n. 7.

⁷ GRAZIOSI A., *ibidem*.

⁸ GRAZIOSI A., *ibidem*.

Posto questo è ora opportuno definire l'ulteriore requisito del consenso degli arbitri.

1.2. *IL CONSENSO DEGLI ARBITRI*

Si è visto che il consenso delle parti all'intervento del terzo porta alla stipulazione di una nuova convenzione arbitrale. Se così è risulta difficile capire il ruolo del consenso degli arbitri. Costoro infatti non sono parti della convenzione d'arbitrato e pertanto non dovrebbe essere loro consentito di sindacare sull'estensione o meno degli effetti di questa. L'art. 816 *quinquies* c.p.c. nella sua brevità non specifica però quale sia l'oggetto della manifestazione di volontà degli arbitri e i relativi effetti. Il primo spunto di indagine può essere la diversità terminologica tra il "consenso" degli arbitri e "l'accordo" delle parti⁹.

"Consenso" ed "accordo" sono in larga parte sinonimi o, tutt'al più, sono usati come tali. Né pare possibile distinguere i due termini dal punto di vista della teoria generale del diritto. Si è cercato pertanto di individuare il motivo della distinzione sotto un altro profilo: quello cronologico. L'accordo sarebbe preventivo all'estensione degli effetti della convenzione; il consenso reso dagli arbitri sarebbe invece successivo¹⁰. Il primo quindi dovrebbe essere espresso, seppure non solenne; il secondo invece potrebbe anche essere tacito. L'arbitro che omettesse di esprimere il proprio dissenso tacitamente acconsentirebbe all'ingresso del terzo. Tale decisione tuttavia non sarebbe di spettanza di ogni arbitro in quanto soltanto il rifiuto della maggioranza del collegio escluderebbe l'intervento del terzo¹¹. Volendo ulteriormente riassumere a dover essere espressi sono: l'accordo delle parti affinché il terzo possa intervenire; il rifiuto della maggioranza degli arbitri al fine di precluderne l'ingresso.

Questa ricostruzione, incentrata sulla distinzione cronologica tra accordo e consenso, non può essere condivisa per diversi profili. In primo luogo l'articolo 816 *quinquies* c.p.c. configura tanto il consenso quanto

⁹ In questo senso NELA P.L., sub *Art. 816 quinquies*, op. ult. cit., p. 1752.

¹⁰ NELA P.L., *ibidem*.

¹¹ NELA P.L., *ibidem*; LIPARI G., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 783.

l'accordo come pre-condizioni all'ingresso del terzo. Non vi è traccia di una diversa scansione temporale tra la dazione del consenso e l'accordo tra le parti. Inoltre, anche se una differenza temporale ci fosse, non vi sarebbe modo di inferire da ciò che l'una debba risultare espressamente e l'altra possa essere tacita. Ciò che si richiede per l'intervento del terzo è la stipulazione di una nuova convenzione d'arbitrato¹² ovvero l'allargamento dei limiti soggettivi di quella originaria¹³. A questo fine, tanto il consenso quanto l'accordo possono risultare anche implicitamente. Ciò che conta è che siano inequivoci. Pertanto, l'estensione della convenzione d'arbitrato al terzo può avvenire anche attraverso un accordo tacito delle originarie parti stipulanti. Ciò avviene qualora, a fronte di una richiesta di intervento del terzo, le parti prendano posizione circa le pretese fatte valere in arbitri dall'interveniente senza contestarne l'ingresso¹⁴.

Rimane ancora da capire il senso dell'uso delle due locuzioni: consenso ed accordo – diverse seppur sinonime. Inoltre, ritenendo che il legislatore abbia fatto semplicemente sfoggio letterario, rimarrebbe inspiegato per quale motivo chi non è parte di un negozio possa sindacarne la rinnovazione.

La differenza tra “consenso” degli arbitri ed “accordo” delle parti va ricercata più semplicemente nel motivo per cui queste vengono richieste. Dell'accordo delle parti si è già detto. Il motivo è dato dalla necessità che, almeno nel caso degli interventi litisconsortile e principale, si estendano gli effetti della convenzione di arbitrato nei confronti di chi non ne è parte. Diverso invece il motivo per cui si richiede il consenso degli arbitri. Costoro non sono titolari di alcun diritto controverso e non sono neanche parti di alcuna convenzione d'arbitrato.

Il loro consenso è richiesto perché interventi ampliativi del *thema decidendum*, quali appunto quelli di cui all'art. 816 *quinquies* co. 1°, im-

¹² CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 844.

¹³ Sul tema diffusamente ZUCCONI GALLI FONSECA E., op. ult. cit., p. 183 ss.

¹⁴ CONSOLO C., op. ult. cit., p. 850: “*Sembra [...] opportuno prospettare un'applicazione analogica del terzo comma dell'art. 817 c.p.c.: qui l'eccezione avrà però ad oggetto anzitutto la violazione dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale (...), ed il terzo diverrà oramai incontestabilmente parte del procedimento (appunto ex art. 817 comma 3° e 829 c.p.c.) se nessuna della parti ordinarie la sollevi nel corso del procedimento arbitrale*”.

plicano un aggravio dell'oggetto del mandato a decidere la lite¹⁵. Il consenso degli arbitri è quindi richiesto in funzione della salvaguardia dello *spatium deliberandi* loro spettante.

Non si vede però come tale salvaguardia possa giustificare l'attribuzione a costoro del potere di decidere sull'estensione degli effetti della convenzione d'arbitrato. Ciò non è neanche spiegato quando si sostiene¹⁶ che il consenso degli arbitri sia necessario in una duplice occasione: per il perfezionamento così come per la modifica del «rapporto processuale» nascente dal patto compromissorio dato dall'insieme di due elementi: il primo, la convenzione di arbitrato, che lega le parti; il secondo, il cd. «contratto di arbitrato», che lega ciascuna parte al relativo arbitro. L'affermazione tuttavia non spiega perché il consenso degli arbitri, oltre ad essere necessario per modificare il rapporto tra essi e la rispettiva parte, serva anche per modificare quello tra le stesse parti. Sostenere che gli arbitri abbiano titolo di interferire nella convenzione di arbitrato equivale a qualificarli come veri e propri parti in causa¹⁷.

Il consenso dell'arbitro è richiesto al fine di modificare il rapporto tra esso e la parte, ovvero sia la novazione oggettiva del cd. «contratto di arbitrato». L'assenza del consenso impedirà la novazione, ma nessun effetto potrà allora essere prodotto sul diverso, seppur collegato, rapporto tra le parti stesse. Affermare il contrario, posto che gli arbitri non sono parti in causa, significa violare il principio di relatività degli effetti del negozio.

Inoltre sostenere che, nonostante l'accordo unanime delle parti, la mancanza del consenso degli arbitri precluda l'ingresso del terzo equivale a attribuire a costoro il potere di regolare lo svolgimento del procedimento

¹⁵ Per tutti PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. II, p. 119.

¹⁶ PUNZI C., *ibidem*, Vol. II, p. 123.

¹⁷ Spiega efficacemente come i rapporti tra le parti e quello tra essi e gli arbitri siano su due piani distinti ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, op. cit., p. 56, 57; DIMUNDO A., *Il mandato ad arbitrare*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA G., VIGORITI V., UTET, 2013, p. 468 e ss.

contrariamente alla volontà dei compromittenti¹⁸. Così facendo non solo si contraddice uno dei criteri direttivi per l'emanazione della nuova disciplina dell'arbitrato plurilaterale, bensì lo stesso art. 816 *bis* c.p.c.

Giova infatti ricordare che tra i criteri guida dell'azione del legislatore delegato vi è: “*il rispetto della volontà originaria e successiva delle parti*”. Inoltre, attribuire agli arbitri la facoltà di decidere sull'intervento del terzo significa concedere loro il potere di regolamentare il procedimento. Tale attribuzione avverrebbe prima che il giudizio arbitrale – plurilaterale – sia avviato; quindi in contrasto con l'art. 816 *bis* c.p.c.

Alla luce di quanto sopra si esclude che la mancata prestazione del consenso da parte di un arbitro precluda al terzo la possibilità di intervenire. Si può invece ritenere che, per effetto della mancata prestazione del consenso, venga a sciogliersi il rapporto tra l'arbitro dissenziente e la parte che lo ha nominato¹⁹.

È opportuno in primo luogo distinguere la dazione del consenso dalla valutazione della sussistenza delle situazioni legittimanti di diritto sostanziale. La prima è volta a tutelare lo *spatium deliberandi* degli arbitri di fronte all'ampliamento del *thema decidendum*. Come tale essa è configurabile solo per l'intervento litisconsortile e quello *ad excludendum*. La seconda prescinde totalmente dalla tutela della posizione degli arbitri. La valutazione circa la presenza della situazione giuridica sostanziale legittimante l'intervento è un'analisi che gli arbitri debbono compiere sempre: sia nelle ipotesi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°;

¹⁸ Così anche MARENGO R., *La procedura arbitrale*, in Riv. arb., 2005, p. 804. *Mutatis mutandis* si ritiene che l'idea della prevalenza del potere dispositivo delle parti su quello degli arbitri sia espresso anche in LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 346. Qui si sostiene che le parti mantengano in potere di disciplinare le regole del procedimento arbitrale pur dopo la costituzione del collegio. Aggiunge l'A. che semmai saranno gli arbitri a rimettere il mandato per giusta causa nel caso in cui non siano d'accordo con le regole disposte dalle parti. In tal senso anche VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 503; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 17.

¹⁹ In questo senso SIRACUSANO A., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA R., VERDE G., Torino, 1997, p. 816; Più limitatamente affermano che serva solo l'accordo delle parti CODOVILLA E., *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, UTET, 1915, p. 394, 395; MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, UTET, Torino, Vol II, p. 545; MARENGO R., *La procedura arbitrale*, op. cit., p. 804.

sia in quelle del comma 2°. In altre parole, spetta agli arbitri valutare se effettivamente il diritto di cui è portatore l'interventore "sedicente" principale o litisconsortile sia connesso per oggetto o per titolo a quello dedotto nel procedimento. Così come spetta agli stessi arbitri valutare se il terzo sia un litisconsorte necessario pretermesso ovvero ancora intervenga per supportare le ragioni di alcuna delle parti.

Nel caso in cui gli arbitri non ritengano sussistenti le condizioni legittimanti l'intervento, costoro non rifiuteranno il consenso all'intervento, bensì dichiareranno inammissibile l'intervento.

Si è visto quindi che il consenso degli arbitri non influisce sui limiti soggettivi della convenzione arbitrale. Al limite, qualora l'arbitro negasse il consenso all'intervento si avrebbe lo scioglimento del «contratto di arbitrato». Bisogna ora vedere i casi in cui lo scioglimento appare giustificato.

Si ritiene innanzi tutto che il consenso degli arbitri non sia richiesto qualora il terzo sia vincolato dalla convenzione di arbitrato dalla quale scaturisce la controversia²⁰. La ragione risiederebbe nel fatto che, accettando l'incarico, gli arbitri ben sanno che la lite potrebbe interessare tutte le parti della convenzione di arbitrato. In simili circostanze lo *spatium deliberandi* degli arbitri risulta già sufficientemente garantito senza la necessità di successivi ripensamenti.

Allo stesso modo si ritiene che il consenso degli arbitri non sia richiesto qualora ad intervenire nel procedimento arbitrale sia il litisconsorte necessario. Ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia o meno parte della convenzione di arbitrato. La sola differenza tra le due ipotesi è che al litisconsorte necessario che non sia parte della convenzione di arbitrato non potrebbe essere imposta la via arbitrale²¹. Il litiscon-

²⁰ RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*, op. cit. p. 455; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, op. cit., p. 291; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. II, p. 127; SALVANESCHI L., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit. p. 1294; LIPARI G., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 777; GRADI M., sub *Art. 816 quinquies*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010, p. 220, § IV.5.

²¹ Così espressamente RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*, op. cit. p. 456; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, op. cit., p. 292.

sorte necessario pretermesso che decida di intervenire tuttavia, per definizione, non amplia il *thema decidendum*. Ne consegue quindi che il problema della salvaguardia dello spazio decisorio degli arbitri non si pone. Altri hanno contrariamente ritenuto che l'accesso del terzo, seppur non innovativo, comporti comunque nuove iniziative istruttorie ed allegazioni tali da aggravare l'oggetto della prestazione dell'arbitro²². L'obbiezione non sembra da accogliere. L'oggetto della prestazione alla quale è tenuto l'arbitro è la decisione sul diritto controverso. Per adempiere alla prestazione l'arbitro dovrà vagliare le allegazioni delle parti e decidere sulle istanze istruttorie, ma queste non ne rappresentano propriamente l'oggetto. Inoltre, qualora la mole delle allegazioni e le istanze proposte dal terzo interventore sia realmente ostativa all'adempimento della prestazione, gli arbitri potrebbero avvalersi delle ipotesi di proroga del termine per la decisione di cui all'art. 820 c.p.c. In ognuno dei due casi lo spazio decisorio degli arbitri risulta comunque tutelato senza il bisogno di chiederne il consenso. Sicché gli arbitri non possano legittimamente rinunciare al mandato nel caso di intervento del litisconsorte necessario. Ciò né quando costui sia estraneo alla convenzione arbitrale né, *a fortiori*, qualora ne sia parte.

Posto ciò, l'intervento di terzi è pur sempre una «complicazione soggettiva»²³ che potrebbe incidere sulla terzietà ed equidistanza dell'arbitro. Sotto questo profilo, l'interesse dell'arbitro a rendere il lodo in ragione della qualità delle parti coinvolte appare invece meritevole di tutela. Difatti, qualora l'interveniente sia una parte originaria della convenzione di arbitrato, l'arbitro potrà valutare l'opportunità di accettare l'incarico anche in funzione della possibilità del di lui intervento. Qualora, al contrario, l'interveniente non sia una parte originaria della convenzione, l'arbitro sicuramente non potrà svolgere alcuna riflessione sul punto. Se l'intervento del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato dovesse

²² CECHELLA C., *Le regole dettate dall'autonomia dei terzi*, in *L'arbitrato* a cura di CECHELLA C., UTET, Torino, 2005, p. 179.

²³ L'espressione è di CARNACINI T., *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, Vol. I, tomo II, UTET, Torino 1958.

minare la terzietà e l'equidistanza dell'arbitro bisognerà allora riconoscere a costui la possibilità di rinunciare al mandato²⁴.

A ben vedere però il fatto che l'interveniente sia una parte originaria della convenzione di arbitrato non mette l'arbitro in grado di valutare ogni profilo che possa minare la propria imparzialità. Difatti, la sola circostanza che il terzo sia parte della convenzione, consente all'arbitro di ipotizzarne l'intervento, ma non le relative modalità. Così infatti qualora il terzo decida di intervenire facendosi rappresentare nel procedimento da un commensale abituale di un arbitro; oppure da un parente entro il quarto grado di quest'ultimo o della di lui moglie. Anche in questi casi, indipendentemente dal fatto che il terzo fosse parte originaria della convenzione, deve essere garantita all'arbitro la possibilità di rinunciare all'incarico per giustificato motivo.

Si è visto l'effetto e l'ambito nel quale si chiede il consenso degli arbitri all'intervento del terzo. Bisogna ora vedere se il consenso debba essere espresso da ciascuno degli arbitri ovvero dal collegio.

Si è recentemente sostenuto che non sia richiesta il consenso di tutti i componenti del collegio affinché il terzo potesse intervenire; bensì che sia sufficiente la maggioranza. Ciò all'evidente scopo di favorire la realizzazione del *simultaneus processus*. È stato affermato infatti che il consenso degli arbitri, al plurale, significa che il riferimento è rivolto all'organo decisorio come collegio. Pertanto servirebbe una decisione collegiale, da prendere a maggioranza²⁵, potendosi quindi scavalcare il rifiuto del singolo arbitro. È vero anche però che la ragione per cui si richiede il consenso degli arbitri – la tutela del loro spazio decisionale – consiglia di garantire ad ognuno di essi la possibilità di scegliere autonomamente. Una volta affermato che il consenso dell'arbitro non è essenziale per la realizzazione del *simultaneus processus*, non vi è motivo di sacrificare l'autonomia di giudizio di ciascun arbitro. A ciascuno degli arbitri spetta

²⁴ SALVANESCHI L., sub Art. 816 quinquies, op. cit., p. 1294, secondo la quale “bisognerebbe comunque accettare che il loro consenso possa mancare (...) qualora gli arbitri stessi possano allegare situazioni di incompatibilità con i nuovi venuti”.

²⁵ LIPARI G., sub Art. 816 quinquies, op. cit., p. 783; NELA P.L., sub Art. 816 quinquies, op. cit., p. 1752.

quindi di svolgere le proprie valutazioni circa l'opportunità di concedere o negare il consenso in totale autonomia.

Il rifiuto dell'arbitro rispetto all'intervento del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato determina quindi lo scioglimento del rapporto tra esso e la parte che lo ha nominato. Usando cioè le parole dell'art. 811 c.p.c., dal punto di vista del procedimento arbitrale, l'arbitro viene a mancare.

Si pone così il problema di come sostituire l'arbitro venuto meno nel rispetto della parità delle parti. La soluzione di questo quesito non solo influenza il funzionamento del procedimento arbitrale ma ne rappresenta anche una condizione implicita di procedibilità. È infatti chiaro che il procedimento arbitrale litisconsortile possa proseguire solo a condizione che, venuto meno un arbitro, il collegio sia ricostituito. La mancanza del consenso degli arbitri quindi, pur non determinando l'inammissibilità dell'intervento, può causare l'improcedibilità dell'arbitrato litisconsortile qualora non sia possibile sostituire l'arbitro "dimissionario".

Si avverte tuttavia che la sostituzione dell'arbitro venuto a mancare è un problema generale. Esso non è legato alla sola ipotesi del mancato consenso dell'arbitro all'intervento litisconsortile o principale del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato. La sostituzione deve infatti avvenire non soltanto quando l'arbitro nega il consenso all'intervento del terzo ma per "qualunque motivo" (art. 811 c.p.c.) egli venga a mancare.

Detto quanto sopra, prima di passare alla disamina delle modalità di sostituzione dell'arbitro nel procedimento litisconsortile, è opportuno vagliare altri casi in cui gli arbitri possano venire a mancare. Per fare ciò occorre prendere in esame le ipotesi di intervento del terzo di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c.

2. L'INTERVENTO ADESIVO DIPENDENTE E QUELLO DEL LITISCONSORTE NECESSARIO: LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ

Il secondo comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2° disciplina l'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente. Esso stabilisce: “*sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'art. 105 e l'intervento del litisconsorte necessario*”. La disposizione non si cale della valenza sistematica dell'intervento nell'arbitrato ma semplicemente riporta: “*sempre ammessi*”. *In primis* non si chiarisce se ad essere sempre ammesso sia l'intervento del litisconsorte necessario estraneo alla convenzione arbitrale ovvero di quello che ne sia già parte²⁶. Così come la norma non chiarisce quali siano le conseguenze prodotte dall'intervento sul procedimento arbitrale. Al fine di vedere la reale portata della norma in questione è quindi utile dedicare ulteriori riflessioni all'accordo delle parti e al consenso degli arbitri. Tuttavia, convenendo iniziare in ordine crescente di difficoltà, è opportuno invertire l'ordine espositivo seguito nel capitolo precedente.

2.1. IL CONSENSO DEGLI ARBITRI

Anche in questo frangente, il discorso non è dissimile rispetto a quello precedentemente svolto per l'intervento principale e litisconsortile²⁷. Anche qui si ritiene che richiedere il consenso degli arbitri all'intervento di un terzo nel procedimento violi il principio di relatività del contratto. Difatti, in tanto un terzo può intervenire nel procedimento in quanto egli sia parte della convenzione arbitrale²⁸. Se così è gli arbitri

²⁶ Cfr. CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 3, p. 593 e ss. Ritengono comunque che la norma non sia sufficiente a risolvere i problemi che sono stati messi in luce dalla precedente elaborazione dottrinale GRADI M., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 217 §1; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina dell'arbitro*, op. cit., p. 1535. GRAZIOSI A., *Consenso delle parti e intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, p. 302 fornisce un'interpretazione correttiva della norma.

²⁷ Cfr. *supra* p. 6.

²⁸ *Amplius infra* p. 14.

essendo per definizione estranei alla convenzione non possono sindacarne la modificazione dei limiti soggettivi. Né si ritiene che possa tornar utile in alcun modo il concetto di rapporto processuale inteso come combinazione del rapporto tra le parti con quello ulteriore tra questi e gli arbitri²⁹. Rimane infatti comunque inspiegato a quale titolo gli ultimi possano ingerirsi nel rapporto tra i primi. Inoltre nel caso dell'intervento adesivo dipendente ovvero del litisconsorte necessario non occorre neanche tutelare lo *spatium deliberandi* degli arbitri in ordine all'allargamento dell'oggetto della controversia. Ciò in quanto come noto a suddetti interventi, per definizione, non consegue un simile effetto. Rimane solo da valutare, caso per caso, se il sopravvenuto mutamento della compagine soggettiva possa costituire un giustificato motivo per rinunciare all'incarico. Nulla toglie infatti che l'interveniente, sia esso una parte necessaria della controversia ovvero un "supporto" ad alcuna delle parti, possa incidere negativamente sulla terzietà, equidistanza o imparzialità dell'arbitro.

2.2. L'ACCORDO DELLE PARTI

La norma recata al comma 2° dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. è forse la più innovativa tra quelle che il d.lgs. n. 40/2006 abbia introdotto nel diritto dell'arbitrato. La legge delega si limitava a demandare l'introduzione di "*una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, che [garantisce] nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti, nonché relativa alla successione nel diritto controverso ed alla partecipazione dei terzi al processo arbitrale, nel rispetto dei principî fondamentali dell'istituto*"³⁰. Tuttavia, a fronte di una delega siffatta, incentrata sul rispetto della volontà delle parti e sul rispetto dei principî fondamentali dell'arbitrato, il legislatore delegato è parso aver preso una strada diversa. L'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente siano infatti *tout court* "sempre ammessi".

²⁹ Cfr. *supra* p. 5.

³⁰ L. 14 Maggio 2005 n. 80, G.U. n. 111 del 14/05/2005 Supplemento Ordinario n. 91, Art. 1 lett. b).

Un'interpretazione letterale della norma introdotta pare contraddire drasticamente le intenzioni della legge delega³¹. A logica infatti “sempre ammessi” vuol dire: legittimare l'intervento del terzo anche qualora le parti originarie siano ostinatamente contrarie. Ebbene, si è notato che se questa fosse l'interpretazione da dare al comma 2° dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. sorgerebbe una questione di legittimità costituzionale di difficile soluzione. Ammettere l'intervento del terzo a fronte del dissenso delle parti originarie significa infatti imporre a queste ultime un procedimento arbitrale contro la loro volontà. Sicché, contrariamente a quanto prescritto nella legge delega, la disciplina introdotta sarebbe in contrasto con il fondamentale principio di consensualità dell'arbitrato³².

A fronte di questa difficoltà ermeneutica si è proposta un'interpretazione restrittiva per cui ad essere “sempre ammesso” è l'intervento adesivo dipendente del litisconsorte necessario già parte della convenzione arbitrale³³.

La tesi proposta, sebbene abbia il nobile scopo di preservare il principio consensualistico, non pare accettabile. Aderendo all'interpretazione criticata si darebbe una lettura abrogativa del comma secondo dell'articolo 816 *quinquies* c.p.c. Difatti, anche in assenza di suddetta disposizione, l'intervento nel procedimento della parte che abbia sottoscritto la convenzione di arbitrato sarebbe nondimeno possibile. Ne consegue pertanto che la tesi per cui ad essere “sempre ammesso” sarebbe l'intervento del terzo firmatario delle convenzione arbitrale è da rigettare. Di riflesso ne deriva che, indipendentemente dal consenso degli arbitri e dall'accordo delle parti, l'intervento di cui agli articoli 102 e 105 comma

³¹ CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 3, p. 593 e ss. In particolare a p. 599 l'A. paventa anche il rischio di incostituzionalità di una norma siffatta.

³² CORSINI F., op. ult. cit., *ibidem*.

³³ CORSINI F., op. ult. cit., *ibidem*; *contra* CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 848 ss.; CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 6, p. 1414; SALVANESCHI L., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 1293, 1294; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Modelli arbitrali e controversie sociali*, in riv. trim dir. proc. civ., 2006, fasc. 3, p. 516; GRADI M., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 220; LIPARI G., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 788, 789; MARENGO R., *La procedura arbitrale*, op. cit., p. 802; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina dell'arbitro*, op. cit., p. 1533 e ss.

2° c.p.c. è “sempre ammesso” – pur se effettuato da chi è estraneo alla convenzione di arbitrato.

Se così è però, fermo quanto sopra, si pone una duplice necessità. Da un lato, fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norma che salvaguardi quindi l'accordo delle parti. Dall'altro, in antitesi, spiegare per quale motivo il consenso delle parti non sia richiesto. Per questa via, due paiono i profili di indagine: il primo è il motivo per cui l'intervento è ammissibile a prescindere dall'accordo delle parti; il secondo è perché l'accordo non sia richiesto né per l'intervento del litisconsorte necessario né per l'intervento *ad adiuvandum*.

A questi quesiti si può rispondere partendo dalla considerazione per cui entrambe le tipologia di interventi non innovano il *thema decidendum*. L'oggetto dell'azione esercitata in arbitri rimane quindi, in entrambi i casi, immutato. Per effetto dell'intervento di cui agli articoli 102 e 105 comma 2° c.p.c. la controversia che le parti hanno convenuto di devolvere alla cognizione degli arbitri non muta. Ebbene, non mutando l'oggetto dell'accordo – bensì i soggetti tra i quali l'accordo intercorre³⁴ – il legislatore nega agli originari paciscenti la legittimazione a revocare il consenso prestato. In altre parole, immutato l'oggetto della lite, si esclude la rilevanza del profilo soggettivo ai fini della prestazione del consenso alla convenzione arbitrale. Cambia la forma ma la sostanza è la stessa anche se si ricostruisce la vicenda in termini di presunzioni di consenso. Per tale via, l'ingresso del litisconsorte necessario sarebbe assistito da una presunzione assoluta di consenso delle parti originarie della convenzione di arbitrato³⁵. Se infatti le parti hanno voluto devolvere agli arbitri una controversia, ma questa non può essere decisa se non nel contraddittorio con un'altra parte, si presume che abbiano acconsentito alla partecipazione anche di questa³⁶. Tanto più che nel caso inverso, qualora il litisconsorte

³⁴ Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002 (ristampa), p. 129; MESSINEO F., *sub Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in Enc. dir., Vol X., Giuffrè, 1962.

³⁵ CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 848 ss.; CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 1416.

³⁶ CONSOLO C., *ibidem*; in senso parzialmente conforme RUFFINI G., *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, Riv. arb., 1991, p. 551;

necessario non vi prendesse parte, il giudizio arbitrale sarebbe improcedibile³⁷.

Anche l'intervento *ad adiuvandum* è assistito da una simile presunzione assoluta. Il consenso viene qui “*ipostatizzato in chiave oggettiva*”³⁸, si ha quindi riguardo alla volontà delle parti di devolvere ad arbitri la competenza circa una determinata controversia. Ciò anche se nel caso in questione la partecipazione del terzo non è una condizione necessaria per la procedibilità dell'arbitrato. Infatti, concedere all'interveniente *ad adiuvandum* di far ingresso nel procedimento senza che sia necessario l'accordo delle parti realizza notevoli vantaggi a un prezzo limitato – «bilanciamento costi benefici». Si tutela anticipatamente ed in maniera più efficiente la posizione del terzo, il quale sarà incentivato a difendersi nel procedimento arbitrale piuttosto che contare sull'opposizione di terzo. Gli originari compromittenti inoltre non dovranno attendere il tempo di un ulteriore giudizio di impugnazione per confidare nella certezza del lodo³⁹. Tutto ciò senza allargare il *thema decidendum*, quindi senza appesantire oltremodo il procedimento arbitrale.

Per rispondere ai quesiti sopra posti si può quindi affermare che: (1) il motivo per cui, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°, l'intervento *ad adiuvandum* e quello litisconsortile necessario sono sempre ammessi risiede nella obliterazione da parte del legislatore della rilevanza del profilo soggettivo dei partecipanti alla convenzione arbitrale; (2) per l'intervento del litisconsorte necessario tale obliterazione è giustificata pena la caducazione degli effetti dell'intera convenzione, per

ID., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., 681, 682; ID., RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 649; SALVANESCHI L., sub *Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 1288.

³⁷ Cfr. CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 843 e ss. In particolare a p. 849 l'A. cita la teoria del “*contraente economicamente ragionevole*” in SACCO R., *Il contratto invalido*, in *Il contratto*, vol. II, a cura di SACCO R., DE NOVA G., UTET, Torino, 2004, p. 546 e ss.

³⁸ CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 849; CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 1414.

³⁹ CONSOLO C., *ibidem*, p. 849, il quale sostiene che così si prevenivano “*opposizioni di terzo e nuove liti, anche ordinarie, con il terzo stesso*”.

l'intervento *ad adiuvandum* da ragioni di mera opportunità processuale – «bilanciamento costi benefici».

Spiegato ciò è possibile presumere *iuris et de iure* che le parti abbiano voluto, e vogliano ancora, compromettere una lite avente un determinato oggetto quando questo non muta. Diverso invece presumere che esse vogliano che il procedimento continui allo steso modo benché ne sia cambiata la composizione soggettiva. In altre parole, la presunzione assoluta avrebbe come oggetto solo la sopravvivenza e l'estensione al terzo del vincolo compromissorio. Il capoverso dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. spiega quindi solo che il vincolo compromissorio si estende al terzo. La norma non spiega invece se e come la regolamentazione del procedimento voluta dalle parti muti al variare dei compromittenti. Non si dice quindi come sia possibile trasformare in litisconsortile un procedimento sorto tra due sole parti; ovverosia come sia possibile realizzare il *simultaneus processus* successivamente all'intervento adesivo dipendente e del litisconsorte necessario

Per affrontare tali questioni è determinante analizzare più approfonditamente il meccanismo che consente al litisconsorte di intervenire.

Sopra si è visto come l'intervento del terzo pure nei casi di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c. sia imperniato sul principio consensualistico. Si è anche visto che effetto della prestazione (seppure implicita) del consenso è la modificazione della convenzione arbitrale. Altrimenti non si capirebbe da dove proverrebbe la curiosa «ospitalità endoprocedurale» di cui gode il terzo estraneo alla convenzione di arbitrato⁴⁰. Bisogna ora capire come avviene tale modificazione della convenzione di arbitrato, cosa coinvolge e quali sono le relative conseguenze.

In questo senso si sostiene che per effetto dell'intervento del terzo, tanto nei casi di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° che del successivo comma 2°, “tra il terzo e le parti [viene] a formarsi una nuova convenzione di arbitrato”⁴¹.

⁴⁰ Cfr. *supra* § 1.1.

⁴¹ CONSOLO C., *ibidem*, p. 843, 858.

Per altro verso si è però sostenuto che l'intervento del terzo avvenisse sulla base della medesima convenzione arbitrale⁴². Difatti, i limiti soggettivi di questi dovrebbero essere interpretati tenendo a mente la natura necessaria della partecipazione del terzo. Per dirla in altre parole, per la prima opzione si presume che le parti tanto abbiano voluto stipulare l'originaria convenzione di arbitrare quanto la successiva. Per la seconda, invece, si presume che le parti abbiano implicitamente stipulato una convenzione di arbitrato “*aperta*” all'intervento del litisconsorte necessario⁴³.

La questione così formulata non aiuta a spiegare quali siano le modalità di realizzazione del *simultaneus processus*.

In realtà sembra si debba fare un passo indietro. È pregiudiziale capire quale sia lo stato di fatto sul quale si innesta l'accordo diretto a concedere usbergo al terzo. Infatti non importa tanto capire se sia stata stipulata una nuova convenzione arbitrale o se siano stati estesi i limiti soggettivi di quella originaria. Si deve invece definire cosa ne è di tutto ciò che è stato fatto sulla base della convenzione di arbitrato stipulata *inter pauciores*. Vale cioè a dire che non importa se sia stata stipulata una nuova convenzione arbitrale o meno, bensì se da tale stipulazione si abbia una novazione di quella precedente. Difatti, come già accennato, la stipulazione di una nuova convenzione non ne comporta *ipso iure* la novazione. Per quest'ultimo occorre come noto l'*animus novandi*, inoltre si dovrebbe accertare che la convenzione arbitrale stipulata *inter pauciores* non sia nulla – arg. ex art. 1234 c.c.⁴⁴. Inoltre posto che ci sia una novazione bisogna definire se ciò determini l'estinzione del precedente giudizio con la perdita di efficacia di quanto ivi compiuto o meno. Parimenti non importa capire se, anziché una rinnovazione della convenzione o una novazione ne

⁴² Così sembra si debba interpretare la tesi di RUFFINI G., cfr. *supra* n. 58.

⁴³ RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., 682: “*la realizzazione successiva del litisconsorzio non è necessariamente subordinata ad una ad una estensione soggettiva del patto compromissorio [...]*”.

⁴⁴ Per tutti vedi STELLA RICHTER G., *sub art. 1234 c.c.*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di RUPERTO C., SGROI R., Giuffrè, 1994, Libro IV, Tomo I, 1994, p. 302: “*malgrado l'evidenza della cosa, data anche la concorde opinione della dottrina, la Cass. 30 Luglio 1950 ha chiarito che il primo comma si riferisce non soltanto all'inesistenza, ma anche alla nullità del negozio*”.

siano estesi i limiti soggettivi, bensì come una simile modificazione agisca sul resto.

A tal fine la prima cosa che occorre fare è partire dalla analisi sulla validità della convenzione arbitrale stipulata pretermettendo un litisconsorte necessario. Successivamente determinare quale sia la sorte degli atti compiuti sulla scorta di questa.

Ebbene, individuata la questione principale, la risposta è una sola. Basta guardare all'art. 102 comma 1° c.p.c.: “*se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo*”. Se nello stesso processo devono poter partecipare più parti, è necessario che tutte queste partecipino alla stipulazione della convenzione di arbitrato⁴⁵. Per converso, se ciò non avvenisse, il processo non potrebbe essere instaurato, non potendo la decisione pretermettere alcuna delle parti necessarie. Pertanto la convenzione di arbitrato sarebbe nulla⁴⁶ in quanto l'oggetto della convenzione arbitrale – la devoluzione della lite agli arbitri – sarebbe impossibile.

L'analisi dei casi concreti di necessità del litisconsorzio consentirebbe meglio e più approfonditamente di rilevare che, indipendentemente alle circostanze del caso concreto e dalle modalità di realizzazione del cumulo soggettivo, le regole del procedimento litisconsortile unitario sono le medesime. Questa analisi tuttavia è stato fatto meglio e prima da altri⁴⁷. Qui basti citarne brevemente il punto d'arrivo: “*se il cumulo qualificato [alias unitario ndr] ha lo scopo d'impedire l'emanazione di statuizioni di segno opposto, in quanto esse determinerebbero un conflitto pratico di giudicati,*

⁴⁵ Pacifico. Per tutti MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 651, ivi ulteriori riferimenti in dottrina. Vedi anche p. 652.

⁴⁶ Così sostanzialmente DELLA PIETRA G., *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE G., Giappichelli, Torino, 2005, p. 245; Cfr. RUFFINI G., sub art. 806 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 19, § 12 “*nelle ipotesi di litisconsorzio necessario, ove il patto compromissori sia stato stipulato soltanto da alcuni dei litisconsorti, ai fini dell'adesione dei litisconsorti pretermessi, necessaria per la decisione sul merito, sia sufficiente il consenso di uno soltanto degli originari compromittenti*”.

⁴⁷ V. MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, op. cit.; sotto altro punto di vista COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli, 1979.

è evidente che la necessità dell'accertamento unitario dipende esclusivamente dalla struttura del rapporto giuridico che funge da oggetto del processo (...)." Se ne conclude quindi che una convenzione arbitrale che pretermetta alcuno dei paciscenti necessari è nulla indipendentemente dalle circostanze del caso concreto.

Analogamente si afferma pure che una simile convenzione di arbitrato sarebbe nulla indipendentemente dal fatto che si tratti di un compromesso o di una clausola compromissoria. Se il rapporto giuridico deve essere deciso nella sua interezza e nei confronti di tutte le parti che vi siano coinvolte, non assume alcuna rilevanza che questo venga devoluto agli arbitri per mezzo di un compromesso o di una clausola compromissoria. Qualunque sia il mezzo, se la convenzione non è in grado di devolvere agli arbitri il rapporto giuridico unitario nella sua interezza, allora essa è nulla.

2.3. LA RIMESSIONE IN TERMINI DELL'INTERVENTORE NECESSARIO

Posta la nullità della convenzione di arbitrato stipulata *inter pauciores* non ne deriva però all'evidenza l'improcedibilità dell'arbitrato. Detta nullità viene infatti sanata *ex tunc* dall'intervento in causa del litisconsorte necessario⁴⁸ ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c.

Ebbene, la sanatoria *ex tunc* in tanto è possibile in quanto il litisconsorte necessario venga rimesso nella stessa posizione processuale nella quale si sarebbe trovato se avesse partecipato al giudizio sin dappprincipio⁴⁹. Tant'è che gli atti compiuti a contraddittorio non integro sono nulli –

⁴⁸ L'intervento in giudizio del litisconsorte necessario determina la sanatoria *ex tunc* del procedimento. Il punto è pacifico, per tutti LUIO F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 303; Cfr. SACCO R., *Il recupero del contratto invalido*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 2002, p. 628: "Non c'è nulla di strano nel fatto che un contratto nullo venga recuperato". Nel caso di specie si stima che tanto applicando la disciplina processuale sulla nullità degli atti che quella sostanziale la soluzione non muterebbe: si avrebbe sempre la sanatoria della nullità per il raggiungimento dello scopo.

⁴⁹ Netto e incisivo MENCHINI S., *Il processo litisconsortile*, op. cit., p. 692: "Assolutamente chiara è la disciplina delle facoltà del terzo che interviene ai sensi dell'art. 102 c.p.c.: egli ha pieni poteri e non si imbatte in alcuna preclusione (art. 268 comma secondo ultima parte c.p.c.)".

non inesistenti – e tale ipotesi di nullità è rilevabile solamente ad istanza del litisconsorte nei modi di cui all’art. 157 comma 2° c.p.c.⁵⁰. Ciò all’evidente ragione di tutelare il litisconsorte necessario pretermesso e di garantirgli pari poteri a quelli che avrebbe potuto esercitare se fosse stato citato sin dall’origine.

Ebbene, in applicazione di questo principio, occorre domandarsi quale sia la fase nella quale occorre rimettere la parte illegittimamente pretermessa e, conseguentemente, quali siano suoi poteri.

La tesi generalmente sostenuta ritiene che il litisconsorte necessario intervenga nel procedimento accettando il procedimento *in statu et termini*⁵¹. Si argomenta che l’intervento equivalga all’accettazione implicita perché altrimenti si deciderebbe di non intervenire. Sicché, l’accettazione della convenzione comporta la decadenza dalla facoltà di lamentare una violazione dei diritti che gli sarebbero altrimenti spettati se avesse partecipato sin dall’origine alla stipulazione della convenzione. Attraverso l’accettazione egli dimostrerebbe fattivamente che una simile violazione non vi è stata, o comunque che è marginale e non lo priva dell’interesse a partecipare al procedimento.

Il tema ha un taglio più empirico analizzando il diritto del litisconsorte necessario interveniente a nominare un arbitro. Per un verso, si sostiene che nei casi di cui all’art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c., l’interventore non abbia diritto di nominare un proprio arbitro in quanto l’intervento implica l’accettazione. Parimenti, non vi sarebbe alcuna ragione “(né, invero, altre possibili vie perseguibili) per discostarsi da quanto già osservato in relazione agli altri terzi: il litisconsorte necessario avrà la sola alternativa tra intervenire (accettando però il collegio arbitrale, o

⁵⁰ Pacifico v. per tutti MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, op. cit., Vol. I, p. 614, 615.

⁵¹ Vedi ad esempio RICCI E., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in Riv. dir. proc., 1989, p. 678: “*chi interviene, sottoponendo agli arbitri la propria situazione, accetta il compromesso pur non avendolo sottoscritto*” SASSANI B., *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in www.judicium.it, p. 14 per cui il litisconsorte aderisce alla convenzione di arbitrato; nel senso per cui l’intervento viene reso possibile dalla partecipazione alla convenzione arbitrale anche CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 858; ID., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 6, p. 1414.

*accordandosi con le parti per la sua modifica, ma mai imponendola), o non intervenire proprio*⁵².

Su una cosa non si può che essere d'accordo: il litisconsorte necessario non potrà in alcun modo intervenire e *iure imperii* imporre alle altre parti la propria volontà negoziale. Così come nulla impedisce alle parti di accordarsi e congiuntamente modificare le previsioni della convenzione di arbitrato. Quello che invece non si può condividere è che non vi sia motivo di discostarsi da quanto previsto per le altre ipotesi di intervento volontario. Infatti, il litisconsorte necessario avrebbe certamente, non solo potuto, ma anche dovuto sottoscrivere la convenzione di arbitrato sin dall'origine. In ciò la posizione di quest'ultimo differisce sostanzialmente da qualunque altro terzo la cui partecipazione è, non solo volontaria, ma anche eventuale. Sicché, occorre ribadirlo, l'intervento del terzo parte eventuale equivale ad implicita accettazione degli atti legittimamente compiuti senza di lui. All'inverso, la legittimità degli atti compiuti è invece da escludere qualora sia stato pretermesso il litisconsorte necessario. Da ciò consegue che l'intervento di quest'ultimo, diversamente da ogni altro terzo, non equivale all'accettazione di tutti gli atti compiuti. Il litisconsorte necessario intervenuto nel procedimento, diversamente da ogni altro terzo, ha titolo per far valere la nullità degli atti compiuti in sua assenza⁵³.

In sintesi, l'intervento della parte eventuale equivale a supina accettazione della convenzione. Diversamente, l'intervento della parte necessaria pretermessa potrebbe avere lo scopo di sollevare l'eccezione di nullità degli atti compiuti in sua assenza. Ebbene, non vi è motivo di limitare *a priori* la possibilità di eccepire la nullità ai soli atti del procedimento, o meglio agli atti compiuti innanzi agli arbitri. L'eccezione di nullità potrebbe riguardare non solo tali atti, bensì la stessa convenzione. Ciò per

⁵² CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 858.

⁵³ Cfr. Cass. Civ. Sez. II, 05/08/2005 n. 16504; Cass. Civ. Sez. II, 26/04/1993 n. 4883; Cass. 16/09/1995 n. 9781 “*nell'ipotesi in cui il litisconsorte necessario pretermesso in intervenuto volontariamente in appello accetti la causa nello stato e nel grado in cui si trova, chiedendo che la stessa sia decisa come era stata decisa dal giudice di prime cure senza il suo intervento, e nessuna delle altre parti che si sia opposta alla prosecuzione del giudizio, risulti privata, a seguito ed in conseguenza di tale prosecuzione, di facoltà processuali non altrimenti pregiudicate, il giudice d'appello non deve rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma deve trattenerla la causa e decidere nel gravame*”.

l'evidente ragione che il pregiudizio lamentato dal litisconsorte necessario può facilmente derivare da una disposizione contenuta nella convenzione arbitrale.

Posto questo, la nullità della convenzione è sanata dall'intervento del litisconsorte necessario. Difatti, non avrebbe senso intervenire innanzi agli arbitri, accettare la via arbitrale, per poi contestare... proprio la scelta della via arbitrale⁵⁴. All'accettazione della via arbitrale però non consegue, o almeno non automaticamente, anche l'accettazione del *quo modo*. Il litisconsorte necessario potrebbe contestare non l'opzione per la via arbitrale, bensì le modalità con cui si è disposto di decidere la controversia. In altre parole, costui potrebbe ritenere che anche qualora fosse stato interpellato in tempo, egli avrebbe comunque aderito alla via arbitrale; sì ma a condizioni diverse! Ad esempio non avrebbe mai conferito mandato a decidere secondo equità.

Alla luce di quanto detto è “*tutto da dimostrare*”⁵⁵ che l'intervento nella convenzione comporti, oltre alla scelta per la via arbitrale, anche l'accettazione tacita delle ulteriori condizioni ivi disposte. A questa conclusione pare si debba giungere, oltre che pel diritto processuale, anche alla luce del diritto sostanziale. Si pensi all'adesione al contratto della parte necessaria pretermessa illegittimamente: il comunista *pro indiviso* che interviene nel contratto con cui un altro comunista abbia alienato il bene per intero. Benché sia discusso se in tali circostanze il contratto sia inefficace o addirittura invalido⁵⁶, non pare possa dubitarsi dell'efficacia *lato*

⁵⁴ *Mutatis mutandis* RICCI E., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, op. cit., p. 676: “*dubito molto che quando un terzo non risente della decisione tale sua insensibilità al decisum possa essere oggetto di un autonomo processo*”.

⁵⁵ Così ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, op. cit., p. 96; così anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. II, p. 19. La posizione dell'A. è tuttavia diversa in quanto egli nega che la tacita accettazione del collegio arbitrale debba porsi come condizione implicita all'intervento.

⁵⁶ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 278, 279; DI FILIPPO A., *sub. art. 1103*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, op. cit., p. 729 e ss; BIANCA C.M., *Diritto Civile*, op. cit., Vol. VI, p. 408; Cfr. SALIS L., *Vendita dell'intera cosa comune da parte del condomino*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, fasc. I, parte II, p. 3 e ss. ivi ulteriori riferimenti specialmente p. 5, 6 *sub* note 4 e 5. V. anche Cass. 27/06/1983 n. 4405, in *Mass. Giur. it.* 1983 per cui si applicherebbe l'art. 1480 c.c.; diversamente Cass. Sez. II 12/04/193 n. 2575 per cui si applicherebbe l'art. 1479 c.c., in

sensu sanante dell'adesione del comunista illegittimamente pretermesso. Ebbene, tale adesione in tanto è possibile in quanto esso abbia ad oggetto gli elementi essenziali dell'accordo contrattuale. L'adesione comporta quindi l'accettazione degli elementi essenziali del contratto: quelli in mancanza dei quali non si perfeziona la fattispecie⁵⁷. Gli elementi accidentali rimangono invece esclusi dall'oggetto necessario dell'adesione – della prestazione del consenso. Quindi, salvo tacita accettazione, su questi non può dirsi che sia sorto l'accordo tra tutte le parti. A logica quindi, qualora il comunista non presti un consenso tacito rispetto agli elementi accidentali, su questi non potrà dirsi sorto l'accordo comune tra i comproprietari. Pertanto, qualora si contesti alcuno degli elementi accidentali, in difetto dell'accordo collettivo, quest'ultimo dovrà ritenersi come non apposto. Fanno eccezioni ovviamente gli elementi che, seppur accidentali, siano stati determinanti alla prestazione del consenso delle parti originarie. Così, se le parti hanno previsto una dilazione nel pagamento del prezzo e tale previsione è stata determinante per il perfezionamento dell'accordo, il comunista non può aderire e al contempo pretendere di rendere inefficace tale pattuizione. Casomai, qualora il comproprietario aderisca successivamente ma contesti tale clausola, non potrà dirsi raggiunto l'accordo collettivo sull'intero contratto. All'infuri di simili casi però, il comunista potrebbe aderire e pretendere che non gli sia opponibile il patto con cui le parti originarie hanno predisposto che il pagamento venga effettuato presso un conto corrente aperto all'uopo. In tal caso, considerata come non apposta la clausola sul luogo di esecuzione della prestazione, troverà applicazione la disciplina residuale di cui all'art. 1180 c.c.

Ebbene, per quanto non sia ardito paragonare la nomina di un arbitro alla determinazione del luogo e del tempo per il pagamento del prezzo, si ritiene cionondimeno di dover ragionare similmente. L'intervento del litisconsorte necessario nella convenzione implica inevitabilmente il con-

Riv. giur. ed., 1983, fasc. 3, parte I, p. 936; in questo senso pare anche Cass. Sez. II 23/04/2013 n. 9801 che afferma si tratti di un'ipotesi di efficacia obbligatoria.

⁵⁷ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato, ibidem*; ivi ulteriori riferimenti alla giurisprudenza. V. in particolare Cass. Sez. II, 01/03/2011 n. 5027 con nota di VALERINI F., *Bene indiviso: i comproprietari come unica parte contrattuale complessa*, in *Diritto e giust. on line*, 2011, p. 104. Se si erra vi si afferma che l'accettazione del comunista pretermesso funge da sanatoria del consenso illegittimamente espresso.

senso alla scelta della via arbitrale. A tal fine si richiede esclusivamente la manifestazione, secondo determinate forme⁵⁸, della volontà di devolvere agli arbitri la decisione del diritto sostanziale facente capo al litisconsorte necessario. Non si richiede invece né la determinazione del termine, ovvero della sede, né di tutti gli altri elementi eventuali della convenzione, fra essi anche la nomina degli arbitri⁵⁹.

In conclusione si afferma che il litisconsorte necessario che intervenga nel procedimento arbitrale, *ergo* nella convenzione, accetta inevitabilmente di devolvere agli arbitri il diritto sostanziale in capo allo stesso, tacitamente le determinazioni accessorie funzionali a tale scopo. Tuttavia, tali determinazioni accessorie possono essere oggetto di contestazione. L'interveniente può quindi eccepire la nullità della nomina dell'arbitro effettuata senza la partecipazione di lui. In questo caso, posto il venire meno di alcuno degli arbitri, si deve ricorrere alla sua sostituzione⁶⁰. Solo dopo, il giudizio potrà procedere fino all'emanazione del lodo. Fa eccezione il caso in cui le nomine originariamente effettuate fossero determinanti per il consenso delle parti alla stessa scelta della via arbitrale. In questa evenienza, posta la nullità della nomina arbitrale, nonché il valore determinante di detta nomina ai fini della devoluzione della controversia agli arbitri, ne consegue l'improcedibilità dell'arbitrato.

La conclusione proposta deve essere mantenuta ferma anche nel caso in cui il litisconsorte necessario pretermesso dall'avvio del procedimento arbitrale sia parte della convenzione. In vero non cambia molto rispetto all'ipotesi in cui il litisconsorte necessario, oltre al essere pretermesso dall'avvio del procedimento, sia pretermesso anche dalla convenzione. Tanto nell'uno che nell'altro caso, la nomina degli arbitri è nulla. Nel caso di estraneità alla convenzione, prima ancora degli atti del procedimento e

⁵⁸ V. *infra* § 3.1.

⁵⁹ Sulla distinzione tra elementi essenziali ed eventuali della convenzione cfr. PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. I, p. 397 e ss; REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, Vol. III, op. cit. p. 105; ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub *art. 806 C.P.C.*, in *Arbitrato* a cura di CARPI F., op. cit., p. 82; è pacifico che la nomina degli arbitri rientri nel contenuto eventuale della convenzione v. per tutti RUFFINI G., sub *art. 809*, in *Commentario breve del diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 116, § 4 ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁰ V. *infra* § 5.

conseguentemente della nomina, è la stessa convenzione arbitrale ad essere nulla. Purtuttavia l'intervento del litisconsorte necessario pretermesso determina la sanatoria nei limiti dell'accettazione, espressa o tacita, del contenuto necessario nonché eventuale della convenzione.

Nel caso dell'estraneità al procedimento, qualora il collegio sia stato costituito secondo la clausola binaria, la nomina sarà nulla per la mancata partecipazione della parte. La regola però è la medesima. L'intervento del litisconsorte necessario pretermesso determina la sanatoria delle cause di nullità nei limiti dell'accettazione, espressa o tacita, del contenuto della convenzione e degli atti compiuti in base ad essa. Se il litisconsorte necessario pretermesso dall'avvio del procedimento – ma firmatario della convenzione – non accetta la nomina degli arbitri, questa sarà ugualmente nulla esattamente come se l'interveniente non avesse sottoscritto la convenzione⁶¹.

Questo principio non si applica solamente al discorso sulla nomina degli arbitri bensì a tutte quelle determinazioni assunte nella disciplina eventuale della convenzione di arbitrato. Pertanto, non solo il litisconsorte necessario che intervenga per integrare il contraddittorio potrà contestare le nomine già effettuate – determinando così la necessità di procedere alla sostituzione degli arbitri – ma potrà altresì sindacare eventualmente il termine stabilito per la pronuncia del lodo o l'eventuale mandato a decidere *ex equo et bono* e via dicendo⁶². Qualora ciò avvenga, il litisconsorte e le parti originarie, di comune accordo, modificheranno la convenzione arbitrale nella parte *de quo*. È fatto salvo il caso in cui la permanenza della condizione contestata sia essenziale ai fini della partecipazione all'arbitrato. In tal caso, in difetto di accordo, non rimane che la declaratoria di improcedibilità.

⁶¹ Cfr. SALVANESCHI L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., p. 246. Se ben si interpreta l'A. sembra ammettere la possibilità che il litisconsorte necessario, parte della convenzione, ma pretermesso dall'avvio del procedimento intervenga nel procedimento per far valere il proprio dissenso circa le nomine effettuate.

⁶² V. *infra* § 4.

2.4. LA TUTELA DELLE PARTI ORIGINARIE

Il litisconsorte necessario che interviene volontariamente ha tutto il modo di valutare l'opportunità e la convenienza di ciò che si accinge a compiere. Per di più, una volta intervenuto egli ha modo di eccepire la nullità degli atti ritenuti lesivi dei propri diritti. Diversamente le parti originarie hanno con le mani legate di fronte al di lui ingresso. Queste potrebbero aver deferito la lite agli arbitri proprio sulla base della bilateralità della lite, della sua celerità e semplicità. Intervenuto invece il litisconsorte necessario pretermesso tutto lo scenario immaginato potrebbe venire a cambiare. Ciononostante, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°, le parti del procedimento originario sembrerebbero non potersi opporre al sopravvenuto cumulo soggettivo.

Prima di giungere a questa conclusione occorre valutare la meritevolezza della tutela dell'interesse delle parti a mantenere il procedimento così come originariamente definito. Secondo poi, posto che un simile interesse sia giudicato meritevole, occorre vedere se allo stato vi sia modo di tutelarlo. A questo scopo giova iniziare da un caso pratico.

Un recente lodo⁶³ ha deciso della procedibilità di un arbitrato nel quale, nonostante il fatto che l'interveniente avesse accettato le nomine già effettuate, il litisconsorte originario non volle condividere con questi l'arbitro che egli stesso aveva nominato. Nel caso di specie, una parte era stata convenuta per chiedere l'adempimento di una prestazione alla quale era tenuta in solido con l'interveniente. La convenuta, chiedendo la risoluzione del contratto che la obbligava assieme all'interveniente, ha determinato la necessità che si instaurasse il litisconsorzio. Le parti convenute avevano un identico interesse alla dichiarazione di risoluzione del

⁶³ Tribunale arb. Milano, lodo 7 Febbraio 2011, Pres. ALPA – Arbitri INZITARI, DE NOVA (diss.), in Riv. dir. proc., 2011, fasc. 5, p. 941 con nota di SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*; GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, in Gius. Civ., 2012, fasc. 11-12, p. 2863; GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, op. cit., p. 293; CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 841; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina dell'arbitro*, op. cit., p. 1533; CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, op. cit., p. 589 e ss.

contratto, tanto che l'interveniente aveva fatto proprie tutte le difese della parte originaria. Quest'ultima tuttavia lamentava un possibile contrasto di interessi sul punto della ripartizione delle responsabilità nel successivo eventuale giudizio tra condebitori. Pertanto, a causa di tale contrasto di interessi la parte originaria si è rifiutata di "condividere" l'arbitro con l'interveniente.

Il collegio arbitrale a maggioranza ha ritenuto legittimo tale rifiuto. Si è stabilito infatti che, seppure l'intervento del litisconsorte necessario sia sempre ammissibile, cionondimeno, si devono rispettare le condizioni poste dall'articolo 816 *quater* c.p.c. per la composizione del collegio giudicante. Pertanto, salvo il caso in cui la nomina dell'arbitro non sia rimessa ad un terzo, "*il litisconsorte necessario, pretermesso e quindi escluso dalla nomina del collegio arbitrale, [può] sempre intervenire – ex art. 816 quinquies c.p.c. – nel procedimento arbitrale pendente; quest'ultimo risulta e resta però improcedibile se (il pretermesso interveniente sì, ma) non tutti i litisconsorti necessari prestano il loro accordo circa la nomina degli arbitri e la composizione del collegio arbitrale già costituito*"⁶⁴.

La soluzione adottata dalla maggioranza è avversata sotto diversi profili dalla opinione dissenziente allegata al lodo. Così si afferma che la soluzione maggioritaria non troverebbe alcun appiglio normativo perché l'art. 816 *quinquies* c.p.c. stabilisce che l'intervento del litisconsorte necessario è sempre ammesso⁶⁵. Inoltre la soluzione maggioritaria attribuirebbe "*al litisconsorte già in arbitrato un potere di veto, che non si vede a quale interesse meritevole di tutela risponda*"⁶⁶. Si creerebbe inoltre una immotivata e paradossale disparità di trattamento tra litisconsorte che non abbia sottoscritto la convenzione di arbitrato e quello che ne sia parte. L'intervento del primo infatti l'arbitrato sarebbe sempre procedibile; non lo sarebbe però l'intervento del secondo⁶⁷. Una ulteriore critica concerne poi i risultati pratici aberranti cui condurrebbe la tesi sostenuta dalla maggioranza del collegio arbitrale. L'adozione di tale tesi rendereb-

⁶⁴ Lodo Trib. Arb. Milano, 7 Feb.. 2011, cit., § 8.4, in Riv. dir. proc., p. 946.

⁶⁵ Diss. op., DE NOVA, *Sub (i)*, in Riv. dir. proc., p. 949.

⁶⁶ Diss. op., DE NOVA, *ibidem*, p. 950; così anche CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, op. cit., p. 602, 603.

⁶⁷ Diss. op., DE NOVA, *Sub (ii)*, *ibidem*.

be l'arbitrato di fatto improcedibile tutte le volta in cui un litisconsorte necessario venga pretermesso. L'accordo successivo sulla nomina dell'arbitro, richiesto dalla soluzione criticata, non si potrà infatti mai avere. “*Il litisconsorte convenuto, che ha sollevato l'eccezione di litisconsorzio necessario per opporsi alla prosecuzione dell'arbitrato, per mantenere l'eccezione si opporrà ovviamente all'intervento del litisconsorte pretermesso che pure aderisca al collegio già designato*”⁶⁸.

Il lodo non ha mancato di dividere anche la dottrina⁶⁹. Si è rilevato in senso critico che la decisione maggioritaria “*si fonda sull'equivoco di confondere l'accordo sugli arbitri – che la legge richiede – con l'accordo sulla partecipazione al processo arbitrale, che non è richiesto dalla legge*”⁷⁰. Si aggiunge poi che l'accordo sugli arbitri si realizzerebbe in tutti quei casi in cui l'interveniente accetti la composizione del collegio già effettuata⁷¹. Pertanto, “*l'improcedibilità non può essere dichiarata allorché il litisconsorte non interferisca con l'assetto collegiale già consolidatosi*”⁷². Si è poi condivisa la critica mossa nella opinione dissenziente, per cui la soluzione maggioritaria creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento. Così infatti l'intervento del litisconsorte necessario parte della convenzione di arbitrato sarebbe condizionato al placito delle parti; mentre non lo sarebbe paradossalmente quello del litisconsorte estraneo alla convenzione⁷³.

⁶⁸ Diss. op., DE NOVA, *Sub (iii), ibidem*.

⁶⁹ Critici verso la soluzione maggioritaria SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, op. cit., p. 952; GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno “strano caso” di improcedibilità dell'arbitrato*, op. cit., p. 2868, 2869; CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 858 e ss.; CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, op. cit., p. 602, 603; favorevoli invece GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, op. cit., p. 292 e ss.; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1533 e ss.

⁷⁰ SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, op. cit., p. 952.

⁷¹ SASSANI B., *ibidem*; GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno “strano caso” di improcedibilità dell'arbitrato*, op. cit., p. 2868, 2689.

⁷² SASSANI B., *ibidem*; GRADI M., *ibidem*, p. 2689.

⁷³ CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 859.

Partendo proprio da quest'ultima critica si nota come questa non sia condivisibile. L'arbitrato infatti “*va considerato improcedibile, non solo quando la parte già presente rifiuti l'aggregazione ex post con il litisconsorte necessario vincolato dalla medesima convenzione di arbitrato, ma anche, a fortiori, se tale aggregazione è rifiutata al litisconsorte estraneo alla convenzione di arbitrato*”⁷⁴.

Alti hanno invece rilevato come il lodo si sia coraggiosamente fatto carico di riconciliare la disciplina incongruente di cui agli articoli 816 *quinquies* ed 816 *quater* c.p.c.⁷⁵. Il primo infatti ammette sempre l'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente. Il secondo invece pone dei vincoli all'instaurazione del giudizio tra più parti.

La disarmonia tra gli articoli 816 *quater* c.p.c. e 816 *quinquies* c.p.c. può essere ricomposta seguendo due diverse strade. La prima di queste prevede di interpretare “*l'articolo 816 quinquies c.p.c. come normativa solo sull'intervento e art. 816 quater c.p.c. come normativa esaudiva della procedibilità dell'arbitrato multipartito con riguardo alla composizione dell'organo arbitrale*”⁷⁶. In questo senso, l'intervento del litisconsorte necessario sarebbe sempre ammissibile ma non sempre procedibile.

Viceversa, la seconda soluzione è di intendere l'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. come norma non solo sull'ammissibilità dell'intervento, bensì sulla stessa procedibilità dell'arbitrato⁷⁷.

Nella prima accezione si salvaguarda “*l'autenticità e l'integrità dell'accordo di nomina di tutte le parti (...) come espressione di paritetica e consensuale fiducia nella equidistanza [dell'arbitro]*”⁷⁸. Nella seconda versione, l'intervento sarebbe tanto ammissibile quanto procedibile perché non si porrebbe alcuna esigenza “*di tutela per coloro che hanno prov-*

⁷⁴ GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, op. cit., p. 305.

⁷⁵ GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, op. cit., p. 299; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1534.

⁷⁶ BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1538.

⁷⁷ BRIGUGLIO A., *ibidem*.

⁷⁸ BRIGUGLIO A., *ibidem*.

*veduto a nominare l'arbitro di propria spettanza (...)*⁷⁹. Per definizione infatti costoro avrebbero pienamente esercitato la propria facoltà, meglio di quanto avrebbero potuto se il litisconsorte pretermesso avesse partecipato al procedimento sin dall'origine⁸⁰. Non ne deriverebbe quindi alcuno squilibrio nei rapporti di forza tra arbitri. Il terzo difatti ha tanto il diritto di partecipare alla nomina dell'arbitro quanto quello di accettare chi sia già stato nominato⁸¹.

La motivazione a sostegno della seconda opzione interpretativa non è condivisibile. Questa infatti dà per assodato che, scelto il proprio arbitro, la parte non possa poi lamentare alcuna violazione delle proprie prerogative. Tuttavia, ciò è proprio quello che bisogna dimostrare. Infatti, il rispetto del principio di parità delle parti nella nomina degli arbitri è condizione necessaria ma non sufficiente per garantire l'equidistanza di questi rispetto ai contendenti. Ciò è evidente tutte le volte che, effettuata la nomina, fermi gli arbitri, mutino i contendenti. Invero, mutate le parti originarie, il fatto che il litisconsorte originario abbia potuto nominare in piena autonomia il proprio arbitro non garantisce che quest'ultimo sia equidistante rispetto ai "*new comers*".

Proprio in vista della delicatezza di tale evenienza si è riflettuto su quale valore dovesse prevalere. Il primo valore, tutelato dall'art. 816 *quarter* commi 1° e 3° c.p.c. è "*l'autenticità ed integrità dell'accordo di nomina fra tutte le parti (...) come espressione di paritetica e consensuale fiducia nella equidistanza*"⁸². Il secondo è invece la procedibilità dell'arbitrato, di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. Dubbio "amletico"⁸³. Tanto più

⁷⁹ GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, op. cit., p. 2682; SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, op. cit., p. 951; CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, op. cit., p. 602, 603.

⁸⁰ GRADI M., *ibidem*.

⁸¹ SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, op. cit., p. 952.

⁸² BRIGUGLIO A., op. ult. cit., p. 1542.

⁸³ In ciò si sostanzia la questione "*della prevalenza, non sempre o necessariamente unidirezionale rispetto a singoli frammenti delle disciplina dell'arbitrato, del processo sul negozio o viceversa*" ID., p. 1534. Frammento citato anche nell'introduzione.

che si verte “*al di qua*”⁸⁴ del limite della riconsunzione e “*lo sbilanciamento del collegio arbitrale a causa dell’irrompere dell’interveniente non è affatto una certezza, e neppure è una certezza la piena equidistanza sol che tutte le parti siano d’accordo sui nomi degli arbitri, e perché in definitiva anche altri sono i mezzi preventivi e repressivi a tutela dell’imparzialità*”⁸⁵.

Una prima soluzione può essere data indagando le conseguenze delle due opzioni sul negozio di nomina degli arbitri. Il dubbio “amletico” difatti si riverbera anche sull’interpretazione che si ritenga di offrire del negozio di nomina degli arbitri. Voler tutelare la parte dai rischi di sbilanciamento del collegio causati da interventi successivi significa negare che la nomina dell’arbitro possa essere “*un negozio aperto ad adesioni successive. O meglio, che l’adesione successiva alla nomina è efficace purché le parti originarie vi acconsentano*”⁸⁶.

Si ribatte invece all’opposto che “*in espressione del più generale principio di esecuzione di buona fede della convenzione di arbitrato*”⁸⁷, il litisconsorte originario non possa impedire la realizzazione del *simultaneus processus*⁸⁸. Quindi, in virtù di detto principio il litisconsorte necessario, entro i limiti di un apprezzabile sacrificio, dovrebbe mantenere ferma la propria nomina ed acconsentire a condividere l’arbitro.

A ben vedere però la teoria da ultimo esposta non convince per due ordini di motivi. In primo luogo essa dà per scontata la validità della convenzione arbitrale stipulata pretermettendo un litisconsorte necessario. In via ulteriore, la tesi qui criticata non fornisce alcuna risposta concreta. Pure concordando con l’esigenza che la convenzione di arbitrato debba es-

⁸⁴ BRIGUGLIO A., op. ult. cit., p. 1537; sempre “al di qua” della riconsunzione si colloca il rapporto di (mera) colleganza accademica tra arbitro e difensore di una della parti, così Trib. Napoli, ord. 31/01/2011, con nota adesiva di COLESANTI V., *Colleganza accademica e riconsunzione di arbitro*, in Riv. dir. proc., 2011, fasc. 4., p. 1518.

⁸⁵ BRIGUGLIO A., op. ult. cit., p. 1543.

⁸⁶ BRIGUGLIO A., *ibidem*.

⁸⁷ *Cit.* GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno “strano caso” di improcedibilità dell’arbitrato*, op. cit., p. 2870; Parla della buona fede nell’esecuzione del contratto anche LIPARI G., sub *Art. 816* quinquies, op. cit., p. 755.

⁸⁸ GRADI M., *ibidem*.

sere eseguita in buona fede, bisogna specificare cosa è ... la buona fede. Prima di affermare che l'esecuzione di buona fede della convenzione arbitrale obblighi la parte a condividere il proprio arbitro, bisogna definire se si tratta di buona fede in senso soggettivo o oggettivo. Ancora, ritenendo che si tratti di buona fede soggettiva, bisogna valutare se la condivisione dell'arbitro sia o meno un sacrificio apprezzabile.

In sostanza quindi, pur sostenendo che la convenzione di arbitrato vada eseguita secondo buona fede, si pone comunque un dubbio “amletico”: se la condivisione di un arbitro sia un sacrificio apprezzabile o meno.

Risponde che il sacrificio è apprezzabile chi nota che affievolire la fiducia di tutte le parti nell'equidistanza dell'arbitro incide sulla “*qualità e giustizia della decisione di merito*”⁸⁹. All'inverso, il sacrificio della procedibilità dell'arbitrato non incide sulla giustizia della decisione⁹⁰. In fin dei conti poi, l'improcedibilità dell'arbitrato lascia sempre aperta la strada della tutela giurisdizionale ovvero della riproposizione dell'azione nell'arbitrato a condizioni diverse. L'ingiustizia del lodo invece ha pochi margini di rimedio.

La scelta di tutelare e preservare l'autenticità e l'integrità della nomina degli arbitri non appare discutibile. Non è infatti possibile costringere una parte a condividere il proprio arbitro con altri, i cui interessi possano anche solo eventualmente essere confliggenti. Altrimenti si rischia di minare la giustizia del lodo – o la percezione che se ne ha.

Una considerazione in tal senso va svolta anche alla luce dell'art. 7 § 1 del regolamento arbitrale della Camera di Commercio Internazionale di Parigi. L'articolo è rubricato: “*chiamata in arbitrato di altre parti*”. In esso si considera il caso in cui tutte le altre parti sono legate dalla convenzione di arbitrato. Pertanto la possibilità che loro partecipino al giudizio arbitrale è facilmente pronosticabile *ex ante*. Le parti che partecipano alla costituzione del collegio arbitrale sulla base di una siffatta convenzione di arbitrato avranno quindi presumibilmente valutato l'opportunità di nominare quell'arbitro piuttosto che un altro, o avranno oculatamente

⁸⁹ BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1543.

⁹⁰ BRIGUGLIO A., *ibidem*.

scelto un meccanismo di nomina piuttosto che un altro. Ciononostante, l'articolo in questione prevede che “*dopo la conferma o la nomina di un arbitro, non è possibile la chiamata in arbitrato di altre parti, salvo diverso accordo di tutte le parti, compresa quella chiamata in arbitrato*”. Se questa è la premessa: *a maiore ad minus*. Se si opta per la tutela della autenticità e integrità della nomina nel caso in cui ad intervenire sia chi è già parte della convenzione, a maggior ragione occorre fare la stessa scelta se ad intervenire è un estraneo alla convenzione. Posta la delicatezza della persona dell'arbitro, una volta che questo sia stato nominato, ogni scompaginamento dello stato di fatto di partenza deve essere approvato da tutte le parti. Tale *ratio* merita piena adesione.

Sin qui la premessa: il mutamento delle parti coinvolte nel procedimento incide, o potrebbe incidere sull'equidistanza degli arbitri. Bisogna ora vederne le conseguenze.

La conseguenza che se n'è tratta è l'improcedibilità dell'arbitrato tutte le volte che la parte originaria, chiamata a condividere l'arbitro, lamenti che quest'ultimo non sia equidistante rispetto all'interveniente. L'improcedibilità è predicata in funzione dell'art. 816 *quater* c.p.c. comma 3°. Questo prescrive che laddove il collegio non sia nominato secondo quanto previsto dal comma 1° dello stesso articolo e si versi in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile. Inoltre, le modalità di nomina dell'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. andrebbero rispettate sempre, tanto in caso di pluralità originaria che sopravvenuta. Quindi, tanto nell'uno che nell'altro caso, ogniqualvolta ciò non avvenga e si versi in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato sarebbe improcedibile.

Proprio quest'ultimo passaggio necessita però di un'ulteriore analisi. In particolare bisogna analizzare se veramente «ogniqualvolta» le modalità di nomina di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. non sono rispettate, l'arbitrato è automaticamente, per ciò solo, improcedibile. La risposta è necessariamente positiva se si interpreta l'art. 816 *quinquies* c.p.c. “*come normativa solo sull'intervento*” e l'art. 816 *quater* c.p.c. “*come normativa esaustiva della procedibilità dell'arbitrato multiparti con riguardo alla composizione dell'organo arbitrale*”⁹¹. A diversa conclusione si dovrebbe

⁹¹ BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1538.

invece giungere se, posta sempre l'esigenza di tutelare l'autenticità e integrità della nomina dell'arbitro, si interpreta l'art. 816 *quinquies* c.p.c. "come normativa solo sull'intervento" e l'art. 816 *quater* c.p.c. come normativa sulla procedibilità – sì, ma non esaustiva. Detta in altri termini, ferma la necessità di rispettare l'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c., se fossero ipotizzabili dei meccanismi di sanatoria per la violazione di detto articolo, l'arbitrato litisconsortile non sarebbe improcedibile.

Quando la convenzione di arbitrato ha già avuto esecuzione, la sanatoria del vizio di costituzione del collegio dipende dalla possibilità di rimuovere gli effetti che siano stati prodotti. L'unico modo per procedervi pare essere quello di sciogliere il rapporto intercorrente tra le parti e gli arbitri e successivamente procedere alla ricostituzione del collegio. Se così è, per vedere se sia possibile la sanatoria del vizio di costituzione del collegio nominato senza la partecipazione del litisconsorte necessario, occorre preliminarmente indagare se e come si possa sciogliere il rapporto parti – arbitri. Solo in caso di risposta positiva si avrebbe una lacuna da colmare. Quindi solo dopo aver ammesso lo scioglimento del rapporto tra le parti e gli arbitri avrà senso individuare i modi per colmare la lacuna che ne consegue.

2.5. LO SCIoglimento DEL RAPPORTO PARTI – ARBITRI

Nella migliore delle ipotesi possibili lo scioglimento avrebbe carattere consensuale. Ovverosia, qualora la permanenza in carica del collegio nominato senza la partecipazione del litisconsorte necessario pretermesso causasse l'improcedibilità dell'arbitrato, gli arbitri potrebbero acconsentire allo scioglimento del rapporto tra loro e le parti. Salvi ad ogni modo gli onorari e i compensi per le attività già espletate.

Potrebbe però ben darsi che gli arbitri si rifiutino di risolvere il rapporto con le parti. In questo caso allora, posta impossibilità di pervenire alla ricostituzione del collegio arbitrale secondo le forme dell'art. 816 *quater* c.p.c., l'intero giudizio sarebbe improcedibile. Detto in altri termini significa che, qualora le parti volessero procedere con il giudizio arbitrale, se l'arbitro dovesse negare lo scioglimento del rapporto, l'arbitrato sarebbe improcedibile. Significa quindi che la volontà degli arbitri di determinare l'arresto del giudizio arbitrale prevarrebbe su quella delle parti di decidere la controversia. Attenzione: non che gli arbitri ritengono il giudi-

zio improcedibile e le parti dissentono; bensì che i primi non vogliono che si celebri il giudizio mentre i secondi sì.

Ritenere che una tale volontà degli arbitri possa prevalere su quella delle parti appare inaccettabile. Ciò vorrebbe dire, in buona sostanza, consentire a chi non è parte della convenzione arbitrale di determinarne la risoluzione o comunque l'inefficacia. Ovviamente non si sostiene che se gli arbitri ritengono che il giudizio arbitrale sia improcedibile debbano dimettersi, o si risolva il loro rapporto con la parte. Semplicemente, quando gli arbitri sono la causa dell'improcedibilità del giudizio, allora sì, questi dovrebbero rinunciare all'incarico. Tanto più che comunque, in caso contrario, posto il vizio di costituzione del collegio, dovrebbe dichiararsi l'improcedibilità dell'arbitrato e il contratto di arbitrato sarebbe destinato a risolversi.

La possibilità di sciogliere il rapporto tra le parti e gli arbitri nel loro complesso verrà analizzata successivamente⁹². Quello che invece occorre verificare in questa sede è se sia possibile lo scioglimento del singolo rapporto tra la parte che si rifiuti di condividere l'arbitro originariamente nominato e quest'ultimo. Ebbene si ritiene che, qualora la parte "affiancata" non voglia condividere l'arbitro nominato con l'interveniente, il contratto di arbitrato si risolva per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Ciò in applicazione del principio giurisprudenziale per cui *"l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha [...] anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione"*⁹³. In altre e più semplici parole, il convenuto originario perderebbe interesse a ricevere la prestazione dell'arbitro – la decisione della controversia. Quest'ultima diverrebbe così concretamente impossibile in quanto l'adempimento di essa porterebbe all'improcedibilità

⁹² Cfr. *infra* § 4.5.

⁹³ Cass. Sez. III, 20/12/2007 n. 26958; Cass. Sez. III, 24/07/2007 n. 16315; in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, fasc. 5, p. 531 e ss., con nota di NARDI S., *Contratto di viaggio tutto compreso e irrealizzabilità della sua funzione concreta*.

del giudizio. Eventualità contrastante con gli interessi della parte che stipulò una convenzione arbitrale, non per vedersi opporre l'improcedibilità, ma proprio allo scopo di procedere con la via arbitrale. Rimane però salva la possibilità che l'interesse del convenuto originario non sia semplicemente la decisione della controversia, bensì la decisione della controversia ad opera di quel particolare arbitro. Se così fosse non vi sarebbe modo di scongiurare l'improcedibilità dell'arbitrato.

Tuttavia affinché il rifiuto della parte di condividere il proprio arbitro porti alla risoluzione del contratto di arbitrato deve verificarsi un'ulteriore condizione. Nello specifico occorre infatti accertare che il rifiuto alla condivisione sia una causa sopravvenuta di impossibilità della prestazione non imputabile alla parte stessa. La soluzione da dare dipende allora dalla nozione di «imputabilità». Per tal verso infatti si potrebbe sostenere che provenendo il rifiuto alla condivisione dalla stessa parte la causa di impossibilità, per definizione, le sarebbe imputabile.

Detta ricostruzione non è in verità plausibile. Si sostiene infatti che è “*priva di fondamento (...) l'affermazione (...) secondo cui causa non imputabile al debitore è quella che risiede in fatti estranei alla sua persona*”⁹⁴. Ai fini della imputabilità della causa della impossibilità non si può avere esclusivo riguardo alla provenienza del fatto. Ciò che conta invece è l'imputabilità di esso alla «colpa» del debitore. Difatti per definire il contenuto della causa non imputabile si afferma che “*il debitore e il creditore debbono comportarsi secondo buona fede e correttezza e che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede pertanto il creditore non può esigere (ed il debitore non è tenuto a) sacrifici sproporzionati alla natura ed alla entità della prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio*”⁹⁵. Ebbene, condividere coll'interveniente l'arbitro originariamente nominato in presenza di fondati dubbi sulla equidistanza di quest'ultimo

⁹⁴ PERLINGERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A., BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1975, sub art. 1256, p. 460 ivi ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

⁹⁵ DI PRISCO N., *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 1999, Vol IX, Tomo I, p. 442, 443; MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, fasc. 1, p. 185 e ss.; cfr. MOSCO L., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XX, op. cit., §§ 16, 18.

è, a parere di chi scrive, «un sacrificio sproporzionato». Ciò in primo luogo per l'importanza fondamentale che la volontà delle parti nella designazione degli arbitri riveste nel procedimento arbitrale. Infatti è facile notare che l'arbitro, giudice privato designato dalle parti, non gode “*dei fisiologici presidî che al Giudice dello Stato assicurano la Costituzione e l'Ordinamento Giudiziario*”⁹⁶. Eppure questi presidî servono e sono indispensabili. Ecco allora che l'unica via che hanno le parti per surrogare tali presidî è attraverso la scelta e la ponderazione della persona dell'arbitro. Ebbene, se si concorda su questo punto, non si può negare che l'obliterazione della volontà delle parti nella valutazione della persona dell'arbitro sia un «sacrificio sproporzionato» sotto tutti i profili. Se così è, il rifiuto di condividere col terzo l'arbitro originariamente nominato non può essere considerato una «colpa», bensì l'esercizio di una legittima facoltà ed in quanto tale non imputabile alla parte. Da quanto detto consegue quindi che, qualora la parte si rifiuti di condividere l'arbitro originariamente nominato con il litisconsorte necessario, il contratto di arbitrato si risolve per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore.

Posto ciò, si deve però ribadire che a divenire impossibile non è propriamente la prestazione degli arbitri. Questi ben potrebbero decidere la controversia. Più esattamente sono le parti che perdono interesse a ricevere la prestazione degli arbitri. Tuttavia, “*la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione deve distinguersi dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione di cui agli articoli 1463 e 1464 c.c., ma (...) soltanto sul piano concettuale, e non su quello degli effetti. Il venir oggettivamente meno dell'interesse creditorio non può che determinare l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto del suo elemento funzionale e se (...) tale rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto il venire meno del predetto interesse si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto*”⁹⁷.

⁹⁶ BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, op. cit., p. 1544.

⁹⁷ Cass. Sez. III, 20/12/2007 n. 26958; Cass. Sez. III, 24/07/2007 n. 16315; in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, fasc. 5, p. 531 e ss., con nota di NARDI S., *Contratto di viaggio tutto compreso e irrealizzabilità della sua funzione concreta*.

Si sostiene quindi che la parte originaria, successivamente all'intervento del litisconsorte necessario, sia legittimata a rifiutarsi di condividere l'arbitro. A detto rifiuto, qualora la parte originaria abbia interesse a procedere in via arbitrale, consegue la risoluzione del rapporto tra questa e il proprio arbitro per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di quest'ultimo non imputabile al debitore.

A corti discorsi quindi l'arbitrato in cui il convenuto originario si rifiuti di condividere l'arbitro nominato con l'interveniente necessario è procedibile qualora sia possibile sanare il vizio di costituzione del collegio. Per fare ciò occorre in primo luogo eliminare il vizio. L'eliminazione del vizio può essere realizzata per due vie: mediante la consensuale rinuncia all'incarico; in difetto, tramite la risoluzione del rapporto con il singolo arbitro per la sopravvenuta impossibilità della di lui prestazione. Sarebbe allora necessario procedere alla ri-costituzione del collegio. Il fulcro del discorso si sposta quindi sulle modalità di ricostituzione del collegio nel procedimento litisconsortile. Tema affatto affine, per i motivi che si andranno a vedere, alla questione della sostituzione dell'arbitro nel procedimento bilaterale. Prima però, al fine di esaurire il discorso sulle tipologie di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c., occorre soffermarsi sulla chiamata in arbitrato del terzo.

3. LA CHIAMATA IN ARBITRATO DEL TERZO

Il legislatore affronta l'argomento della chiamata del terzo partendo da una chiara equiparazione rispetto all'intervento volontario. Prevede infatti il 1° comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. che “*l'intervento volontario o la chiamata sono ammesse solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri*” – laddove la congiunzione «o» esprime chiaramente un giudizio di equivalenza. Che questa equivalenza tuttavia sia più auspicata che effettiva lo si vede subito. Richiedere l'accordo del terzo che voglia intervenire volontariamente è un tautologia. L'accordo del terzo si riferisce quindi in via esclusiva alla chiamata in causa. Già questo è un primo elemento che giustifica la trattazione separata della chiamata del terzo dall'intervento. Vi è un ulteriore elemento che muove in direzione contraria alla propinata equiparazione tra chiamata e intervento del terzo. In quest'ultimo salta all'occhio la divisione da parte del legislatore delle diverse tipologie di intervento in due somme categorie: gli interventi innovativi al comma 1°; gli interventi non innovativi al comma 2°. Per la chiamata del terzo invece non vi è alcuna disambiguazione. I requisiti posti dall'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. pare allora che valgano tanto per le chiamate innovative del *thema decidendum* tanto per quelle non innovative. Posta però la diversità di questioni che sorgono in relazione alla chiamata del terzo, il metodo da seguire per risolverli rimane simile. Conviene sempre prendere l'avvio dall'elemento che pone meno problemi interpretativi.

3.1. IL CONSENSO DEGLI ARBITRI

Per l'intervento volontario si è affermato che, sia nei casi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° che del relativo capoverso, il consenso degli arbitri non rappresenta una vera e propria condizione di ammissibilità. Ciò in quanto l'intervento del terzo nel procedimento è reso possibile dall'ingresso di quest'ultimo nella convenzione arbitrale. Pertanto, essendo gli arbitri per definizione soggetti estranei alla convenzione, non è possibile attribuire loro il potere di opporsi alle modificazione dei limiti soggettivi di essa. Se così è lo stesso vale anche per la chiamata in arbitri del terzo. Se le parti della convenzione decidono di estenderne i limiti sogget-

tivi e chiamare un terzo a parteciparvi, posto il placito di quest'ultimo, gli arbitri non possono opporvisi.

Sopra si è però ulteriormente distinto il caso in cui l'intervento del terzo sia innovativo dell'oggetto della controversia dall'eventualità contraria. Nel primo caso, al fine di tutelare la *spatium deliberandi* dell'arbitro, si è ritenuto che quest'ultimo potesse opporsi all'intervento. Quale effetto di detta opposizione si è ravvisata, in luogo dell'inammissibilità dell'intervento, la configurazione di una giusta causa di rinuncia al mandato da parte dell'arbitro. La stessa conclusione vale anche per l'ipotesi della chiamata del terzo. Ai fini della tutela dello *spatium deliberandi* dell'arbitro difatti nulla cambia se l'oggetto della lite viene ad ampliarsi perché un terzo decida di intervenire *sua sponte* ovvero venga invitata dalle parti.

Si è altresì detto che l'esigenza di tutelare la posizione degli arbitri non si pone qualora costoro fossero ben in grado di preconizzare il successivo intervento. Questo è il caso in cui il terzo interveniente fosse già parte della convenzione arbitrale. Altrettanto accade anche qualora, indipendentemente dal fatto che il terzo fosse o meno parte della convenzione, il suo intervento non comporti l'ampliamento dell'oggetto della controversia. Ebbene, si ritiene che anche queste considerazioni valgano immutate rispetto alla chiamata in arbitri del terzo.

Fin qui si è visto che le soluzioni proposte nei due capitoli precedenti sul consenso degli arbitri – rispettivamente all'intervento litisconsortile e adesivo autonomo nonché *ad adiuvandum* e del litisconsorte necessario – valgono simmetricamente anche per la chiamata del terzo. Si vedrà nei successivi paragrafi che la stessa simmetria vale anche rispetto all'accordo del terzo chiamato e del consenso delle parti.

3.2. L'ACCORDO DEL TERZO

Si è visto che l'interveniente volontario è per definizione d'accordo ad intervenire nel procedimento arbitrale. Non si può invece ritenere che, come l'interveniente, anche il chiamato, per il solo fatto di essere chiamato, sia d'accordo ad intervenire nel procedimento. Anzi, il quesito che si pone è proprio quello di determinare in quali casi effettivamente serva l'accordo del terzo.

Il problema della necessità dell'accordo del terzo non si pone ogniqualvolta costui non abbia sottoscritto la convenzione arbitrale. È pacifico infatti che nessuno possa patire un giudizio arbitrale al quale non abbia prestato il consenso⁹⁸. Più difficoltoso è invece definire se detto consenso sia richiesto pur se il terzo sia già parte della convenzione arbitrale. A questo proposito occorre osservare che, avendo già sottoscritto la convenzione, il terzo chiamato ha già prestato il proprio consenso alla decisione della lite in arbitri. Tuttavia, anche in siffatta ipotesi, è comunque necessario ottenere una manifestazione di consenso dal terzo: “*tranne che il concreto meccanismo di nomina del collegio arbitrale non gli garantisca una posizione paritaria con quella delle parti originarie*”⁹⁹. La soluzione appare pienamente condivisibile. Non si ritiene invece di dover concordare con la contraria opinione per cui la chiamata del terzo parte della convenzione sarebbe sempre ammissibile anche in difetto del consenso di costui. La soluzione viene perorata affermando che “*l'alternativa sarebbe infatti quella di [evocare il terzo parte della convenzione ndr] di fronte al giudice ordinario, che però non sarebbe praticabile andando necessariamente incontro ad un'exceptio compromissi*”¹⁰⁰. La critica riportata non persuade in ragione dell'avverbio «necessariamente». Non vi è alcuna necessità nel fatto che il terzo chiamato innanzi alla magistratura ordinaria, anziché in arbitri, sollevi l'eccezione di incompetenza del giudice adito. Anzi, l'*exceptio compromissi* verrà sollevata proprio nel caso in cui il terzo ritenga che il collegio sia ben rappresentativo dei propri interessi. Nel caso opposto, il terzo chiamato non solleverà alcuna eccezione, con ciò rinunciando all'arbitrato e dimostrando quindi che effettivamente egli riteneva il collegio sbilanciato.

In definitiva si sostiene quindi che l'accordo del terzo chiamato in arbitri sia necessario: qualora costui non abbia sottoscritto la convenzio-

⁹⁸ V. per tutti GRADI M., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, op. cit., p. 222 § 5.6; ID., *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, Riv. arb., 2010, fasc. 2, p. 283 e ss. in particolare *sub nota n. 59*.

⁹⁹ LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, op. cit., p. 292; SALVANESCHI L., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, op. cit., p. 1295; LIPARI G., *sub Art. 816 quinquies*, op. cit., p. 786 e ss.; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, op. cit., p. 127, ivi ulteriori riferimenti *sub nota n. 362*.

¹⁰⁰ RICCI G.F., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 457 nota n. 14.

ne; ovvero, pur avendola sottoscritta, i meccanismi di composizione del collegio non consentano *a priori* l'equidistanza degli arbitri rispetto a tutte le parti.

3.3. L'ACCORDO DELLE PARTI

Rimane da vedere se, similmente a ciò che avviene nel processo civile, sia possibile la chiamata del terzo su istanza di una sola delle parti: il convenuto; ovvero l'attore che vi abbia interesse alla luce delle difese svolte dal convenuto [art. 269 c.p.c. comma 3°]. Porsi questo quesito significa il altre parole domandarsi se, ai fini dell'ammissibilità della chiamata in arbitri del terzo, sia richiesto l'accordo di tutte le parti del procedimento. A questo proposito i profili rilevanti sono due: il primo, riguarda la qualità del terzo chiamato ovvero sia la sua partecipazione alla convenzione o meno; il secondo, il tipo di intervento, vale a dire il carattere innovativo o non innovativo.

Cominciando dalla prima alternativa, si tratta di capire se sia ammissibile l'intervento su chiamata effettuato ad istanza del solo convenuto qualora il terzo sia estraneo alla convenzione arbitrale. Posto che nell'esempio in questione vi sarebbe l'accordo dell'istante e del terzo chiamato, l'unico soggetto di cui ci si cale è la controparte – colui che non ha formulato la chiamata. Ebbene si tratta di capire se una parte del procedimento arbitrale possa patire l'intervento di alcuno contro la propria volontà e in quali casi. Al quesito si è risposto affermativamente in base al disposto dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°. Questi sono i casi già visti dell'intervento volontario *ad adiuvandum* e del litisconsorte necessario. Se così è, si potrebbe affermare che agli occhi della parte che non effettua la chiamata poco cambia se il litisconsorte necessario decide di intervenire *sua sponte* o perché chiamato da altra parte dello stesso procedimento¹⁰¹. Ciò posto si rivela chiaramente che quello della necessità

¹⁰¹ Cfr. SALVANESCHI L., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, op. cit., p. 1296 la quale ritiene che nonostante l'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2° “*si riferisca solo all'intervento del litisconsorte pretermesso, [...] si debba senz'altro ammettere la chiamata in causa quando il soggetto stesso sia parte dell'accordo compromissorio potendo tuttavia il litisconsorte, specularmente all'ipotesi del suo intervento, opporsi alla stessa chiamata in tutti i casi in cui il suo ingresso nell'arbitrato non gli consentirebbe di essere giudicato da un collegio costituito anche con la sua paritaria partecipazione*”.

dell'accordo di tutte le parti ai fini della chiamata del terzo che sia estraneo alla convenzione in veste di litisconsorte necessario o interventore adesivo dipendente è un «non problema». I casi son due: o il terzo è d'accordo ad essere chiamato in arbitri, allora egli interverrà ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°; o il terzo non è d'accordo e allora non lo si potrà distogliere dal giudice statale. Fatto sta che in nessuno dei due casi si porrà alcun quesito circa la necessità dell'accordo unanime delle parti ai fini della chiamata del terzo. Nel primo caso si è già visto che il consenso delle parti all'intervento del litisconsorte necessario è per c.d. «presunto». Nel secondo caso, molto più semplicemente, il terzo non potrà essere onerato a partecipare al procedimento pur se ci fosse il consenso unanime di tutte le parti.

Ciò posto, al di fuori delle ipotesi ora prese in esame, non è possibile immaginare una chiamata in arbitri del terzo estraneo alla convenzione ad istanza di una sola delle parti del procedimento. Ciò vorrebbe dire costringere la parte che non ha rivolto la chiamata ad un giudizio diverso, sia per oggetto che per soggetti, da quello al quale si riferisce la convenzione. Diversamente invece, qualora il terzo chiamato abbia sottoscritto la convenzione l'istanza potrà pervenire anche dalla singola parte a nulla rilevando l'eventuale opposizione della controparte.

A queste considerazioni non si ritiene faccia eccezione il caso in cui una parte abbia negato la propria legittimazione passiva a discapito del vero obbligato e l'avversario abbia chiamato in arbitri quest'ultimo. Anche in questo caso, se il vero obbligato ha sottoscritto la convenzione arbitrale, la parte che nega la propria legittimazione passiva non avrebbe modo di opporsi alla chiamata. Se invece il vero obbligato fosse estraneo alla convenzione di arbitrato, la parte che ha negato la propria legittimazione passiva a discapito del primo non per questo motivo deve acconsentire alla di lui chiamata¹⁰². Non si vede infatti come l'indicazione del legittimato passivo possa manifestare la volontà di devolvere agli arbitri, oltre alla controversia contro il chiamante, anche la diversa e ulteriore lite contro il chiamato.

¹⁰² *Contra* GRADI M., op. ult. cit., p. 223 § 5.7 il quale cita altresì BOVE M., CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, CEDAM, Padova, 2006, p. 77; BARBIERI G., BELLA E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, CEDAM, Padova, 2007, p. 235.

3.4. LA CHIAMATA DEL TERZO DA PARTE DEGLI ARBITRI

Sebbene l'art. 816 *quinquies* c.p.c. non affronti il tema dell'intervento del terzo su istanza degli arbitri è comunque opportuno dedicarvi un breve cenno. In queste eventualità infatti, non meno che con l'intervento volontario ovvero con la chiamata ad istanza di parte, si può realizzare la successiva pluralità di parti nel procedimento. Ciò posto tuttavia l'istituto in questione si presenta di applicazione particolarmente incerta. In primo luogo infatti è opportuno notare come la disciplina della chiamata *iussu arbitrorum* viene attinta da quella della chiamata *ex art. 107 c.p.c.* Laddove, già di per sé, l'istituto della chiamata *issu iudicis* appare tra quelli di più difficile configurazione del processo civile. Queste difficoltà crescono esponenzialmente per l'intervento *iussu arbitrorum* in ragione della sede ove la chiamata si svolge e, per giunta, del fatto che gli ordinanti sono privi di poteri autoritativi.

In principio, benché la questione appaia incerta¹⁰³, per ragioni di brevità, occorre postulare che la chiamata in causa del terzo su ordine del giudice non possa derogare al principio della domanda¹⁰⁴. Da ciò deriva quindi che per effetto della chiamata non si possa avere un allargamento dell'oggetto della controversia. Detto questo però, non si ritiene che la chiamata possa essere rivolta solo a terzi portatori di diritti connessi per pregiudizialità dipendenza a quello oggetto della lite. Appare infatti corretto osservare che, di per sé, la chiamata del terzo non significa la proposizione di alcuna domanda nei suoi confronti. Tant'è che nel rito del lavoro vi provvede la cancelleria. Per effetto della chiamata il terzo viene onerato di partecipare al giudizio innanzi al giudice. Così come, per altro verso, nel rito ordinario di cognizione, vengono onerate le parti di provvedere alla chiamata¹⁰⁵. Ma solo quello. La chiamata del terzo rimane sempre la

¹⁰³ Cfr. BALENA G., *Intervento iussu iudicis e principio della domanda*, in Riv. dir. civ., 1997, fasc. 2, p. 465 e ss.

¹⁰⁴ In questo senso SATTA R., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1996, p. 190; MONTELEONE G., *intervento in causa*, in Noviss. dig. it., Appendice, IV, UTET, Torino, 1983, p. 352; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 346. Per i dovuti approfondimenti la necessità della sintesi suggerisce di rinviare a BALENA G., *Intervento iussu iudicis e principio della domanda*, op. ult. cit.

stessa, sia che venga esperita nel rito del lavoro che nel rito ordinario di cognizione. Pertanto, se nel primo caso vi provvede la cancelleria su ordine del giudice e pacificamente la cancelleria non può proporre domanda alcuna, ne consegue che anche nel secondo, benché vi provveda una parte, parimenti non si proponga una domanda.

Non pare neanche possibile ritenere che per effetto della chiamata del terzo da parte del giudice, le domande formulate dalle parti si estendano automaticamente al chiamato. Vi osta, come postulato, il principio della domanda; *ne procedat iudex ex officio*. In buona sostanza l'istituto della chiamata del terzo su ordine del giudice rappresenta una deroga al divieto di proporre in corso di causa domande nuove¹⁰⁶. Se inteso in questo senso l'istituto è applicabile anche all'arbitrato ove, tra l'altro, la disciplina della *mutatio ed emendatio libelli* è sicuramente più permissiva rispetto a quella del processo civile. Rimangono da vedere i rapporti tra la chiamata del terzo su ordine degli arbitri e i requisiti dell'accordo delle parti e del terzo posti dall'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°.

In ordine a quest'ultimo elemento è da ritenere che tanto se la chiamata giunga dalle parti o dagli arbitri, il terzo chiamato non possa comunque essere coartato a partecipare all'arbitrato qualora sia estraneo alla convenzione arbitrale, ovvero ritenga che il collegio nominato non sia rappresentativo dei suoi interessi.

Un approfondimento maggiore è invece necessario per ciò che concerne il rapporto tra chiamata su ordine degli arbitri e consenso delle parti. In primo luogo è da escludere l'ammissibilità di una chiamata del terzo, estraneo alla convenzione di arbitrato, innovativo dell'oggetto delle liti, senza il consenso delle parti. Ciò pure se constasse il consenso del ter-

¹⁰⁵ Cfr. Cass. Sez. Lav., Sent. n. 7338 del 10.12.1986: "*In ipotesi di chiamata nel terzo jussu judicis nel rito del lavoro, in cui è previsto - a differenza del rito ordinario - che alle notificazioni necessarie deve provvedere la cancelleria e non già la parte, non trova applicazione il disposto dell'art. 102 c.p.c. che prevede l'estinzione del processo, nè quella dell'art. 270 c.p.c. che contempla la cancellazione della causa dal ruolo se nessuna delle parti provvede alla citazione del terzo. Pertanto la conseguenza della mancata tempestiva notifica al terzo del provvedimento del giudice e degli atti di causa ad opera sia dell'ufficio che della parte interessata comporta soltanto l'obbligo per il giudice di fissare un nuovo termine per il compimento degli atti omessi*".

¹⁰⁶ In questo senso pare orientato TROCKER N., *L'intervento per ordine del giudice*, CEDAM, Milano, 1984, p. 123.

zo. All'evidenza infatti in siffatto caso si giungerebbe ad estendere i limiti oggettivi della convenzione di arbitrato; estensione alla quale gli arbitri non sono chiaramente legittimati con o senza il consenso del terzo. In questo caso non pare quindi possibile parlare di un vero e proprio ordine degli arbitri; semmai di un invito alle parti a voler acconsentire alla chiamata del terzo e, conseguentemente, a voler provvedere in ordine alla chiamata.

Rimane da vedere la chiamata, non innovativa dell'oggetto della lite, del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato. A riguardo nulla di nuovo rispetto a quanto detto nel paragrafo precedente in ordine alla necessità del consenso delle parti. I casi sono due: o il terzo chiamato, liti-sconsorte necessario o *ad aiuvandum*, estraneo alla convenzione è d'accordo a partecipare – allora egli interverrà ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°, senza il bisogno del consenso delle parti. Altrimenti, se il terzo non presta il consenso ad agire innanzi agli arbitri allora, data l'impossibilità di coartarlo, *a fortiori* l'accordo delle parti non sarà necessario.

Si possono ora, in ultima battuta, analizzare le conseguenze della trasgressione delle parti all'ordine di provvedere alla chiamata del terzo. La questione che si pone è se sia legittimo che gli arbitri si rifiutino “*di decidere la causa solo perché le parti omettano di estendere la stessa ad un terzo che essi ritengono opportuno chiamare in giudizio*”¹⁰⁷. Ad ulteriore specificazione si potrebbe formulare la domanda in altro verso. Vale a dire se, come conseguenza della mancata chiamata, gli arbitri possano legittimamente rifiutarsi di decidere la controversia. Alcuni ritengono inconcepibile un simile rifiuto in quanto, in buona sostanza, gli arbitri accettando la nomina si sarebbero *tout court* obbligati a decidere la causa¹⁰⁸. A questo ordine di pensiero si potrebbe tuttavia replicare che, data l'inadempienza delle parti all'onere della chiamata, *arbitri non sunt adimplendi*. Altri invece ritengono che, in difetto dell'assolvimento dell'onere della chiamata, tanto il giudice togato possa disporre la cancel-

¹⁰⁷ PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. II, p. 127 e 128. L'A. è fermamente contrario, ammette invece tale possibilità LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 145.

¹⁰⁸ PUNZI C., op. ult. cit, *ibidem*.

lazione della causa dal ruolo, quanto gli arbitri possano rifiutarsi di decidere il merito della causa¹⁰⁹. In entrambi i casi si ritiene che la soluzione non possa che giungere dall'analisi dei motivi di opportunità che hanno indotto gli arbitri ad effettuare la chiamata. Se tali motivi di opportunità fossero di fondata gravità sarebbe necessario concedere agli arbitri la facoltà di esimersi dalla decisione della causa. Ciò però, più che attraverso l'emanazione di un lodo non definitivo¹¹⁰, presumibilmente mediante la rinuncia al mandato.

¹⁰⁹ LUISO F.P., op. ult. cit., *ibidem*.

¹¹⁰ LUISO F.P., op. ult. cit., *ibidem*.

4. LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO VENUTO A MANCARE NEL PROCEDIMENTO PLURILATERALE

Giunti a questo punto, alla luce dei capitoli che precedono, si può tirare una prima conclusione. Gli arbitri giammai possono sindacare l'estensione dei limiti soggettivi della convenzione di arbitrato. Ciò in quanto, giova ripeterlo, gli arbitri non essendo parti della *res* controversa non hanno alcuna legittimazione in ordine alla convenzione che decide in quale sede quella *res* debba essere decisa. Semmai, all'arbitro che si opponga a detta modificazione è opportuno concedere la facoltà di rinunciare al mandato qualora sussista un giusta causa. Se così è però si arriva allo stato in cui ad ogni intervento o chiamata possa conseguire il venir meno di alcuno degli arbitri. In siffatte eventualità, venuto meno un arbitro, il procedimento sarebbe procedibile solamente a condizione di poter ricostituire il collegio.

Se quanto detto è corretto all'intervento o chiamata del terzo, oltre alle condizioni di ammissibilità sopra viste, si aggiunge una ulteriore condizione implicita di procedibilità: la possibilità di sostituire l'arbitro che abbia rinunciato al mandato.

Ebbene, comincia a profilarsi un problema di particolare importanza: come procedere alla ri-costituzione del collegio arbitrale in un procedimento plurisoggettivo. Al fine di una maggiore chiarezza è tuttavia necessario specificare che il procedimento non sarebbe "plurisoggettivo" *tout court*; bensì sarebbe un procedimento nato bilaterale e solo successivamente divenuto plurisoggettivo.

Certo è che alla costituzione, così come alla ri-costituzione del collegio in un procedimento plurisoggettivo, si possa giungere solamente con il rispetto del principio della parità delle parti. Il problema centrale che qui si cercherà di risolvere è come rispettare il principio di parità delle parti nella ri-costituzione di un collegio nell'alveo di un procedimento sorto bilaterale e successivamente divenuto plurisoggettivo. Infatti nei procedimenti bilaterali la parità delle parti, con buona approssimazione, significa vietare meccanismi che attribuiscono ad alcuno di essi il potere di no-

minare l'arbitro di controparte¹¹¹. Un esempio ne è l'arbitro unico, chiamato a decidere di un controversia tra società e socio, che sia stato nominato prima dell'insorgenza della lite dall'assemblea sociale¹¹². Diversamente, il novero delle questioni che sorgono in relazione all'arbitrato plurilaterale è ben più ampio. *In primis*, a solo titolo esemplificativo, quali sono le «parti» del procedimento e quindi distinguere il procedimento meramente plurisoggettivo da quello plurilaterale. Prima di fare ciò tuttavia conviene ancorare il discorso al dato normativo e prendere l'avvio dall'art. 811 c.p.c. rubricato "sostituzione dell'arbitro". Ebbene, questo articolo è stato ideato per i procedimenti con due sole parti e la novella del D.lgs. 2 Febbraio 2006, n. 40 non ne ha modificato l'ambito di applicazione. Si deve quindi capire se sia possibile estendere quanto previsto dall'art. 811 c.p.c. ai procedimenti litisconsortili.

L'articolo in questione si compone di due parti. La prima pone un principio basilare: il venir meno di alcuno degli arbitri non comporta la perdita di efficacia della convenzione di arbitrato. La norma pone invece la necessità di procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno¹¹³. Questo principio è ispirato al *favor arbitrati* ed è quindi valido indipendentemente dal numero di parti in causa. Esso si applica quindi sia ai procedimenti con due sole parti che a quelli litisconsortili.

Prevede la seconda parte dell'art. 811 c.p.c. che la sostituzione dell'arbitro debba avvenire secondo lo stesso metodo seguito per la nomina. Afferma inoltre la norma che, in caso di inerzia delle parti, si procede alla sostituzione nei modi di cui all'art. 810 c.p.c.

L'estensione all'arbitrato plurilaterale di questi principî, diversamente da quello contenuto nella prima parte dell'articolo, non è però automatica. Difatti per la prima parte, sia che si tratti di arbitrati con due o più parti, il *favor arbitrati* rimane invariato. Non è possibile sostenere

¹¹¹ In questo senso pare orientato anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. I, p. 565 ss., in particolare p. 568 e ss. ivi ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

¹¹² Cfr. PUNZI C., *ibidem*, p. 570, 571.

¹¹³ DANOVÌ F., *Gli arbitri e la loro formazione*, in *Arbitrato, ADR Conciliazione*, (a cura di) RUBINO SAMMARTANO M., Zanichelli, Bologna, 2009, p. 372, 373; BRIGUGLIO A., *La sostituzione dell'arbitro*, in *Riv. Arb.*, 1993, p. 194, 195.

ragionevolmente che la disciplina di favore si applichi solo agli uni e non agli altri. Per la seconda parte, posto sempre il *favor arbitri*, bisogna valutare come questo si traduca in concreto per i procedimenti plurilaterali. Pertanto, vista la diversità tra il procedimento bilaterale e plurilaterale non è possibile assumere che, a priori, si applichi agli uni quello che si applica agli altri.

Si deve quindi vedere se sia possibile estendere ai procedimenti liti-sconsortili la regola per cui la sostituzione degli arbitri debba avvenire seguendo il metodo utilizzato per la nomina.

Si ponga l'esempio di un procedimento instaurato tra due soggetti A e B. Questi nominano ciascuno l'arbitro di competenza i quali, successivamente, eleggono il terzo con funzioni di presidente. È il caso di una normale cd. "clausola binaria". Si ipotizzi poi che intervenga ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, con l'accordo di tutte le parti, il soggetto C estraneo alla convenzione di arbitrato dalla quale scaturisce la controversia. A questo punto l'arbitro nega il proprio consenso all'intervento, determinando così lo scioglimento del rapporto con la parte che lo ha nominato. In tal caso si dovrebbe vedere se ai sensi dell'art. 811 c.p.c.: (a) la sostituzione dell'arbitro venuto meno possa avvenire secondo quanto previsto nella clausola binaria; (b) ovvero se "*la parte a cui spetta o il terzo non vi provvede, o se la convenzione d'arbitrato nulla dispone a riguardo, si [applicino] le disposizioni dell'articolo [810]*"; (c) oppure il giudizio sia improcedibile.

Prima però di abbozzare una risposta vanno precisate due cose. In primo luogo che, spiegato l'intervento, grazie all'estensione dei limiti soggettivi della convenzione, anche l'interveniente è divenuto a tutti gli effetti parte della convenzione. Ciò posto è ora possibile chiarire che la tesi per cui l'interveniente volontario accetta il collegio già costituito – pertanto rinuncia al diritto di nominare il proprio arbitro – non pertiene al caso in esame. Questa tesi è condivisibile, ma si riferisce al diverso caso in cui la composizione del collegio arbitrale rimane invariata: cioè nessuno degli arbitri viene a mancare, pertanto il collegio arbitrale rimane quello già costituito. Dunque, come è giusto che sia, l'interveniente ai

sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° non può mutare la composizione del collegio arbitrale già costituito¹¹⁴.

Diverso invece il caso in cui si debba riconoscere o meno all'interveniente il diritto di concorrere alla ricostituzione del collegio. In questa evenienza non rileva in alcun modo il carattere facoltativo della partecipazione del terzo, né la volontarietà del suo intervento, né men che meno il principio di non regressione. Qui infatti non si regredisce, non si discute di quanto già fatto, bensì di quanto si andrà a fare: nominare un nuovo arbitro. Si devono allora riconoscere all'interveniente le facoltà che gli spettano per essere divenuto parte della convenzione arbitrale.

Ora va chiarita la seconda questione, ovvero quali siano in concreto le facoltà che spettano all'intervenuto. Da un punto di vista "statico", il litisconsorte principale o quello adesivo autonomo che deduca innanzi agli arbitri un proprio diritto ha pieni poteri rispetto a questo¹¹⁵. Ciò vuol dire quindi che ad entrambi spetta il diritto di partecipare alla composizione del collegio in fase di avvio del procedimento. Bisogna però vedere se nel contesto nel quale si cala l'intervento tale potere sia o meno esercitabile. Bisogna cioè analizzare la situazione da un punto di vista "dinamico" e vedere se l'interveniente ha diritto di partecipare alla nomina dell'arbitro anche dopo l'avvio del procedimento. Fatta questa disamina in ordine ai litisconsorti principali e adesivi autonomi bisognerà ripetere l'operazione rispetto al litisconsorte necessario pretermesso e *ad adiuvandum*.

4.1. LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO E L'INTERVENTO LITISCONSORTILE

Attraverso l'intervento litisconsortile il terzo fa valere in via autonoma il proprio diritto contro alcune delle parti in arbitri, formando così un cumulo oggettivo di cause che può definirsi «semplice». Questo si caratterizza per il fatto che le domande proposte dalle parti tendono

¹¹⁴ Rimane tuttavia condivisibile il dubbio sulla posizione dell'interventore adesivo dipendente sollevato da RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 666, 667, ivi *amplius*.

¹¹⁵ Così LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 2011, p. 314, 315, ma l'affermazione è pacifica.

all’emanazione di provvedimenti “*omogenei, di tale natura cioè da poter essere sommati in un pronuncia formalmente unica a favore o contro i più*”¹¹⁶. In tale caso l’attribuzione alla parte originaria e all’interveniente della facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio squilibrato¹¹⁷. Ciò indipendentemente dal fatto che l’interveniente e la parte originaria formino o meno un polo unitario di interessi. Si ponga infatti l’esempio del creditore che allegghi l’inadempimento dei due debitori solidali. Questi potrebbero contestare entrambi la pretesa dell’attore ma, in via subordinata, affermare che l’inadempimento sia da imputare rispettivamente all’altro debitore. In questo caso, si avrebbe un litisconsorzio semplice, senza che si sia formato un unitario polo di interessi. Ebbene, attribuire ad entrambi i condebitori la facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio squilibrato – non in tema di attribuzione della responsabilità dell’inadempimento, bensì sull’adempimento o meno del contratto.

L’interveniente e la parte originaria avranno quindi diritto ad essere rappresentati in seno al collegio arbitrale da un solo arbitro. Inoltre, la designazione di quest’ultimo deve essere riferibile alla comune volontà dell’interveniente e della parte originaria. Difatti l’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° dispone che la nomina dell’arbitro deve essere riferibile alla comune volontà delle parti. Ciò per il caso in cui la pluralità delle parti sia palese sin dall’avvio. Nel caso invece in cui il terzo intervenga successivamente alla costituzione del collegio arbitrale, lo si è già anticipato, entrando di propria *sponte* nel procedimento, egli accetta la designazione già effettuata. In questo modo, la composizione del collegio arbitrale sarebbe comunque riferibile alla comune volontà delle parti – seppure solo *a posteriori*.

¹¹⁶ REDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 5, la definizione è però pacifica.

¹¹⁷ LICCI P., *La pluralità di parti nel procedimento: le soluzioni del passato, i problemi del presente*, in Riv. arb. 2009, fasc. 2, p. 388; POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni di arbitrato*, in Riv. arb., 2006, fasc. 3, p. 538, nota a Coll. arb. 17 Maggio 2006; PAOLETTI A., sub art. 816 *quater* c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010, p. 210, §I.11, 215 § III.17.

Se la designazione dell'arbitro rappresentativo degli interessi dell'interveniente e della parte affiancata deve essere espressione della volontà di entrambi, logica vuole che questo principio valga sia per la nomina dell'arbitro "originario" sia per la nomina del suo sostituto. In ciò si sostanzia il principio del rispetto della parità delle parti nella sostituzione dell'arbitro: che anche il sostituto arbitro deve essere espressione della volontà di entrambi.

Se così è, l'unica via è che l'interveniente partecipi alla sostituzione dell'arbitro venuto meno. Pertanto la sostituzione dell'arbitro venuto meno deve avvenire d'accordo con la parte affiancata. Cosicché, se dopo l'intervento litisconsortile, viene meno l'arbitro nominato dalla parte affiancata, l'interveniente ha diritto di partecipare alla sostituzione. All'opposto se viene meno l'arbitro nominato dalla parte avverso la quale l'interveniente fa valere i propri diritti, egli non ha alcun titolo per partecipare alla sostituzione. Così come l'originario compromittente non ha diritto di partecipare alla sostituzione dell'arbitro nominato dalla controparte, allo stesso modo tale diritto non può spettare al litisconsorte adesivo autonomo.

Nel caso dell'intervento adesivo autonomo quindi l'interveniente si pone in posizione di parità con la parte affiancata. Se ad essa spetta la facoltà di sostituire l'arbitro venuto meno, la stessa deve poter essere esercitabile anche dall'interveniente. Se viceversa la parte originaria non ha diritto di sostituire l'arbitro, neanche l'interveniente potrà agire in tal senso. Ragionare diversamente ed escludere *a priori* che l'interventore possa partecipare alla sostituzione dell'arbitro conduce a risultati inaccettabili. Così si condannerebbe il terzo a rimanere in balia dalla parte affiancata, la quale potrebbe essere portatrice di interessi contrastanti con i propri. È palese inoltre che escludere l'interveniente dalla facoltà di partecipare alla sostituzione dell'arbitro significa minare il principio per cui il collegio deve essere espressione paritetica della volontà delle parti in causa.

Un problema si potrebbe porre per la sostituzione del Presidente. Se costui fosse nominato congiuntamente dalle parti originarie, all'interveniente spetterebbe la scelta del sostituto assieme alla parte affiancata. Qualora poi il Presidente sia stato nominato da un terzo, *nulla quaestio*. Tanto l'interveniente non aveva diritto di partecipare alla relativa nomina in fase di avvio quanto non ne ha successivamente. Il pro-

blema della sostituzione del Presidente venuto meno si pone qualora costui sia stato nominato congiuntamente dagli arbitri di parte. In questo caso, la sostituzione del Presidente avverrebbe ad opera degli arbitri rappresentativi degli interessi delle parti originarie, con l'esclusione del terzo interveniente. Il problema tuttavia si risolve agevolmente se si considera che l'interveniente, accettando gli arbitri già nominati, ritiene costoro sufficientemente rappresentativi dei propri interessi. In questo modo non vi sarebbe problema alcuna nella sostituzione del Presidente ad opera degli arbitri già nominati.

Chiusa la parentesi della sostituzione del Presidente, si ritorni al caso in cui venga meno l'arbitro nominato dalla parte affiancata dall'interveniente litisconsortile. Si immagini che in siffatto caso, la parte originaria e quella sopravvenuta non riescano a trovare un accordo sulla designazione del sostituto. Ci si chiede, in sostanza, cosa succeda quando la convenzione arbitrale contenga una classica clausola binaria. In questo caso come sarebbe possibile procedere alla sostituzione in assenza di una designazione congiunta?

In base a quanto sopra argomentato non può sostenersi che alla designazione dell'arbitro si debba procedere semplicemente secondo quanto previsto per la nomina. Vale a dire ad opera della parte originaria con l'esclusione dell'intervenuto. È evidente che, alla stregua della originaria previsione pattizia in ordine alla nomina degli arbitri, il giudizio non potrebbe proseguire. Ciò posto però si potrebbe operare la sostituzione secondo altri modi individuati dalle parti: secondo la loro volontà successiva ovvero per via giudiziale. Rimane però da vedere se queste alternative siano percorribili.

L'art. 811 c.p.c. prevede che la sostituzione debba avvenire secondo quanto stabilito nella convenzione per la nomina degli arbitri; non secondo quanto originariamente stabilito nella convenzione per la nomina degli arbitri. Pertanto le parti unanimemente potrebbero accordarsi per prevedere nuovi meccanismi di sostituzione. Se così è, le parti potrebbero prevedere un nuovo meccanismo di designazione, magari rimettendo la nomina del sostituto ad un terzo. Si garantirebbe così la procedibilità dell'arbitrato avuto riguardo anche alla volontà delle parti, non solo originaria, bensì anche quella successiva. In questo modo si valorizzerebbe la previsione di cui all'art. 1 comma 3° lett. b) della legge delega: “*una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, che garantisca nella*

nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti”.

Ciò non significa però che le parti già in conflitto sulla nomina di un arbitro riescano invece a trovare un accordo sul meccanismo di sostituzione. Allora, non potendo la sostituzione avvenire secondo quanto disposto dalla convenzione, ovvero secondo quanto all'uopo successivamente stabilito, il giudizio sarà improcedibile.

Una alternativa alla improcedibilità invero la si può immaginare, anziché nella sostituzione del singolo, nella rinnovazione della composizione dell'intero collegio. Per procedere alla rinnovazione dell'intero collegio occorre però, in primo luogo, procedere allo scioglimento del rapporto tra tutte le parti e gli arbitri. Allora si deve definire se le parti abbiano la facoltà di procedere allo scioglimento dell'intero collegio. Così come le parti hanno deferito la controversia ad arbitri, allo stesso modo, tramite il medesimo potere dispositivo, per mutuo dissenso, esse possono sciogliere la convenzione¹¹⁸. Così come l'accordo delle parti può avere ad oggetto la costituzione e l'estinzione di rapporti giuridici, così può avere ad oggetto anche la loro modificazione. Allora, alle parti spetta tanto il potere di devolvere la controversia ad arbitri e quello di rinunciarvi, quanto quello di modificarne le condizioni. Il potere delle parti di sciogliere all'unanimità il collegio rappresenta allora un'estrinsecazione del generale potere dispositivo di cui esse godono nell'arbitrato. Ciò viene ben enfatizzato in altri ordinamenti affermando che, in virtù dell'autonomia negoziale, *“le parti possono, d'accordo in ogni fase, licenziare il tribunale arbitrale e cominciare un nuovo arbitrato – ovvero risolvere la loro controversia in un modo totalmente diverso”*¹¹⁹.

Il fenomeno appena descritto dell'azzeramento del collegio arbitrale è solo apparentemente simile ad una revoca congiunta del mandato agli arbitri. Benché entrambe tutelino la procedibilità dell'arbitrato e abbiano come effetto la risoluzione del rapporto parte arbitro, tuttavia ne sono diverse le motivazioni. La revoca del mandato avviene sostanzialmente nel

¹¹⁸ *Amplius* PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, op. cit., p. 667.

¹¹⁹ HUNTER M., *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act*, in *Arbitration International*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 346, 347.

caso in cui l'arbitro ometta o ritardi il compimento di un atto inerente alla sua funzione¹²⁰. Si ricade quindi nell'alveo dell'attuale articolo 813 *bis* c.p.c. il quale prevede che gli arbitri decadono o vengono rimossi, sì per volontà delle parti, ma a causa di un fatto proprio. L'azzeramento del collegio è invece scollegato da un qualsiasi addebito agli arbitri. Esso è diretto a garantire la possibilità di ricostituire il collegio arbitrale in ottemperanza alla volontà delle parti e non a sanzionare l'inadempimento di alcuno.

In sintesi quindi si è visto che, ai sensi dell'art. 811 c.p.c. alla sostituzione dell'arbitro si debba procedere secondo quanto disposto dalla convenzione per la nomina. Tuttavia, qualora ciò non sia possibile vi sono altre vie. Così le parti possono prevedere un nuovo meccanismo di sostituzione. Nel caso ulteriore in cui non si trovi l'accordo per la definizione di un nuovo meccanismo di sostituzione dell'arbitro, le parti ben potrebbero licenziare il vecchio collegio e ricostituirne uno nuovo.

In altre parole tutte queste vie alternative all'improcedibilità dell'arbitrato pongono un interrogativo in comune: se sia lecito modificare le regole del procedimento nel corso dell'arbitrato. Ovvero, come si possa interpretare la legge delega quando parla di «volontà successiva» nella nomina degli arbitri, fino a che punto si possa estendere tale volontà, quali ne sono le basi e le modalità di esercizio.

Ebbene, il fondamento del potere di modificare le regole secondo la successiva volontà non può che essere ricercato nell'autonomia contrattuale e nel principio di relatività del contratto. Il primo che attribuisce alle parti della convenzione la facoltà di mutare le regole del procedimento e con esso anche quello di mutare la composizione del collegio. Il secondo che esclude la sussistenza di tale potere in capo a chi non è parte della convenzione.

¹²⁰ Sulla revoca congiunta del mandato agli arbitri *cf.* BRIGUGLIO A., *La sostituzione degli arbitri*, op. cit., p. 198; CORSINI F., *Considerazioni critiche sull'estinzione della clausola compromissoria rituale a seguito dell'inosservanza del termine per pronunciare il lodo*, in Riv. arb., 2002, fasc. 2, p. 330; *Passim* in RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 163, 561, 564, 788. Ipotizza la possibilità di avvalersi della revoca congiunta del mandato al fine di rimuovere un arbitro portatore di un interesse proprio nella lite VACCARELLA R., *Incompatibilità allo svolgimento della funzione di arbitro in ragione della carica ricoperta all'interno della società parte del giudizio*, commento a Corte d'App. Napoli 22/12/2003 n. 3636.

Si è già affermato infatti che la convenzione arbitrale riguarda solamente le parti, non gli arbitri. Solamente le prime, essendo anzitutto parti della controversia e in quanto tali parti della convenzione, possono partecipare alla stipulazione e alla modificazione di essa. È vero che il rapporto tra i litiganti e gli arbitri senza dubbio è contrattualmente collegato alla convenzione di arbitrato, ma da ciò non può derivare alcuna commistione tra i due piani negoziali¹²¹. Le parti, e solamente loro, possono allora novare l'originario meccanismo di nomina esercitando la stessa autonomia contrattuale con la quale hanno sottoscritto la convenzione arbitrale. Così come le parti hanno deferito la controversia ad arbitri, allo stesso modo, tramite il medesimo potere dispositivo, per mutuo dissenso, esse possono sciogliere la convenzione. Così come l'accordo delle parti può avere ad oggetto la costituzione e l'estinzione di rapporti giuridici, così può avere ad oggetto anche la loro modificazione. Allora, alle parti spetta tanto il potere di devolvere la controversia ad arbitri e quello di rinunciarvi, quanto quello di licenziare il collegio e modificare le regole di svolgimento del giudizio.

A prescindere dal fondamento, si potrebbe però obiettare che, a tutto voler concedere, il potere delle parti sarebbe limitato nel tempo. Le parti potrebbero sì regolare il procedimento, purché lo facciano anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale (arg. *ex art. 816 bis c.p.c.*). Orbene, la modifica del meccanismo di sostituzione dell'arbitro avverrebbe a giudizio già cominciato. Pertanto, la modificazione delle regole di svolgimento del procedimento e di quelle per la sostituzione degli arbitri sarebbe preclusa.

Di questo ragionamento si contesta sia la premessa che la conclusione. La prima in quanto non si ritiene che l'inizio del giudizio arbitrale costituisca un termine perentorio¹²² per l'esercizio del potere di regolamentare il procedimento. Di ciò però in seguito. La seconda in quanto, tuttalpiù, ad essere limitata dall'inizio del giudizio arbitrale è la facoltà di dettare “*le norme [e solo quelle norme – adde] che gli arbitri debbono*

¹²¹ Vedi sul tema del collegamento tra convenzione d'arbitrato e contratto tra le parti e gli arbitri DIMUNDO A., *Il mandato ad arbitrare*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA G., VIGORITI V., p. 468, 473.

¹²² Vedi *infra* p. 58.

osservare” (art. 816 *bis* c.p.c.). Non subirebbe invece tale preclusione la facoltà di dettare le norme cui gli arbitri non sono vincolati¹²³, quali ad esempio le modalità di sostituzione degli stessi. Inoltre, è indimostrato che la facoltà delle parti del procedimento plurilaterale di disporre le regole di svolgimento sia preclusa dall’avvio del giudizio bilaterale. Infatti, a limitare la facoltà dispositiva delle parti in ordine al procedimento plurilaterale non è l’avvio di un giudizio arbitrale quale che sia, bensì di quello plurilaterale. Se infatti anche l’interveniente deve poter partecipare alla sostituzione dell’arbitro, bisognerà prendere come punto di riferimento l’inizio del procedimento plurilaterale, non quello bilaterale. Ebbene, qualora l’arbitro venga meno perché si oppone all’intervento del terzo, il giudizio plurilaterale non potrebbe dirsi iniziato fintantoché non sia (ri)costituito il collegio.

Vi è un altro profilo per cui si ritiene che, estinta l’obbligazione che legava le parti agli arbitri, queste possano disciplinare nuovamente la composizione del collegio. Si ritiene infatti che, attraverso la prestazione dell’accordo unanime all’intervento del terzo, sia stata stipulata tra le parti una nuova convenzione di arbitrato. Come già visto infatti il consenso all’intervento del terzo porta alla stipulazione di una nuova convenzione arbitrale¹²⁴. Bisogna però intendersi sul significato di tale nuova convenzione. *In primis* vi potrebbe essere una vera e propria novazione, ma servirebbe uno specifico *animus novandi*¹²⁵. Oppure, più semplicemen-

¹²³ Cfr. CECHELLA C., *Disciplina del processo dell’arbitrato*, in Riv. Arb., 1995, p. 215: “*le regole del processo devono essere imposte agli arbitri, quando fissate convenzionalmente, prima che il processo abbia avuto inizio, per evidente necessità di preconstituire alle parti le forme verso le quali convogliare le difese ed il loro svolgimento e prima che gli arbitri accettino, per consentire loro di valutare meglio i contenuti del mandato offerto*”. L’affermazione è trascritta per intero in Cass. Sez. I, 31/01/2007, sent. n. 2201. Si desume pertanto che l’autonomia privata non è limitata dall’inizio del giudizio se non è diretta a costituire le forme verso cui le parti devono convogliare le loro difese, o non influisce sui contenuti del mandato degli arbitri.

¹²⁴ Così CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 843; per un paragone con il diritto sostanziale cfr. REALMONTE F., *L’adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000, p. 96.

¹²⁵ In generale è pacifico che “*la modifica [del rapporto preesistente] non costituisce praesumptio iuris di novazione*”, così *ex multis* Corte d’Appello Torino, Sez. I, sent. 26 Gennaio 2007; nello stesso senso Cass. Sez. I, 21 Gennaio 2008, n. 1218; Cass. Sez. I, 06 Luglio 2010, n. 15980; Cass. Sez. II, sent. 25 Maggio 2011 n. 11513.

te, le parti possono modificare l'oggetto ed i limiti soggettivi della originaria convenzione di arbitrato, senza però che questa si estingua.

Non si può discernere tra le due alternative da un punto di vista generale ed astratto. Se si tratta o meno di una novazione dipenderà dal fatto che le parti agiscano nel caso concreto con il necessario *animus novandi*. Ciò che invece giova chiarire è che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, per effetto della nuova stipulazione, le parti acquisiscono *ex novo* la facoltà di regolare il procedimento a prescindere da eventuali preclusioni nelle quali siano incorse¹²⁶.

Nel primo caso, con la novazione si avrebbe “*una radicale trasformazione del rapporto medesimo, il quale «perde» la sua originaria individualità giuridica e ne «acquista» una nuova [...]. Lo stesso rapporto verrà così regolato ex novo da una disciplina diversa da quella ricollegabile alla sua fattispecie originaria*”¹²⁷. Nel secondo caso invece alle parti spetta il potere di disciplinare nuovamente quei frammenti della convenzione di arbitrato interessati dall'allargamento dell'ambito oggettivo e soggettivo. Così se il termine per la deliberazione del lodo era originariamente breve perché il *thema decidendum* era modesto, all'ampliamento di questo, le parti possono assegnare agli arbitri più tempo. Parimenti se nel contesto di una lite bilaterale gli arbitri dovevano essere nominati in determinati modi, al mutamento della controversia in plurilaterale, alle parti deve essere accordata la possibilità di modificare l'originario metodo di nomina. Sarebbe un controsenso attribuire alle parti la possibilità di modificare la convenzione arbitrale – da bilaterale renderla plurilaterale – senza attribuire loro tutti quei poteri impliciti indispensabili a tale scopo.

Tra questi “poteri impliciti” pare vi debba essere quello di licenziare il collegio già costituito.

¹²⁶ Il quesito circa l'effetto causato sulla convenzione di arbitrato dall'intervento del terzo – novazione ovvero mera modificazione dei limiti soggettivi, contratto aperto in senso stretto *et cetera* – merita un approfondimento che trascende l'oggetto del presente lavoro. Per opportuni approfondimenti si rinvia a ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, op. cit., p. 183 ss.

¹²⁷ Testualmente MAGAZZÙ A., *Novazione (dir. civ.)*, in Enc. Dir., Giuffrè, Vol. XXVII, 1978, p. 797, 798.

Una simile possibilità non presenta grossi ostacoli qualora gli arbitri, consapevoli della delicatezza della loro funzione, aderiscano alla volontà delle parti di risolvere consensualmente il rapporto. Ciò lo si è già visto nel caso della sanatoria del vizio di costituzione del collegio arbitrale a causa della pretermissione del litisconsorte necessario. Così anche si è accennato alla irrazionalità di tutelare gli interessi degli arbitri a non veder risolto il proprio contratto giungendo quindi alla improcedibilità del giudizio... quindi alla risoluzione del contratto.

Di certo il licenziamento dell'intero collegio difficilmente troverà attuazione nella pratica. È infatti facilmente ipotizzabile che colui il quale non ha l'onere di sostituire il proprio arbitro, ovvero non ha interesse alla sostituzione da parte degli altri, possa opporre un fermo rifiuto alla proposta di azzerare il collegio arbitrale. Purtuttavia, almeno in teoria, risulta un'opzione praticabile.

Ebbene, azzerato il collegio arbitrale se ne deve ri-definire il meccanismo di costituzione. Ciò nel rispetto del principio di parità delle parti. A tal fine la scelta del metodo alternativo deve provenire da tutte le parti della convenzione di arbitrato, interveniente incluso. Ma non basta. Occorre anche domandarsi come garantire il rispetto del principio di parità delle parti. In special modo se gli unici modi di procedere alla ricostituzione del collegio arbitrale in conformità con detto principio siano quelli di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°.

Non si può rispondere all'interrogativo semplicemente sulla base del dato testuale. Ovvero che parole quali “*convenire*” al 1° comma dell'art. 816 *quater* c.p.c. e “*iniziato*” al 2° indicherebbero che i metodi di nomina ivi disciplinati si applichino alle sole ipotesi in cui il litisconsorzio sia originario. Pertanto laddove la pluralità di parti fosse sopravvenuta si sarebbe fuori dall'ambito di applicazione della norma. Un simile ragionamento risulterebbe in primo luogo aprioristico; secondo poi viziato qualora si ritenesse che i metodi divisati dall'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. siano gli unici in grado di garantire la parità delle parti nella nomina e nella sostituzione degli arbitri. Tale parità difatti, come accennato, deve darsi sempre: sia in fase di avvio del procedimento sia successivamente. Pertanto, se gli unici modi fossero quelli di cui all'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. gioco forza ne consegue il rispetto di tali metodi sia in fase d'avvio che successivamente. La prima cosa da accertare è allora se vi

siano meccanismi di nomina – diversi da quelli dell’art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. – che rispettino ugualmente il principio di parità delle parti.

Si è osservato in senso positivo che l’art. 816 *quater* c.p.c. non commina espressamente alcuna sanzione di nullità¹²⁸, quindi l’adozione dei metodi ivi previsti non sarebbe imperativa. La clausola con la quale ci si accordi di nominare gli arbitri diversamente dall’art. 816 *quater* c.p.c. sarebbe perciò valida ed efficace – purché rispettosa del principio di parità delle parti¹²⁹. Pertanto dopo che l’attore ha nominato quello di propria competenza, le parti potrebbero nominare validamente ciascuna il proprio arbitro. Tutto ciò a patto che, nel caso concreto, il collegio sia composto da un numero dispari di arbitri i quali rappresentino paritariamente le parti. Tuttavia è stato correttamente sostenuto che questa modalità di nomina degli arbitri non è in contrasto con quelle previste dal primo comma dell’art. 816 *quater* c.p.c.¹³⁰ Alle parti sarebbe infatti consentito nominare un arbitro ciascuno, ma con l’implicita condizione del reciproco gradimento. In altre parole, le parti potrebbero sì nominare un arbitro ciascuno, a patto tuttavia che le altre non si oppongano. Ne consegue quindi che anche in questa ipotesi, seppure indirettamente, vi è pur sempre il consenso di tutte le parti. Si rientra quindi anche in questo caso nelle ipotesi previste dall’art. 816 *quater* c.p.c. Ne deriva allora che la sostituzione dell’arbitro debba necessariamente avvenire secondo una delle modalità dell’articolo 816 *quater* comma 1° c.p.c. perché, all’atto pratico, queste sono le sole a garantire l’equa partecipazione delle parti.

In conclusione quindi le parti, regolando la sostituzione dell’arbitro venuto meno, debbono optare per i meccanismi di nomina previsti dall’art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. Esso pone quindi la disciplina della composi-

¹²⁸ MARENGO R., *La procedura arbitrale*, op. cit., p. 802.

¹²⁹ MARENGO R., *ibidem*; sostiene invece che le modalità dell’art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. siano esclusive G.F. RICCI, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 447, 449; NELA P.L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, op. cit., p. 1743, 1746; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., op. cit., 2007, p. 5888.

¹³⁰ LIPARI G., *sub Art. 816 quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., p. 747, 748 “*Sorge il dubbio che la disciplina dell’art. 816 quater comma 1 c.p.c. sia inderogabile non solo o (ma non sembra) non tanto per la sua formulazione, ma anche perché probabilmente non residuano altri possibili meccanismi di nomina cui far ricordo nella pratica*”.

zione del collegio arbitrale nel procedimento con pluralità di parti – indipendentemente dal momento in cui ciò si verifica¹³¹. Pertanto i termini “*convenire*” ed “*iniziato*”, indicano l’ambito di applicazione necessario dell’articolo – la pluralità di parti originaria – ma non ne esclude l’applicazione ulteriore. *Lex minus dixit quam voluit*.

Si è contrariamente sostenuta la possibilità di derogare ai meccanismi di nomina di cui all’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° qualora di litisconsorzio necessario “*non sia originario, ma sopravvenuto al sorgere del giudizio*”¹³². In tali circostanze, si ritiene infatti che non trovi applicazione la sanzione dell’improcedibilità di cui al comma 3° del medesimo articolo. Si pone a paradigma il caso in cui “*ad una parte del giudizio arbitrale in corso, succeda mortis causa una pluralità di soggetti*”. L’inapplicabilità dei meccanismi in questione si ricaverebbe “*dalla considerazione che gli eredi acquisiscono la posizione del dante causa, e quindi sia la collocazione nel giudizio nello stato in cui si trova, sia l’arbitro che egli ha nominato*”¹³³.

In verità non si può che concordare con l’affermazione per cui gli eredi acquisiscono la posizione del dante causa e, con essa, anche la nomina effettuata da quest’ultimo. Ciò però non esclude la necessità di rispettare i metodi di cui all’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°; anzi la rafforza. Basti notare infatti che l’arbitro nella cui nomina «succedono» gli eredi risulta in sostanza come se fosse da essi congiuntamente designato. Se ne ricava quindi che, seppure *ex post*, si realizzerebbe la terza ipotesi di cui all’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°: quella per cui, dopo che la prima abbia nominato un arbitro, le altre parti d’accordo ne nominino un secondo.

¹³¹ BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, in Riv. dir. proc., 2012, fasc. 6, p. 1541: “[...] Non si capirebbe perché il legislatore richieda l’accordo effettivamente trilatero sulla nomina quando l’arbitrato inizi litisconsortile e fra partecipi alla convenzione arbitrale (...) e non lo richieda quando il litisconsorzio è sopravvenuto, e perfino con nuovo protagonista estraneo alla convenzione arbitrale”.

¹³² NELA P.L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, op. cit., p. 1747.

¹³³ NELA P.L., *ibidem*.

Per tornare all'ipotesi dalla quale si era preso avvio, qualora un terzo estraneo alla convenzione di arbitrato intervenga e successivamente si debba sostituire un arbitro, le parti nell'esercizio dei rispettivi poteri e facoltà possono procedere concordemente alla nomina del sostituto. In mancanza dell'accordo tra le parti legittimate alla designazione del sostituto si può risolvere il rapporto con gli arbitri già nominati – con o senza l'accordo di questi ultimi. Tuttavia la successiva ricostituzione del collegio potrebbero avvenire solo tramite i meccanismi di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. L'impossibilità di sostituire l'arbitro secondo quanto previsto per la nomina dello stesso verrebbe così sanata dalle parti stesse e l'arbitrato sarebbe procedibile.

Certo è che la soluzione di liquidare l'intero collegio è a dir poco difficoltosa. È infatti probabile che la parte che non deve procedere alla sostituzione del «proprio» arbitro si opponga allo scioglimento del rapporto. Inoltre, lo scioglimento dell'intero collegio comporta anche il pagamento degli onorari di numerosi arbitri e quindi una lievitazione dei costi. Oltre a ciò, è pure possibile che non si raggiunga l'accordo sulle modalità tramite le quali procedere alla ricostituzione del collegio. Possibilità tanto maggiore in quanto il novero delle alternative è limitato a quelle di cui all'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. Per giunta, quando l'interveniente e la parte originaria debbano scegliere d'accordo il sostituto, è ben possibile che non vi riescano perché portatrici di interessi contrastanti. È quanto mai opportuno pertanto individuare soluzioni alternative.

Viene nuovamente in aiuto l'art. 811 c.p.c. Prevede l'ultima proposizione dell'articolo che “*se la parte cui spetta o il terzo non vi provvede, o se la convenzione di arbitrato nulla dispone a riguardo, si applicano le disposizioni dell'articolo [810 c.p.c.]*”. L'articolo estende l'applicazione del meccanismo di nomina giudiziale dell'arbitro all'ipotesi della sostituzione di quest'ultimo. L'articolo tuttavia fa riferimento al procedimento bilaterale e la possibilità di estenderne il disposto a quello litisconsortile merita una più approfondita riflessione. Nello specifico si deve infatti analizzare la compatibilità della premessa di partenza con il procedimento litisconsortile: la possibilità di procedere alla designazione giudiziale.

Si sostiene infatti che la nomina giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile sia possibile solamente qualora le parti si siano spontaneamente polarizzate in due centri di interessi. Ciò per due ragioni. Da un lato non si può privare alcuno della facoltà di partecipare, a

condizioni di parità con le altre parti, alla composizione del collegio arbitrale. La terzietà e imparzialità del collegio arbitrale è infatti un principio di ordine pubblico indisponibile alle parti¹³⁴. Né però, d'altro canto, si può attribuire a ciascuno il diritto di nominare un proprio arbitro in quanto il collegio potrebbe risultare composta da un numero pari di arbitri, ovvero risultare comunque squilibrato¹³⁵.

Si potrebbe tuttavia obiettare che, se queste sono le premesse, al designazione giudiziale dell'arbitro sostituto, troverebbe scarsa applicazione nell'ipotesi ora in esame. In questo caso infatti si è ipotizzato che la parte originaria e l'intervenuto siano in disaccordo nella scelta comune di un arbitro. Se così fosse non si potrebbe procedere alla sostituzione giudiziale in difetto dell'accordo delle parti. Questa linea di pensiero è pienamente condivisibile ma ciò non esclude la possibilità di ricorrere alla sostituzione per via giudiziale. Per spiegarne le ragioni basta discernere tra «accordo sulla nomina» e «polarizzazione».

Si sostiene infatti che si possa nominare giudizialmente un arbitro solamente a condizione che vi sia una spontanea polarizzazione delle parti. Questa avrebbe “*alla sua base un comportamento spontaneo dei soggetti che vanno a costituire un gruppo unitario [ed è] inoltre riscontrabile solo attraverso una valutazione compiuta a posteriori*”¹³⁶. Per converso il meccanismo di nomina giudiziale prevede una cognizione sommaria, da compiersi peraltro *a priori*¹³⁷. Pertanto, in mancanza di siffatta polarizza-

¹³⁴ Per tutti vedi PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. I, p. 576.

¹³⁵ Cfr. SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, CEDAM, 1999, p. 178 e ss.

¹³⁶ SALVANESCHI L., *ibidem*, p. 317.

¹³⁷ SALVANESCHI L., *ibidem*; Così anche RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, CEDAM, 1997, Vol. I, p. 691, il quale nota anche come il procedimento fosse a contraddittorio eventuale e terminasse con ordinanza non impugnabile. Ivi citati riferimenti giurisprudenziali v. nota n. 102; nel senso che anche dopo il D.lgs. 40/2006 il provvedimento è insuscettibile di reclamo e di impugnazione: Cass. Sez. I, sent. 14 Maggio 2012, n. 7450; Cass. Sez. I, sent. 18 Maggio 2007, n. 11665; Cass. Sez. III, sent. 19 Gennaio 2006, n. 1017. Va tuttavia notato come in determinate circostanze sia possibile valutare *a priori* la sussistenza di un unitario polo di interessi. È questo il caso della costituzione di un servitù prediale su un fondo servente in proprietà *pro indiviso* tra due o più individui Cfr. GRADI M., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., op.

zione, il ricorrente non potrebbe surrogare il mancato accordo tra le parti tramite la nomina autoritativa dell'arbitro.

Il principio è condivisibile ma bisogna veder in quali termini influisce sulla possibilità di ricorrere alla sostituzione giudiziale. Se i soggetti cui spetta la nomina non riescono a raggiungere un accordo in ragione dell'impossibilità di formare un polo unitario di interessi: *rien à faire*. La parte che nominò l'arbitro "superstite" non potrà richiedere al giudice di procedere autoritativamente alla sostituzione. Né vi potrà provvedere l'interveniente. Ciò in quanto il giudice non potrebbe, tramite un procedimento sommario ed *a priori*, valutare la sussistenza di una comunanza di interessi tra le parti.

Quella appena vista non è però l'unica eventualità immaginabile. La designazione dell'arbitro potrebbe dipendere da una causa diversa dalla mancata spontanea polarizzazione delle parti. Così ad esempio le parti della convenzione potrebbero convenire sulla polarizzazione, ma in concreto non accordarsi sul nominativo dell'arbitro. In altre parole, una volta che le parti si siano polarizzate, potrebbero non trovare un accordo sulla nomina di questo o di quell'arbitro. Ciò per diversi motivi. O perché in effetti indecise, o perché semplicemente inadempienti.

Inoltre, le parti potrebbero aver affidato la nomina degli arbitri – quindi anche la sostituzione – ad un terzo, il quale risulti inadempiente. In questa evenienza infatti il giudice non dovrebbe valutare se le parti si siano o meno aggregate; dovrebbe solamente sostituirsi al terzo indolente.

In altre parole, se la mancata designazione fosse dovuta al dissenso circa l'aggregazione in un polo unitario sarebbe corretto escludere che si possa designare un arbitro giudizialmente. Come appena visto però questa non è l'unica eventualità. Al di fuori di questi casi occorre quindi ammettere la nomina giudiziale dell'arbitro anche nel procedimento plurilaterale.

La soluzione propugnata potrebbe però essere osteggiata in quanto i metodi per la composizione del collegio sono tassativamente elencati dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Tant'è che il capoverso dispone che

cit., p. 210-211 § I.10-I.17; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., p. 688, 689.

“fuori dei casi previsti nel precedente comma” il litisconsorzio facoltativo si scioglie; infine, il terzo comma prevede che “se non si verifica l’ipotesi prevista nel primo comma” il giudizio litisconsortile è improcedibile. Ebbene, tra i metodi di cui all’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°, non rientrerebbe un metodo di composizione «misto»: un po’ pattizio, un po’ giudiziale. L’illegittimità della sostituzione giudiziale del collegio porterebbe quindi all’improcedibilità dell’arbitrato litisconsortile.

La contestazione non pare meritevole di accoglimento. Il ricorso al giudice non rappresenta infatti un nuovo modo «misto» di composizione del collegio. Questo non sarebbe designato un po’ per via pattizia e un po’ per via giudiziale, bensì esclusivamente in via pattizia. Nei casi sopra esemplificati di indecisione sul nome dell’arbitro ovvero di semplice inadempienza l’autorità giudiziaria verrebbe infatti adita al solo scopo di sostituirsi alla parte. Il Presidente del Tribunale prenderebbe allora le veci di quest’ultima, infatti “il dictum *giudiziale* [è] *sostitutivo della volontà mancante della parte*”¹³⁸. Pertanto la nomina giudiziale del sostituto arbitro, essendo riconducibile alla parte stessa, sarebbe perfettamente compatibile con i meccanismi divisati dall’art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Il collegio risulterà infatti composto da un arbitro nominato dalla parte attrice ed uno nominato con l’accordo – surrogato giudizialmente – di tutte le altre.

L’art. 809 comma 3° c.p.c. dispone però che il Presidente del Tribunale possa procedere alla nomina del sostituto arbitro solo “se le parti non hanno diversamente convenuto”. Le parti potrebbero infatti escludere espressamente il ricorso al giudice, così come potrebbero per assurdo accordarsi su una nuova modalità di nomina, magari ancora inidonea a garantire la parità delle parti. In tali casi, non essendo possibile ricorrere al presidente del Tribunale, permarrrebbe l’impossibilità di sostituire l’arbitro. Pertanto, il procedimento litisconsortile si scinderebbe (art. 816 *quater* comma 2° c.p.c.); se invece si vertesse in un litisconsorzio necessario l’arbitrato sarebbe improcedibile (art. 816 *quater* comma 3° c.p.c.).

¹³⁸ CECHELLA C., sub *artt. 809 – 813*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura CIAN G., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., 2007, fasc. 6, p. 1216; PUNZI C., *Disegno sistematico dell’arbitrato*, op. cit., p. 597; BERGAMINI L., sub *art. 810 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., p. 592.

Con questo si esclude un'altra contestazione mossa alla possibilità di adoperare il meccanismo di nomina giudiziale dell'arbitro nel procedimento con più parti. Si argomenta infatti che la designazione *ope iudicis* porterebbe alla procedibilità a tutti i costi del giudizio, in contrasto con il senso dei commi 2° e 3° dell'art. 816 *quater* c.p.c. che invece presuppongono proprio l'improcedibilità¹³⁹.

Si è appena visto per quale motivo non sia possibile accettare la premessa di questo ragionamento. Alla sostituzione giudiziale dell'arbitro non consegue la procedibilità a tutti i costi dell'arbitrato litisconsortile. Le parti potrebbero infatti escludere pattiziamente il ricorso al procedimento di nomina giudiziale o potrebbero accordarsi su nuove modalità per assurdo ancora invalide.

La sostituzione giudiziale dell'arbitro non si pone cioè in conflitto con l'articolo 816 *quater* c.p.c. commi 2 e 3, essendo infatti possibile a condizione che: le parti non abbiano diversamente convenuto; che queste si accordino sulla formazione di un polo unitario. In caso contrario non essendo possibile procedere alla sostituzione giudiziale dell'arbitro, salvo il caso in cui si sciolga l'intero collegio e lo si ri-costituisca *ex novo*, il procedimento arbitrale sarebbe improcedibile.

Ciò per quanto riguarda il caso in cui le parti, d'accordo sul metodo di nomina degli arbitri secondo il cd. metodo binario, non riescano a designare un arbitro. Bisogna ora soffermarsi su una diversa eventualità che potrebbe portare all'impossibilità di ricostituire il collegio arbitrale. Potrebbe infatti avvenire che, sciolto il collegio, le parti non riescano a mettersi d'accordo sulla scelta di un metodo di designazione tra quelli di cui all'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. In questa eventualità bisognerebbe vedere se il mancato accordo delle parti possa essere superato tramite il ricorso all'autorità giudiziale, non a guisa dell'art. 811 c.p.c., bensì direttamente dell'art. 809 c.p.c.¹⁴⁰ Quest'ultimo prevede infatti che “*sia la*

¹³⁹ POLINARI J., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, Vol. III, a cura di CONSOLO C., IPSOA, 2010, p. 1849, § 35; cfr. PUNZI C., *Disegno sistematico*, op. cit., Vol. I., p. 582.

¹⁴⁰ Si ammette l'applicazione analogica della regola di cui all'art. 809 comma 3° nel caso in cui “*ferma restando la volontà compromissoria delle parti (...) il meccanismo di nomina ipotizzato (...) nel patto compromissorio non si addica alla dimensione*

*mancata specificazione del numero degli arbitri, sia la mancata nomina degli stessi ovvero, il che è lo stesso, la mancata specificazione delle modalità per pervenire alla loro nomina (giacché anche da tale omissione deriva o può derivare una mancanza di nomina), costituiscono difetti sanabili in base alla regola suppletiva legale. Questa, dunque, consente di superare la carente previsione pattizia impedendo che ne sia dichiarata la nullità*¹⁴¹. Da questo passaggio si ricava infatti che la mancata specificazione delle modalità di nomina costituisce difetto sanabile in base alla regola suppletiva dell'art. 809 c.p.c. Benché quest'articolo abbia ad oggetto il procedimento bilaterale, il principio dovrebbe estendersi anche a quello plurilaterale. Non avrebbe senso infatti che lo stesso difetto sia: sanabile per il procedimento bilaterale; insanabile per quello plurilaterale. Cioè a dire, se le parti non specificano alcun meccanismo di nomina degli arbitri, il giudizio è procedibile se bilaterale; improcedibile se plurilaterale.

La compatibilità dell'art. 809 c.p.c. con l'art. 816 *quater* c.p.c. merita allora un'attenta analisi. Si è già detto che sostanzialmente il giudice è un terzo – particolarmente qualificato, ma pur sempre un terzo – cui viene devoluta la nomina degli arbitri. Nulla di diverso rispetto a quanto previsto dall'art. 816 *quater* c.p.c. Si potrebbe nuovamente obiettare che proprio questo articolo presuppone la possibilità che il collegio arbitrale venga costituito secondo metodi diversi da quelli di cui al primo comma. Il capoverso dispone infatti che, la costituzione del collegio arbitrale secondo metodi eterodossi, porta alla scissione del procedimento litisconsortile. Qualora invece il litisconsorzio sia necessario, il mancato rispetto delle modalità di cui al primo comma, porta all'improcedibilità dell'arbitrato. Pertanto, l'interpretazione che escluda che il collegio arbitrale venga costituito in contrasto con i metodi dell'art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. sarebbe viziata appunto perché in contrasto con i commi 2° e 3°. Ebbene, se si ammettesse la sostituzione giudiziale dell'arbitro ed eventualmente la designazione dell'intero collegio a norma dell'art. 809 comma 3° c.p.c., non vi sarebbe proprio alcuno spazio per l'improcedibilità.

pluralistica della lite.” Così RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 666, 667.

¹⁴¹ Cit. Corte d'Appello di Milano, Sez. 1°, 05/03/2008.

In realtà, che la designazione giudiziale del collegio arbitrale sia in contrasto con i commi 2° e 3° dell'art. 816 *quater* c.p.c. è proprio ciò che si deve appurare. Ciò in quanti questi due commi non appaiono ispirati da un unico ordine di idee, vale a dire: violato il primo comma, scindere l'arbitrato se scindibile, dichiararlo improcedibile se inscindibile. Il secondo e il terzo comma dell'art. 816 *quater* c.p.c. sembrano invece rispondere a regole diverse.

Comprensibilmente l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 2° prevede che, nel contesto di una convenzione di arbitrato plurilaterale, qualora il collegio venga costituito diversamente da quanto previsto dal comma precedente, il giudizio si scinda. Nulla toglie infatti che, benché la convenzione coinvolga una pluralità di soggetti, il procedimento possa coinvolgere solamente due tra essi. Se così è, non consta alcun motivo per sanzionare la volontà delle parti di scegliere un metodo di nomina degli arbitri incompatibile con la lite plurilaterale. Il legislatore si comporta da buon interprete. Laddove possibile, in ossequio al principio di conservazione del contratto, viene mantenuta ferma la volontà delle parti. Ciò posto però, essendo il principio di parità delle parti inderogabile, l'unica alternativa è scindere il procedimento.

Diverso invece il terzo e conclusivo comma. La prima cosa di cui ha cura il legislatore è definirne l'ambito di applicazione. Esso è costituito da due variabili: che si tratti di un'ipotesi di litisconsorzio necessario; che non si *verifichi l'ipotesi* prevista nel primo comma. Stante il fatto che il primo comma prevede tre diverse modalità di costituzione del collegio, l'uso del singolare salta agli occhi. Tanto più che il secondo comma, disciplinando le conseguenze dell'adozione di un meccanismo eterodosso di costituzione del collegio, usa espressamente la formula al plurale: "*fuori dai casi previsti nel precedente comma*". Già da ciò è possibile intuire che il secondo e il terzo comma dell'art. 816 *quater* c.p.c. hanno ad oggetto circostanze diverse¹⁴².

¹⁴² Cfr. LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., op. cit., p. 756, 762; SALVANESCHI L., *sub Art. 816 quater*, op. cit., p. 1283.

L'uso del singolare in vece del plurale non è una coincidenza o una svista¹⁴³ e ciò è confermato anche dalla sanzione comminata dall'art. 816 *quater* comma 3° c.p.c. Se a fronte dell'adozione di un metodo di costituzione diverso da quelli di cui al comma 1° si prevedesse l'improcedibilità, la norma sarebbe inutile e illogica. Inutile perché, una volta chiarito in via interpretativa che i meccanismi di cui al primo comma sono i soli a garantire il principio di parità delle parti nella nomina degli arbitri¹⁴⁴, non serve ribadire l'impossibilità di celebrare un giudizio in violazione di detto principio. Inutile altresì perché non servirebbe ribadire che non si può scindere un procedimento necessariamente litisconsortile. Illogica perché se il meccanismo di nomina degli arbitri cozzasse con il principio di parità delle parti e il procedimento non potesse che essere litisconsortile, la sanzione non dovrebbe essere *tout court* l'improcedibilità, bensì la nullità della previsione pattizia. Ebbene, se il meccanismo di nomina degli arbitri nel procedimento plurilaterale fosse nullo, non vi sarebbe motivo di impedirne la sanatoria. Tra l'altro in contrasto con il procedimento bilaterale dove invece l'art. 809 c.p.c. ne prevede la sanatoria. A situazioni omogenee conseguirebbero soluzioni disomogenee. Si violerebbe allora il principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. Vista l'irrazionalità della conclusione non resta che rigettare la premessa. *Ergo* l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 3° non ha ad oggetto l'adozione di un meccanismo di nomina degli arbitri diverso da quelli di cui al primo comma.

Per spiegare il senso della disposizione bisogna allora capire per quale motivo si usi il singolare; quale sia l'ipotesi la cui mancata verifica determina l'improcedibilità dell'arbitrato. Ad avviso di chi scrive, l'ipotesi cui la legge fa riferimento non è la mancata adozione di uno dei metodi di cui sopra, bensì la mancata costituzione di un collegio arbitrale nonostante l'adozione di tali metodi. Se così è, vi è un solo metodo di costituzione la cui adozione non è condizione sufficiente alla valida costituzione del collegio¹⁴⁵. Questo è il metodo che prevede che l'attore nomini l'arbitro o gli arbitri e le altre parti nominino parallelamente un ugual

¹⁴³ *Contra* LIPARI G., *ibidem*, 762. L'A. si chiede "perché al singolare poi?".

¹⁴⁴ Cfr. *supra* p. 62.

¹⁴⁵ PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., p. 582; POLINARI J., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, op. cit., p. 1847 e ss.

numero di arbitri o ne affidino a un terzo la nomina. Adottato questo metodo di costituzione del collegio, di per sé valido, ben potrebbe accadere che le altre parti non siano d'accordo sulla nomina di un ugual numero di arbitri ovvero non si accordino sulla designazione del terzo cui affidare la nomina. In questo caso, il legislatore sempre in ossequio al principio di conservazione, tenuta ferma la volontà delle parti, vista l'impossibilità di scindere il giudizio, determina l'improcedibilità del giudizio. L'improcedibilità che quindi consegue solamente al caso in cui le parti abbiano scelto un meccanismo di nomina valido, teoricamente efficace, ma in concreto non operante.

Se così è, escluso il caso in cui le parti abbiano previsto che il collegio sia costituito secondo la clausola "binaria" e poi non si siano accordate sulla persona dell'arbitro o siano comunque rimaste inadempienti, si è fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 816 *quater* c.p.c. comma 3°. Pertanto, se le parti avessero scelto un meccanismo di nomina nullo, ovvero nulla avessero previsto circa la composizione del collegio, potrebbe trovare applicazione il meccanismo di sanatoria di cui all'art. 809 c.p.c. comma 3°. Inoltre, se si riconosce alle parti la possibilità di mutare i meccanismi di composizione del collegio arbitrale è giocoforza assumere che la sanzione dell'improcedibilità non sia definitiva¹⁴⁶. Essa dura fintantoché perdura l'impossibilità di ricostituire il collegio arbitrale. Eliminata la causa dell'improcedibilità verrebbe meno anche la sanzione¹⁴⁷. Così se le parti, a fronte ad un iniziale rifiuto, dovessero effettuare una nomina congiunta dell'arbitro il giudizio tornerebbe procedibile. Ebbene, se alle condizioni di cui sopra, fosse possibile surrogare la nomina congiunta con il procedi-

¹⁴⁶ In maniera estremamente chiara LA CHINA S., *Procedibilità (condizioni di)*, in Enc. dir., Vol. XXXV, CEDAM, 1986, sub § 4 "*l'improcedibilità [definitiva ndr] che si ergesse alle soglie del primo grado del processo di merito sarebbe troppo punitiva, ed in ultima analisi praticamente lesiva del diritto di agire in giudizio [...] In quest'ottica tutte le volte che il legislatore pone, senz'altri dettagli, una condizione di procedibilità in primo grado, l'interpretazione sistematica porta ad escludere l'interpretazione più grave della irrimediabilità e ad optare invece per la mera temporaneità dell'impedimento al corso del processo e della rimovibilità dell'impedimento stesso non appena non appena siano state poste in essere le prescritte condizioni di procedibilità*".

¹⁴⁷ In termini generali la regola è condivisa da MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, op. cit., p. 808; in senso conforme anche POLI R., *Improcedibilità del ricorso per Cassazione e sua sanabilità per raggiungimento dello*

mento di designazione giudiziale, si arriverebbe allo stesso risultato. Verrebbe meno la causa di improcedibilità senza che però ciò comporti un'abrogazione implicita del comma 3° dell'art. 816 *quater* c.p.c.

In altre parole, se le parti non possono sciogliere il collegio arbitrale costituito, ovvero ricorrere alla designazione giudiziale dell'arbitro, vertendosi in un caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato sarebbe improcedibile. Se invece si ammette lo scioglimento del collegio e la nomina giudiziale dell'arbitro, l'arbitrato è improcedibile fintantoché non si pervenga allo scioglimento del collegio o alla nomina giudiziale secondo le modalità sopra esposte.

Prima di fare il punto, occorre un'ulteriore precisazione sul ricorso alla sostituzione giudiziale dell'arbitro venuto meno nel procedimento litisconsortile. Si tratta di chiarire come e in quale misura il giudice possa appurare la sussistenza delle condizioni legittimanti la nomina giudiziale. A tal fine occorre prestare attenzione al contenuto dell'atto introduttivo del procedimento di cui all'art. 810 c.p.c. e alle modalità di realizzazione del contraddittorio.

Ebbene il ricorso *ex art.* 810 c.p.c., oltre a consentire al giudice di valutare le condizioni legittimanti espressamente previste, deve consentire anche l'accertamento di quelle implicite. Quindi, oltre alla non manifesta inesistenza e alla non manifesta previsione di un arbitrato estero, il giudice adito deve verificare “*la rituale notifica dell'atto di nomina, l'effettivo decorso del termine di venti giorni*” nonché “*la competenza, la legittimazione e l'interesse dell'istante*”¹⁴⁸. Inoltre, nel caso in cui si ricorra alla sostituzione giudiziale dell'arbitro nel contesto di una lite plurilaterale, il giudice dovrà altresì verificare la formazione di un polo unitario nonché la sussistenza del consenso unanime dei litisconsorti. Qualora la sostituzione dell'arbitro avvenga a procedimento già instaurato, quando le parti hanno già formulato le conclusioni, l'istante potrà allegare ed eventualmente provare per via documentale la sussistenza di detti presuppo-

scopo, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 4, p. 1135, 1136; ID., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in Riv. dir. proc., 1995, fasc. 2, p. 480.

¹⁴⁸ BERGAMINI L., *sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III, tomo II, op. cit., p. 596; v. anche RUFFINI G., *sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 128 § 13, ivi ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

sti. Qualora ciò non fosse possibile, pur in assenza della prova dell'avvenuta formazione del polo unitario, si procederà cionondimeno alla sostituzione giudiziale qualora la perfetta coincidenza degli interessi delle parti si desuma *a priori* dalla struttura dell'azione¹⁴⁹. Altrimenti il giudice potrà disporre l'audizione delle parti e svolgere così le dovute valutazioni. È pacifico infatti che la soppressione dell'inciso “*sentita quando occorre l'altra parte*” da parte del d.lgs. 40/2006 non privi il giudice del relativo potere¹⁵⁰. Inoltre, anche qualora il giudice non abbia disposto l'audizione delle parti, il contraddittorio potrà trovare attuazione con il reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c.¹⁵¹ In fine, illegittimità del decreto di nomina rappresenta una violazione della disposizione di cui al Capo II del Titolo sull'arbitrato e consente quindi di impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c. n. 2.

Prima di passare all'analisi della sostituzione dell'arbitro nel caso dell'intervento del litisconsorte principale è possibile concludere come segue. La sostituzione dell'arbitro venuto meno successivamente all'intervento del litisconsorte adesivo autonomo estraneo alla convenzione di arbitrato avviene secondo quanto previsto dalle parti per la nomina. Qualora ciò non fosse possibile si potrebbe sciogliere il collegio arbitrale, con o senza il consenso di costoro. Ovvero in alternativa, qualora ne sussistano le condizioni, ricorrere alla sostituzione giudiziale. Licenziato invece il collegio arbitrale, sarebbe possibile ricostituirlo nuovamente. Inoltre, sempre che ne ricorrano le condizioni, sarebbe altresì possibile avvalersi del meccanismo di cui all'art. 809 c.p.c. comma 3° al fine di sanare un eventuale difetto di pattuizione. Pertanto, sciolto il collegio, se le parti non si accordano sul metodo di composizione del collegio “*gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il Presidente del Tribunale nei modi previsti dall'art. 810*”.

¹⁴⁹ V. *infra* nota n. 134.

¹⁵⁰ Tra gli altri BERGAMINI L., *sub art. 810 c.p.c.*, *ibidem*, p. 596; RUFFINI G., *sub art. 810 c.p.c.*, *ibidem*, p. 128 § 14; NELA P.L., *sub art. 810 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, op. cit., Vol. II, p. 1666.

¹⁵¹ V. *supra* nota n. 57.

4.2. LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO E L'INTERVENTO PRINCIPALE

Come per l'intervento litisconsortile, anche per quello principale si deve accertare se al terzo spetti partecipare alla sostituzione dell'arbitro.

L'interveniente principale fa valere nei confronti di tutte le parti un diritto autonomo, principale e incompatibile con quello controverso. Per effetto si instaura una lite trilaterale e l'interveniente è in lotta contro entrambe le altre parti¹⁵². Diversamente dall'intervento adesivo autonomo, qui il terzo non affianca nessuno. I poteri dell'interventore non possono quindi essere desunti facendo alcun parallelo con quelli delle parti originarie della convenzione arbitrale. Tuttavia, rimane il problema di capire se all'interveniente principale spetti o meno di partecipare alla sostituzione dell'arbitro.

La soluzione si ritiene dipenda dall'interpretazione dell'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Prevede infatti l'ultima parte di questa disposizione che il collegio arbitrale possa essere validamente costituito quando “*le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina*”.

Si suole affermare che, grazie a questa norma, nel contesto di un litisconsorzio semplice, il terzo e la parte originaria possono nominare congiuntamente un arbitro anche se i loro interessi sono disomogenei¹⁵³. Ciò che va chiarito è se lo stesso valga anche nel contesto di un litisconsorzio reciproco. In altri termini, va chiarito se la parte e l'interventore principale possono nominare un arbitro in comune anche se – non solo i loro in-

¹⁵² Affermazione pacifica: *ex multis* LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale*, a cura di COLESANTI V., MERLIN E., RICCI E.F., Giuffrè, Milano, ed. VII, 2007, p. 104.

¹⁵³ In questo senso LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, op. cit., p. 289; LIPARI G., sub *Art. 816 quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., p. 750 e ss. Prima dell'introduzione dell'art. 816 *quater* c.p.c. la giurisprudenza avallava l'opposta soluzione, critici RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, CEDAM, 1997, Vol. I, p. 690; SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, CEDAM, 1999, p. 182 e ss.

teressi siano discordi, ma anzi – il secondo interviene allo scopo di infrangere i diritti del primo.

La risposta non si esaurisce nell’alternativa: sì o no. Pur se all’interventore principale non spettasse di partecipare alla sostituzione dell’arbitro venuto a mancare, cionondimeno si porrebbe il problema di come tutelare la di lui posizione. In ogni caso infatti si deve fare sì che il collegio sia espressione della volontà di tutte le parti. Cosa che non avverrebbe se l’interveniente principale, pur essendo parte della convenzione arbitrale, non avesse titolo per partecipare alla ricostituzione del collegio.

Il codice di rito non risolve la questione se l’arbitro comune possa essere nominato congiuntamente dalle parti di un litisconsorzio reciproco. L’art. 816 *quater* comma 1° c.p.c. prevede solamente che dopo che la prima ha nominato l’arbitro o gli arbitri, “le a l t r e parti” nominino un egual numero di arbitri o ne affidino ad un terzo la nomina. L’indistinta formulazione “le a l t r e parti”, lascia pensare che tutte le parti – pure quelle di una lite trilaterale – possano nominare un arbitro comune se lo vogliono. La soluzione tuttavia non va cercata sul piano dell’analisi lessicale bensì, in una prospettiva più ampia; in base all’ampiezza dei poteri che si ritiene di riconoscere alle parti. Si inquadra meglio la vicenda se si ricordano le considerazioni fatte dalla giurisprudenza precedentemente alla riforma del 2006.

La Corte di Cassazione, in presenza di un litisconsorzio reciproco, negava alle parti la facoltà di associarsi in un polo unitario¹⁵⁴. Afferma infatti la Suprema Corte che al giudice spetta “*il potere «dissociativo» ogniqualvolta la collocazione spontanea dei litisconsorti in due soli gruppi contrapposti risulta incompatibile con lo schema legale dell’azione dedotta in giudizio, rispetto alla quale la molteplicità (e non la mera dualità) degli interessi in gioco è stata postulata inderogabilmente dalla legge*”¹⁵⁵. Il giudice deve dissociare coattivamente le parti che “*si trovino a condividere nel proprium peculiare di una singola lite, posizioni secondo la loro personale valutazione omogenee, ma che tali, in generali ed in astratto,*

¹⁵⁴ Cass. Sez. I, 15 Marzo 1983, n. 1900; Cass. Sez. I, 15 Aprile 1988, n. 2983.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

*non sono state considerate dal legislatore*¹⁵⁶. Tuttavia, non valeva il reciproco. Infatti, “*al giudice non spetta di sovrapporsi all’autonomia delle parti litiganti e di creare imperativamente una bipolarità di interessi contrapposti desunta dall’analisi dei contenuti dell’azione dedotta in giudizio*”¹⁵⁷.

La soluzione è stata giustamente criticata¹⁵⁸. Alla stregua di detta soluzione, da un lato, se le parti non si polarizzassero in due centri di interessi, il giudice non potrebbe sovrapporsi a queste e creare imperativamente una bipolarità fittizia di interessi. Dall’altro, se le parti si dovessero polarizzare in due centri di interessi, il giudice potrebbe sovrapporsi a queste e creare imperativamente una tri-polarità fittizia di interessi.

Si è inoltre criticata l’asimmetria della soluzione adottata dalla Corte di Cassazione. Nel caso del raggruppamento delle parti, il polo unitario si forma successivamente alla formulazione delle domande. Il vaglio è quindi *a posteriori* sulla base dei *petita* delle parti, che giustamente non possono essere modificati dal giudice. Nel caso della dissociazione forzata invece l’analisi viene compiuta *a priori*. Questa inoltre avviene sulla sola base della struttura dell’azione esercitata in arbitri, indipendentemente dai *petita* delle parti. La menzionata sentenza della Corte di Cassazione dovette infatti decidere della possibilità di nomina congiunta di un arbitro ad opera di una società in accomandata semplice e del revocando amministratore di questa. In tale contesto il giudice, per via di una asserita necessità logica, ha negato che possa formarsi un polo unitario tra società ed amministratore. È certo che questi sono soggetti distinti, potenzialmente anche in conflitto tra loro, ma nulla impedisce che nel concreto tale conflitto non ci sia e che la società voglia difendere l’operato del proprio amministratore. La dissociazione forzata priva quindi ingiustificatamente le parti di una facoltà legittima.

La soluzione tuttavia non dovrebbe essere diversa neanche nel caso in cui il conflitto tra società ed amministratore sia, non potenziale, ma

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Così Cass. Sez. I, 15 Marzo 1983, n. 1900.

¹⁵⁸ RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, CEDAM, 1997, Vol. I, p. 690; SALVANESCHI L., *L’arbitrato con pluralità di parti*, Padova, CEDAM, 1999, p. 182 e ss.

reale ed effettivo. Anche nel caso in cui la società sia in conflitto con il proprio amministratore, non vi è motivo di escludere che entrambi possano avere interesse a nominare un arbitro comune – magari perché, fuori dagli schemi del «gioco delle parti» nella nomina degli arbitri, l'interesse sia focalizzato sul prestigio accademico del giudicante. È chiaro tuttavia che questa deve essere una libera scelta delle parti e costoro non possono in alcun modo esservi coartati. Tuttavia, per le ragioni sopra viste, esse non possono neanche esservi distolti. Per convincersi della fallacia dell'opinione per cui nel contesto di un litisconsorzio reciproco due parti antagoniste non possano nominare d'accordo un arbitro in comune basta traslare la conclusione al procedimento bilaterale. Sarebbe come a dire che attore e convenuto non possono nominare un arbitro in comune. Ciò è in chiaro contrasto con il dato normativo.

Se quanto sopra è corretto ne consegue che anche nel contesto di un litisconsorzio reciproco l'interveniente deve aver diritto di partecipare alla sostituzione dell'arbitro. Se lo crede anche nominando un arbitro di comune accordo con la controparte. Tale partecipazione, se la convenzione di arbitrato prevede una clausola binaria, prenderà la via della nomina congiunta del sostituto. Il fatto che tutte le parti siano a s t r a t t a m e n t e in contrasto tra loro non esclude che due tra esse vogliano e possano c o n c r e t a m e n t e nominare un arbitro in comune¹⁵⁹.

Ovvio però che una siffatta eventualità possa capitare di rado. Pertanto, se com'è probabile le parti non dovessero trovare un accordo sulla nomina congiunta dell'arbitro, si potrà cionondimeno procedere secondo le alternative sopra analizzate¹⁶⁰. Le parti potranno così licenziare inte-

¹⁵⁹ In questo senso pare si debba interpretare RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 448 “*non occorre che [la] bipolarità faccia perno da un lato sull'attore e dall'altro sulle restanti parti, potendo a nostro avviso l'aggregazione in due poli avere luogo anche in modo diverso, come nel caso in cui la nomina dell'altro arbitro fosse fatta da tutte le parti meno una o alcuna, le quali però successivamente aderiscano alla scelta dell'arbitro fatta dall'attore*”; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, op. cit., p. 289; concorde pare anche SALVANESCHI L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di MENCHINI S., CEDAM, Padova, 2010, op. cit., p. 245; Di contrario avviso pare RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., p. 690: “*se si prende come referente il litisconsorzio reciproco (...) appare evidente come non possa in alcun modo essere applicato un meccanismo binario di nomina degli arbitri*”.

¹⁶⁰ Cfr. § 4.2.

gralmente il collegio e nominarne uno nuovo con la partecipazione del terzo. Qualora poi le parti non riescano a trovare un accordo sulle modalità di designazione del collegio si potrà infine ricorrere alla ipotesi di sanatoria di cui all'art. 809 comma 3° c.p.c. In fine, qualora le parti siano in principio d'accordo nel nominare un arbitro in comune, ma non riescano a trovare un accordo sulla persona da designare in concreto, sarà possibile nominarlo giudizialmente.

4.3. *LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO ED IL TERZO PARTE DELLA CONVENZIONE ARBITRALE*

Nei paragrafi precedenti si è visto il caso in cui ad intervenire sia il terzo estraneo alla convenzione di arbitrato. Bisogna ora soffermarsi sulla eventualità in cui ad intervenire sia un terzo che sia già parte della convenzione di arbitrato.

Se ad intervenire è il terzo che abbia già sottoscritto la convenzione di arbitrato, la pluralità di parti sarà già manifesta sin dal principio. Verosimilmente quindi la convenzione arbitrale prevedrà che la nomina avvenga secondo una delle modalità previste dell'art. 816 *quater* c.p.c. La nomina sarà quindi ipoteticamente affidata ad un terzo; ovvero al consenso unanime delle parti; ovvero ancora si sarà disposto che una volta che l'attore abbia nominato l'arbitro o gli arbitri di propria competenza, le altre parti procedano alla nomina di un ugual numero di arbitri. In ciascuno di questi casi il rispetto della originaria volontà delle parti garantirà la paritaria partecipazione di queste alla sostituzione dell'arbitro. Per qualunque motivo venga quindi meno l'arbitro, alla sua sostituzione si potrà procedere secondo quanto disposto per la nomina dello stesso.

Può tuttavia accadere che la convenzione di arbitrato, benché stipulata da più parti, non preveda che la nomina avvenga secondo un meccanismo direttamente riconducibile a quelli di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. Potrebbe infatti accadere che, nonostante la pluralità originaria di parti, nella convenzione di arbitrato sia comunque inserita una clausola binaria. Ebbene, anche in questo caso si potrebbero presentare gli stessi problemi sopra visti per l'intervento del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato. Rimane cioè fermo il problema di individuare le modalità tramite le quali procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno, garantendo al contempo la parità delle parti. Qualora le parti legittimate non

riescano a mettersi in accordo sulla nomina congiunta di un arbitro, si può procedere alla rinnovazione del collegio arbitrale in virtù del potere dispositivo che spetta alle parti. A questo punto è opportuno capire se tale potere dispositivo spetti alle parti indipendentemente dal fatto che ad intervenire sia un terzo estraneo alla convenzione di arbitrato o chi ne sia già parte.

Nel caso dell'intervento del terzo estraneo alla convenzione, il potere di rinnovare il meccanismo di costituzione del collegio era confermato *a fortiori* dal fatto che si veniva a formare una nuova convenzione di arbitrato: nuova convenzione *ergo* nuovo meccanismo. Ciò tanto nel caso in cui nuova convenzione voglia dire novazione che nel caso contrario. Tale assunto non vale però nel caso dell'intervento del terzo parte del procedimento arbitrale. In questo caso infatti di nuovo non vi è nulla. Chi interviene non apporta alcuna innovazione alla convenzione. Ebbene, si vuole capire se si possa modificare la convenzione arbitrale anche senza che vi sia alcunché di nuovo.

La risposta è affermativa. Difatti né lo scioglimento consensuale del rapporto con gli arbitri, né la risoluzione dello stesso per improcedibilità, né la facoltà di modificare le regole del procedimento, dipendono dalla stipulazione di una nuova convenzione arbitrale.

In altri termini si ritiene che le parti possano comunque disciplinare nuovamente la composizione del collegio arbitrale pur se ad intervenire è un soggetto che sia già parte della convenzione di arbitrato. Non è essenziale in questo senso né la novazione né la modifica della convenzione di arbitrato. Il potere delle parti di modificare quelle regole del procedimento che non sono rivolte agli arbitri non subisce preclusioni. Tale potere spetta infatti alle parti, non in virtù dell'intervento del terzo, bensì in forza della loro stessa autonomia contrattuale.

Qualora poi le parti non si accordino sulle nuove modalità di nomina, queste potranno ricorrere al giudice ai sensi dell'art. 809 c.p.c. D'altronde un passo in questo senso è stato compiuto affermando che “*sia la mancata specificazione del numero degli arbitri, sia la mancata nomina degli stessi ovvero, il che è lo stesso, la mancata specificazione delle mo-*

*dalità per pervenire alla loro nomina*¹⁶¹ legittima il ricorso al Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c. Non dovrebbe infatti fare differenza se la mancata specificazione delle modalità di nomina avviene durante la redazione della convenzione di arbitrato ovvero successivamente – “*giacché anche da [ciò] deriva o può derivare una mancanza di nomina*”¹⁶².

Analoghe considerazioni valgono anche per la possibilità di ricorrere alla sostituzione giudiziale dell'arbitro ai sensi dell'art. 811 c.p.c. Anche in questo caso è irrilevante se le parti del procedimento abbiano originariamente sottoscritto la convenzione arbitrale o vi abbiano aderito successivamente.

4.4. LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO E IL LITISCONSORTE NECESSARIO PRETERMESSE

Si deve allora ritornare sulla procedibilità dell'arbitrato nel quale, intervenuto il partecipante necessario pretermesso, il litisconsorte originario si rifiuti di condividere l'arbitro da egli stesso nominato. Se si ammette che il rapporto tra il litisconsorte originario che si rifiuta di condividere l'arbitro e l'arbitro stesso possa risolversi, rimosso quest'ultimo, nulla impedisce ai due litisconsorti di nominarne uno nuovo. In tale eventualità i due litisconsorti potrebbero nominare d'accordo un nuovo arbitro – indipendentemente dal fatto che tra essi si crei o meno un polo unitario¹⁶³. Se ciò non fosse possibile, con il consenso dell'altra parte, si potrebbe licenziare l'intero collegio ed accordarsi su nuove modalità di composizione dello stesso. Sarebbe inoltre possibile avvalersi della nomina giudiziale dell'arbitro qualora si sia formato un polo unitario di interessi ma, per inerzia, le parti non abbiano proceduto alla designazione.

In aggiunta rispetto a queste opzioni si ritiene che la nomina giudiziale sia possibile anche quando i due litisconsorti *a priori* siano portatori

¹⁶¹ Corte d'Appello di Milano, Sez. 1°, 05 Marzo 2008.

¹⁶² Corte d'Appello di Milano, Sez. 1°, 05 Marzo 2008.

¹⁶³ Vedi *supra* nota n. 65.

di interessi coincidenti. È questo il caso dell'azione *confessoria servitutis* proposta contro i comproprietari del fondo preteso servente¹⁶⁴.

Solamente nel caso in cui nessuna di queste strade sia praticabile, si avrà l'improcedibilità dell'arbitrato a causa dello scioglimento del rapporto parte-arbitro e la correlativa impossibilità di ricostituire il collegio.

4.5. *L'IMPOSSIBILITÀ DI PROCEDERE ALLA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO*

Si sono visti diversi modi per procedere alla sostituzione dell'arbitro e garantire così che il giudizio arbitrale possa arrivare a conclusione. Tuttavia, per quante non possano essere le vie adombrate rimarranno sempre dei casi in cui non sarà possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro. Così ad esempio è ben possibile che le parti siano tutt'affatto d'accordo sull'azzeramento del collegio arbitrale e per di più che esse abbiano formato diversi centri di interessi.

Si immagini un contesto in cui, successivamente all'intervento litisconsortile del terzo, sia venuto meno l'arbitro nominato dalla parte «affiancata» dall'interveniente. È possibile che, sebbene formalmente affiancate, le due parti non formino in concreto un polo unitario. Innanzi a questa situazione si è argomentato che, non essendo possibile procedere concordemente alla sostituzione del singolo arbitro, si sarebbe potuto procedere alla sostituzione dell'intero collegio. Si è all'uopo immaginato che le parti fossero tutte d'accordo e si è cercato di fondare tale potere sull'autonomia contrattuale delle parti. Per fare ciò tuttavia è richiesto il consenso di tutte le parti. Ebbene, la parte che ha nominato l'arbitro superstite ben potrebbe rifiutare lo scioglimento del collegio. Ciò in quanto, ad esempio, agli occhi della parte l'arbitro in questione sia l'unico in grado di decidere adeguatamente la controversia. Si immagini il caso in cui, in un delicato arbitrato in materia di subfornitura di componenti elettroniche, una parte abbia nominato come arbitro uno dei maggiori esperti mondiali sulla materia. Tale interesse a mantenere in vigore il rapporto

¹⁶⁴ Cfr. RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., p. 688, 689.

con un siffatto arbitro pare tanto più meritevole di tutela dato che, sciolto il rapporto con costui, quest'ultimo non potrebbe essere rinominato una seconda volta. Gli arbitri già licenziati infatti avrebbero “*prestato consulenza, assistenza o difesa (...) in una precedente fase della vicenda*” – arg. ex art. 815 c.p.c. Si giunge così all'epilogo. Posta l'impossibilità di sostituire il singolo arbitro venuto meno, nonché l'impossibilità di licenziare l'intero collegio arbitrale, il giudizio litisconsortile è improcedibile.

L'esempio sopra riportato non è certo dei più comuni. In tale caso è possibile ritenere che la partecipazione al giudizio di quel particolare arbitro fosse essenziale per la parte che lo ha nominato. In tanto quella parte volle sottoscrivere la convenzione in quanto quella controversia fosse decisa da un determinato arbitro. È facile però osservare come questa non sia la norma. Tendenzialmente è vero il contrario. La prestazione degli arbitri di decidere la controversia è sostanzialmente una prestazione fungibile. Bisogna allora vedere se nella generalità dei casi, posto il rifiuto di alcuna delle parti di procedere allo scioglimento del collegio, il giudizio sia o meno procedibile.

Per individuare la soluzione è d'uopo ricostruire *ex novo* il contesto di partenza. Si è immaginato che nell'ambito di una controversia bilaterale, sia successivamente intervenuto un terzo. Si è visto che a seconda del tipo di intervento esperito si può avere: una rinuncia al mandato ad opera di un arbitro; ovvero la risoluzione del rapporto tra questi e la parte che lo ha nominato. Ad ogni modo, venuto meno un arbitro, è necessario procedere alla sua sostituzione. Ciò può avvenire in maniera consensuale così come è all'inverso possibile che non si raggiunga alcun consenso sulla sostituzione dell'arbitro. In tali casi si è ipotizzato che, anziché procedere alla sostituzione del singolo arbitro, le parti possano avere interesse a mutare l'intera composizione del collegio. Magari, anziché sostituire il singolo arbitro mancante, si potrebbe ritenere opportuno sciogliere l'intero collegio ed affidare ad un terzo la ricostituzione. Si è in fine detto che, per l'autonomia contrattuale di cui godono le parti, queste possono all'unanimità risolvere il rapporto con il complesso degli arbitri. Bisogna ora vedere cosa succede quando alcuna delle parti si opponga alla risoluzione del rapporto con gli arbitri.

Seguendo la linea di pensiero sopra esposta, di certo, in difetto dell'accordo unanime delle parti non sarebbe possibile licenziare il collegio. Posta l'impossibilità di licenziare l'intero collegio, nonché l'impossibilità

di procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno a causa dell'intervento del terzo, il giudizio sarebbe improcedibile. Ebbene, parallelamente a quanto sopra¹⁶⁵, posta l'improcedibilità del giudizio, bisogna verificare se ne consegue la risoluzione del rapporto con gli arbitri superstiti per l'impossibilità sopravvenuta della di loro prestazione per causa non imputabile ai debitori.

Prima però di risolvere questo quesito occorre un preliminare chiarimento. Potrebbe infatti apparire che, per effetto del diniego di alcuno di risolvere il rapporto col proprio arbitro, si giungerebbe ciononostante proprio allo scioglimento dello stesso. In sintesi, volente o nolente, la parte pur opponendosi allo scioglimento del collegio sarebbe comunque destinato a veder risolto il rapporto col proprio arbitro.

Questa conclusione è difficilmente accettabile se si pensa che la risoluzione del contratto tra le parti e gli arbitri superstiti consegua al rifiuto delle prime di risolvere il rapporto con i secondi. Questa ricostruzione tuttavia non è accettabile. La risoluzione del contratto tra le parti e gli arbitri superstiti consegue, non al rifiuto delle prime di risolvere il rapporto con i secondi, bensì all'impossibilità di procedere alla ricostituzione del collegio stante la rinuncia al mandato di uno degli arbitri. Ciò detto è il caso di notare come la parte debba essere consapevole degli effetti che l'intervento del terzo possa avere sulla composizione del collegio arbitrale. Se per effetto dell'intervento dovesse venire meno un arbitro senza che sia possibile sostituirlo, le parti originarie non potrebbero dolersi di dover procedere alla ricostituzione dell'intero collegio. Ciò neanche se la parte, dopo aver prestato il consenso all'intervento del terzo, dovesse strenuamente opporsi alla risoluzione del rapporto con il proprio arbitro. *Eius comoda eius et incommoda*.

Chiarito quanto sopra, è ora possibile verificare se anche in questo caso trovi validamente applicazione l'istituto della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Nel caso di specie si deve cioè valutare se l'impossibilità di procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno renda impossibile la prestazione degli arbitri superstiti e perciò risolva il contratto di arbitrato con le relative parti.

¹⁶⁵ Cfr. *supra* § 2.5.

Seppur per ragioni diverse da quelle sopra viste in riferimento al rifiuto di condivisione dell'arbitro, anche in questo caso la risposta è affermativa. Sopra si doveva capire se il rifiuto della parte originaria di condividere l'arbitro coll'interveniente necessario rendesse impossibile la prestazione del decidente. Nel caso di specie occorre invece valutare se, venuto meno un arbitro, la prestazione degli altri sia ancora possibile. Non serve allora fare alcun riferimento ai concetti di causa in concreto o di interesse della parte a ricevere la prestazione. Nel caso in cui sia venuto meno un arbitro e le parti non siano riuscite a designare un sostituto la questione è molto più semplicemente. Le prestazioni degli arbitri superstiti diverranno impossibili perché costoro da soli non possono giungere alla emanazione del lodo. Inoltre se si interpreta correttamente, la causa della sopravvenuta impossibilità della prestazione degli arbitri non sarà ascrivibile alle parti; bensì al venir meno di un arbitro e alla successiva impossibilità di procedere alla di lui sostituzione. Né in fine si può imputare alle parti la mancata sostituzione dell'arbitro perché ciò presupporrebbe una violazione del principio generale di buona fede e correttezza. All'inverso invece, la parte che si rifiuta di sostituire l'arbitro dimissionario in quanto in disaccordo con la controparte, esercita una propria legittima facoltà di rilevanza costituzionale. Come sopra argomentato¹⁶⁶, infatti, la scelta dell'arbitro è di primaria importanza in quanto supplisce ai presidi che l'ordinamento nel complesso pone a tutela della terzietà e imparzialità dei giudici.

Pertanto, venuto meno l'arbitro, in difetto di sostituzione, posta l'improcedibilità, si azzerà l'intero collegio. Sennonché, come affermato, l'improcedibilità in questa fase del giudizio arbitrale non è una sanzione definitiva. Essa dura fintantoché ne perdura la causa¹⁶⁷. Se così è, l'improcedibilità dura fintantoché non sia possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro, ovvero, alla ricostituzione dell'intero collegio che sia venuto meno. Risolto allora il rapporto tra le parti e gli arbitri superstiti il collegio verrebbe azzerato e sarebbe possibile ricostituirlo. A tal fine, come già visto, le parti potrebbero avvalersi di un meccanismo di nomina tra quelli di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. pur se diverso da quello origina-

¹⁶⁶ Cfr. supra § 2.5 specialmente p. 38.

¹⁶⁷ Cfr. supra p. 72 *sub* nota 141 LA CHINA S., *Procedibilità (condizioni di)*, op. cit., § 4.

riamente previsto. Solamente nell'ulteriore caso in cui le parti non riescano a trovare un accordo neanche in quest'ultimo senso, si arriverebbe alla improcedibilità definitiva del giudizio arbitrale. Ciò in quanto l'impossibilità di procedere alla ricostituzione del collegio si sarebbe ormai palesata come definitiva. Pertanto, essendo definitiva la causa, sarebbe definitiva anche la sanzione.

Ciò posto si può ora concludere dicendo che, ai sensi dell'art. 808 *quinquies* c.p.c., l'improcedibilità del giudizio arbitrale non toglie efficacia alla convenzione. Pertanto, le parti della convenzione sarebbero ancora tenute le une verso le altre a devolvere la controversia alla cognizione degli arbitri. Ci si chiede però se lo stesso valga anche nei confronti del terzo parte eventuale che sia intervenuto successivamente. Al quesito si cercherà di rispondere nella parte dedicata alla trattazione della «forma» dell'intervento¹⁶⁸. Prima di passare a questo argomento è necessario analizzare il caso in cui il terzo, diversamente da quanto fin qui ipotizzato, intervenga precedentemente alla costituzione del collegio arbitrale.

¹⁶⁸ Cfr. *infra* § 6 *Le modalità di intervento del terzo alla luce dei principî generali in tema di forma e modifica della convenzione arbitrale.*

5. *L'INTERVENTO ANTERIORE ALLA COSTITUZIONE DEL COLLEGIO ARBITRALE*

Tratto in comune delle ipotesi di intervento sopra evidenziate, tanto quelle ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. che del comma 2°, è l'ingresso del terzo nel procedimento arbitrale già avviato. Più precisamente a giudizio arbitrale già instaurato, cioè una volta che il collegio arbitrale era stato già costituito. Bisogna ora invece analizzare brevemente l'intervento del terzo, successivo alla stipulazione della convenzione arbitrale, ma precedente alla costituzione del collegio.

In tale caso la paritaria partecipazione del terzo alla composizione del collegio arbitrale non dipende in alcun modo dal previo scioglimento del precedente collegio¹⁶⁹. Ciò posto, anche nell'ipotesi in esame, qualora il meccanismo di designazione originariamente previsto non garantisca la parità tra le parti, sarà necessario procedere alla costituzione del collegio secondo una via alternativa. Sarà quindi possibile avvalersi della nomina giudiziale dell'arbitro qualora le parti non dissentano sul raggruppamento in due poli di interessi. Parimenti, qualora non ci sia l'accordo sulla scelta del meccanismo alternativo di nomina degli arbitri, sarà possibile il ricorso alla nomina ai sensi degli artt. 809 e 810 c.p.c.

Tuttavia ben potrebbe avvenire che, esperito l'intervento prima della costituzione del collegio arbitrale, la convenzione non preveda nulla né in ordine al meccanismo di composizione, né in ordine al numero degli arbitri. Se così fosse l'applicabilità dell'art. 809 comma 3° anche al procedimento plurilaterale consente il ricorso al Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c. Come già spiegato infatti “*sia la mancata specificazione del numero degli arbitri, sia la mancata nomina degli stessi ovvero, il che è lo stesso, la mancata specificazione delle modalità per pervenire alla loro nomina (giacché anche da tale omissione deriva o può derivare una mancanza di nomina)*”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cfr. invece *supra* § 2.5.

¹⁷⁰ Corte d'Appello di Milano, Sez. 1°, 05/03/2008.

Fin qui, in quanto a meccanismi di costituzione del collegio arbitrale, non si è riscontrata una sensibile differenza tra l'intervento precedente alla costituzione del collegio e quello successivo. Eppure un elemento che contraddistingue l'intervento del terzo anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale vi è.

Nel caso dell'intervento successivo alla costituzione del collegio arbitrale si ritiene che l'interveniente non possa nominare un proprio arbitro in aggiunta a quelli già designati. Si è detto difatti che venuto meno un arbitro se ne deve sostituire uno, *ergo* se ne deve nominare uno. Tuttavia al di fuori di questo caso nulla esclude che, se la convenzione arbitrale dispone che a ciascuno spetta di nominare un arbitro, anche l'interveniente abbia diritto a nominare il proprio. In tale caso, se le parti sono tre ed ognuna nomina l'arbitro di spettanza, con la nomina congiunta del Presidente, si ha un collegio composto da un numero pari di arbitri. Si afferma pertanto che l'improcedibilità conseguirebbe: tanto alla violazione dell'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°; quanto al contrasto con il principio di disparità del collegio arbitrale¹⁷¹.

Si devono in verità distinguere diversi casi. In primo luogo quello in cui dall'attribuzione a ciascuna delle parti, terzo incluso, del diritto di nominare un arbitro si arrivi alla costituzione di un collegio composto da un numero dispari di arbitri. Un simile collegio potrebbe essere composto in maniera equilibrata, ovvero sia in modo che nessuno degli interessi in gioco risulti maggiormente rappresentato rispetto all'altro. Se così fosse, *nulla quaestio*. Se invece il collegio dovesse essere squilibrato, si dovrebbe valutare la possibilità di procedere alla costituzione del collegio secondo altri metodi.

Potrebbe però accadere che le parti originarie siano due e intervenuto il terzo, in ipotesi prima della costituzione del collegio, queste nominino un arbitro ciascuno. Si immagini che la clausola preveda che il Presidente del collegio giudicante venga designato dagli arbitri o dalle parti unanimemente. Tre più uno, quattro. Se così accadesse, si porrebbero due ulteriori opzioni. Le parti potrebbero accordarsi al fine di nominare con-

¹⁷¹ Cfr. SALVANESCHI L., sub *Art. 816* quinquies, op. cit., p. 1289. Nega altresì la possibilità che un polo nomini più di un arbitro RICCI G.F., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 448.

cordemente un ulteriore arbitro. Ebbene, in questa eventualità il collegio verrebbe validamente costituito. Nell'ipotesi opposta ci si dovrebbe chiedere se sia possibile ricorrere alla nomina giudiziale dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'articolo 809 comma 3° c.p.c.

5.1. LA DESIGNAZIONE GIUDIZIALE DELL'ULTERIORE ARBITRO

La possibilità di ricorrere alla designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro viene generalmente esclusa sulla scorta del seguente argomento. “*La nuova disciplina specificatamente ideata per regolare il caso in esame [l'art. 816 quater c.p.c.] non potrà che imporsi sull'uso analogico dell'art. 809 comma 2° [recte 3°] c.p.c.*”¹⁷². Detto in altre parole, la designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro sarebbe in contrasto con i meccanismi di costituzione di cui all'art. 816 quater c.p.c. comma 1°.

Due sono le ragioni a sostegno dell'idea per cui l'art. 816 quater c.p.c. si impone ai danni dell'art. 809 c.p.c. *In primis* si invoca la successione delle leggi nel tempo – “*la nuova disciplina (...)*”. *In secundis* si afferma che, per il principio di specialità, l'art. 816 quater c.p.c. disciplinerebbe specificatamente i vizi della composizione del collegio arbitrale nel procedimento plurilaterale. Pertanto, in quanto *lex specialis* nonché posteriore, l'art. 816 quater c.p.c. si imporrebbe sull'art. 809 c.p.c. comma 3°.

Il ragionamento sta e cade con il presupposto per cui la nomina di un arbitro per ciascuno dei convenuti si ponga in contrasto con l'art. 816 quater comma 1° c.p.c. Ebbene ciò non lo si crede: né qualora così facendo si arrivi ad avere un collegio composto da un numero pari di arbitri; né qualora costoro siano in numero dispari. A ben vedere, pur se il collegio risultasse composto da un numero pari di arbitri, l'art. 816 quater c.p.c. non verrebbe violato. Non una singola parola di quest'articolo prescrive infatti che il collegio debba essere composto da un numero dispari di arbitri. Né si prevede la nullità della convenzione di arbitrato nel caso in cui il collegio risulti essere composto da un numero pari di arbitri. Il tema

¹⁷² SALVANESCHI L., sub *Art. 816* quinquies, op. cit., p. 1289.

della necessaria disparità del collegio è invece disciplinato dall'art. 809 c.p.c.; non dall'art. 816 *quater* c.p.c.

Il tema del rispetto dell'art. 816 *quater* c.p.c. è ben diverso e va valutato in un'altra fase. Si è detto infatti che l'articolo in questione è a tutela della parità delle parti nella composizione del collegio arbitrale e che i metodi ivi disposti sono tassativi. Allora ci si deve domandare se l'attribuzione a ciascuna parte, terzo incluso, della possibilità di nominare un arbitro sia conforme all'art. 816 *quater* c.p.c. A questo interrogativo si è già risposto affermativamente. Infatti, qualora nessuna delle parti manifestasse il proprio dissenso circa le nomine effettuate dalle altre, si formerebbe una sorta di unanime consenso implicito¹⁷³. Pertanto, si realizzerebbe la seconda ipotesi di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Vale a dire quella per cui tutti gli arbitri sono nominati con il consenso unanime – seppur implicito – delle parti. Pertanto, se nominando un arbitro ciascuno, il collegio risultasse composto da un numero dispari di arbitri, l'art. 816 *quater* c.p.c. non verrebbe violato.

Si ritiene pertanto che la nomina di un arbitro ciascuno, terzo incluso, non viola l'art. 816 *quater* c.p.c. Si deve ora porre il caso in cui, nominando un arbitro ciascuno, si arrivi alla costituzione di un collegio composto da un numero pari di arbitri. Posto che l'articolo 816 *quater* c.p.c. non verrebbe ad essere violato in una simile circostanza, si tratta di capire se siano applicabili le disposizioni dell'art. 809 c.p.c., in particolare la prima parte del comma 3°. Dispone infatti la norma che “*in caso di indicazione di un numero pari di arbitri un ulteriore arbitro è nominato dal Presidente del Tribunale (...)*”.

Il primo passo da compiere è capire se la designazione dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 comma 3° sia compatibile con la tassatività dei metodi di nomina dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°.

Circa l'articolo in questione si è detto che l'elencazione ivi contenuta è tassativa. Questo perché all'atto pratico non vi sarebbero altri meccanismi che consentano il rispetto del principio di parità delle parti. Ciò posto, un meccanismo di composizione del collegio arbitrale dove le parti

¹⁷³ Cfr. LIPARI G., sub *Art. 816 quater*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., p. 747, 748.

nominano ciascuno un arbitro e quello ulteriore all'occorrenza viene nominato *ope iudicis* rientra nella seconda delle ipotesi di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Sarebbe cioè possibile ritenere che il ricorso al giudice poggi sul presupposto implicito del consenso unanime del litiganti.

Pertanto, qualora il terzo intervenga prima della costituzione del collegio arbitrale e la convenzione preveda che ciascuno dei litiganti proceda alla designazione del proprio arbitro, tale facoltà potrà essere esercitata anche dal terzo. Ciò anche nel caso in cui così facendo si abbia un collegio composto da un numero pari di arbitri. Come detto infatti, applicandosi l'art. 809 comma 3° c.p.c., l'ulteriore arbitro verrà designato dal Presidente del Tribunale salvo che le parti abbiano diversamente convenuto.

Si ritiene pertanto che alle parti unanimemente spetti la modifica della convenzione arbitrale che prevede un numero pari di arbitri. Se tale modifica all'unanimità non viene apportata, nel silenzio delle parti, l'interessato può ricorrere al Presidente del Tribunale affinché designi l'ulteriore arbitro. Si ritiene quindi che anche nel caso in esame, la designazione dell'arbitro che avvenga per il tramite del giudice sia sostanzialmente riferibile alle parti. Ciò però a condizione che nessuna delle parti, nel corso del giudizio camerale instaurato ai sensi degli articoli 809 comma 3° e 810 c.p.c. ovvero nella prima difesa utile, si opponga alla nomina giudiziale. In tal caso infatti non sarebbe possibile riferire la designazione alla volontà, seppur implicita, di tutte le parti.

Ciò posto è chiaro che la soluzione appena esposta causa una proliferazione di arbitri e di parcelle e pertanto non appare consigliabile. Piuttosto che procedere con un giudizio il cui collegio sia composto da un elevato numero di arbitri appare di gran lunga preferibile modificare l'originario meccanismo di costituzione previsto nella convenzione. Tuttavia ciò non toglie che l'alternativa sia comunque, almeno dal punto di vista teorico, praticabile. Spetta poi alle parti nel singolo caso concreto valutare la scelta più opportuna.

6. LE MODALITÀ DELL'INTERVENTO DEL TERZO ALLA LUCE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI FORMA E MODIFICA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE

Viste le condizioni di ammissibilità e procedibilità dell'intervento del terzo nel giudizio arbitrale si deve ora vedere quale sia la modalità concreta con cui esperire l'intervento.

Il problema si pone per il terzo estraneo alla convenzione arbitrale. Difatti, il terzo che sia parte della convenzione, come visto non dovrà ottenere né il consenso degli arbitri né l'accordo delle parti. Egli potrà semplicemente intervenire nel procedimento, se del caso, depositando o notificando un atto di intervento. Diverso invece il problema nei confronti del terzo che sia estraneo alla convenzione arbitrale. In questo caso si è visto che l'intervento del terzo è reso possibile dalla modificazione dei limiti soggettivi della originaria convenzione di arbitrato. Pertanto lo studio delle modalità di intervento del terzo coincide con lo studio delle modalità con cui si può procedere alla modificazione della convenzione di arbitrato. A sua volta, prima di definire le modalità con cui è possibile modificare la convenzione di arbitrato, è necessario definirne i requisiti di forma. Ciò in ossequio al principio per cui gli atti modificativi o estintivi di un negozio formale debbono rivestire la stessa forma richiesta per quest'ultimo. Se ciò è corretto, il primo passo da compiere per studiare le modalità per l'esperimento dell'intervento, è definire brevemente il regime formale della convenzione di arbitrato.

6.1. LA FORMA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE

Al fine di studiare i requisiti formali della convenzione è necessario distinguere tra clausola compromissoria e compromesso. Il motivo della distinzione è presto detto se si guarda agli articoli 807 e 808 c.p.c. L'art. 807 c.p.c. infatti prevede: *“il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia”*. Data l'espressa sanzione legale, è facile inferire che il compromesso debba ave-

re forma scritta *ad substantiam*¹⁷⁴. Diversamente però l'art. 808 c.p.c. dispone che “*la clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma scritta richiesta per il compromesso dall'art. 807*”. Dal tenore letterale dell'articolo si pone il dubbio se per la clausola compromissoria la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*¹⁷⁵.

Partendo da un'interpretazione letterale si afferma allora che, ai sensi dell'art. 808 c.p.c., per la clausola compromissoria sia richiesta la forma scritta *ad probationem tantum*¹⁷⁶. Si sottolinea inoltre che la clausola compromissoria possa accedere a contratti per i quali vige il generale principio della libertà delle forme. Sicché sarebbe incongruo ritenere che il contratto sia privo di requisiti formali *ad validitatem* mentre la clausola compromissoria si sottoposta all'onere della forma scritta *ad substantiam*. A questo argomento si contrappone tuttavia l'esigenza di fornire una interpretazione razionalizzatrice della disciplina complessiva della forma della convenzione arbitrale. Per tale motivo si sostiene la valenza del requisito della forma *ad substantiam* tanto per la clausola compromissoria che per il compromesso¹⁷⁷.

¹⁷⁴ La dottrina è pacifica sul punto. Vedi RUFFINI G., *sub art. 807 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 42 § 2.1; VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 75; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. I, p. 350; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 807*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 120; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. IV, op. cit., p. 363; RUBINO SAMMARTANO M., *La convenzione di arbitrato*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di RUBINO SAMMARTANO M., CEDAM, Padova, 2010, p. 439.

¹⁷⁵ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 808 c.p.c.*, op. cit., p. 1176; PUNZI C., *ibidem*, p. 351.

¹⁷⁶ Così PUNZI C., *ibidem*, p. 353, 354; RUFFINI G., *sub art. 808 c.p.c.*, *ibidem*, p. 48 § 2.1-2.3; seppur dubitativamente anche ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub Art. 808*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 143. Afferma che il requisito della forma scritta *ad probationem* sia addirittura pacifico Cass. Sez. II, 12.08.2011 n. 18679 con nota di MOTTO A., *Contenuto, forma e stipula per relationem della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2013, fasc. 4, p. 951; Cfr. tuttavia RUBINO SAMMARTANO M., *La convenzione di arbitrato*, op. cit., p. 437 secondo il quale all'inverso sarebbe pacifico che il requisito della forma scritta per la clausola compromissoria sia previsto *ad substantiam* e cita Cass. 14/07/1962 n. 2082.

¹⁷⁷ BOVE M., *La giustizia privata*, op. cit., p. 43; CECHELLA C., *Contratto d'arbitrato*, in *Arbitrato*, op. cit., p. 51, ulteriori riferimenti bibliografici in PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. II, p. 354 nota n. 107.

Tra l'interpretazione letterale e quella razionalizzatrice pare preferibile la prima. Ciò non solo per motivi testuali e di coerenza pratica ma anche per l'opportunità di limitare i casi di nullità per difetto di forma alle ipotesi espressamente previste dalla legge. La convenzione arbitrale è un contratto – seppure ad effetti processuali – al quale si applica il principio generale di libertà delle forme. Tale principio in relazione al compromesso viene espressamente derogato. L'art. 807 c.p.c. stabilisce infatti che questa debba essere fatto per iscritto a pena di nullità. Lo stesso non vale però per la clausola compromissoria. Anzi, a fronte della dizione “*deve risultare*”, non è possibile predicare l'invalidità per difetto di forma della clausola compromissoria essendo questa espressamente esclusa¹⁷⁸.

Avallando questa interpretazione risulterebbe però una ingiustificata disparità tra la clausola compromissoria e il compromesso. Difatti, benché entrambe abbiano lo scopo di devolvere una controversia agli arbitri, la prima godrebbe di un regime formale alquanto diverso rispetto al secondo¹⁷⁹. Prima di accettare la conclusione per cui tra clausola compromissoria e compromesso vi sia una ingiustificata disparità di trattamento occorre specificare in cosa materialmente tale disparità si manifesti.

Il primo punto riguarda il requisito della contestualità della sottoscrizione. In questa prospettiva non fa differenza che il requisito della forma scritta venga chiesta *ad substantiam* o *ad probationem*. Si riconosce in ambe due i casi che il compromesso possa risultare da due scritture di identico contenuto firmate dalle parti anche se separatamente¹⁸⁰. Questa soluzione è altresì confermata dallo stesso testo della legge. La forma scritta si intende infatti rispettata anche quando la volontà delle parti è

¹⁷⁸ Cfr. SACCO R., *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., op. cit., p. 300, 302; Vedi *amplius* LISERRE A., JARACH A., *La forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., op. cit., p. 397 e ss.

¹⁷⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 808*, in *Riforma del diritto arbitrale*, op. cit., p. 1176; RUFFINI G., *Patto compromissorio*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di FAZZALARI E., CEDAM, Milano, 2006, p. 59.

¹⁸⁰ Vedi per tutti PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, p. 364, 365; RUBINO SAMMARTANO M., *La convenzione di arbitrato*, op. cit., p. 438; vedi anche ATTERITANO A., *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in *Riv. arb.*, 2008, fasc. 2., p. 177; in giurisprudenza da ultimo Cass. Sez. I, 30/09/2010 n. 2054. Le stesse considerazioni valgono anche ad es. per i contratti di compravendita immobiliari, *cfr.* SICA V., *sub art. 1350 c.c.*, in *Il codice civile commentato*, diretto da BUSNELLI F.D., p. 179, 180.

espressa per il tramite di mezzi di comunicazione a distanza — arg. ex 807 comma 2° c.p.c.¹⁸¹.

La sottoscrizione può anche essere apposta su atto con contenuto diverso da quello sottoscritto dalla controparte ma allo stesso inestricabilmente legato¹⁸². Infatti, oltre alla sottoscrizione, si ammette che anche l'oggetto della convenzione arbitrale possa risultare da documenti distinti¹⁸³. Si sostiene infatti la possibilità che l'oggetto venga determinato *per relationem* “*purché i successivi documenti non abbiano natura meramente ricognitiva, ma consacrino la manifestazione di volontà delle parti che via via e quindi progressivamente si viene a formare*”¹⁸⁴. Sicché, anche in questo contesto, la valenza della forma scritta *ad substantiam* anziché *ad probationem* non comporta alcuna differenza.

Ai fini della sottoscrizione e della determinazione dell'oggetto della convenzione arbitrale, è quindi indifferente che il requisito della forma valga *ad substantiam* o *ad probationem*. Si spiega infatti che l'elemento formale assume il ruolo di collante della volontà. Per tale motivo l'espressione “*la forma del contratto*” sta per “*forme delle due o più decisioni prese dalle parti (...)*”¹⁸⁵. Quanto sopra detto viene efficacemente sintetizzato e definito come superamento del dogma della “*unicità del contesto*”¹⁸⁶.

¹⁸¹ Così lo stesso PUNZI C., *ibidem*.

¹⁸² Riferimenti in RUFFINI G., *sub art. 807 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 43 § 2.5; vedi anche il caso in cui l'accordo compromissorio risulti semplicemente dall'accettazione della proposta di contrattuale recante una clausola compromissoria con le seguenti parole: “*prendo buona nota, vi ringrazio*”. Ritiene valida l'opzione arbitrale Cass. 14/02/1967 n. 372, in senso favorevole RUBINO SAMMARTANO M., *La convenzione arbitrale*, op. cit., p. 438; *contra* PUNZI C., *ibidem*.

¹⁸³ PUNZI C., *ibidem*, p. 369; cfr. MOTTO A., *Contenuto, forma e stipula per relationem della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in Riv. arb., 2013, fasc. 4, p. 962. Benché vi si analizzi il requisito della forma scritta *ad probationem* si giunge ad omologhe conclusioni.

¹⁸⁴ PUNZI C., *ibidem*, p. 369; in senso conforme MOTTO A., *ibidem* il quale difatti cita NICOLÒ R., *La relatio nei negozi formali*, op. cit.

¹⁸⁵ SICA V., *sub art. 1350 c.c.*, in *Il codice civile commentato*, op. cit., p. 180.

¹⁸⁶ L'espressione è di PUNZI C., *ibidem*.

Parimenti è indifferente che la forma scritta venga richiesta *ad substantiam* o *ad probationem* quando la convenzione arbitrale si forma per via giudiziale. Difatti pur ritenendo che la clausola compromissoria debba avere forma scritta *ad substantiam* sarebbe comunque possibile stipularla per via giudiziale. Così si afferma la validità del vincolo compromissorio qualora il convenuto innanzi al giudice statale sollevi l'*exceptio arbitri* e produca in giudizio un documento, sottoscritto solamente dall'attore, contenente una proposta di arbitrato¹⁸⁷. Si sostiene infatti che la produzione in giudizio di siffatto documento integrerebbe un'inequivoca manifestazione della volontà di avvalersi del negozio, tale da sopperire al difetto di sottoscrizione¹⁸⁸. Ciò sia in riferimento alla convenzione arbitrale che ai contratti solenni più propriamente privatistici¹⁸⁹. Una simile modalità di formazione della clausola compromissoria è valida ai fini della sussistenza della forma scritta *ad substantiam* e a maggior ragione ai fini di quella *ad probationem*¹⁹⁰.

Rimangono da analizzare la formazione in corso di arbitrato della convenzione e l'accettazione *per facta concludentia*. Occorre però una pre-

¹⁸⁷ Per la locuzione «proposta di arbitrato» cfr. Regolamento Camera Arbitrale Milano art. 1.2.; Cass. Sez. I, 29/03/1991, sent. n. 3427 “*la giunta (...) accettava la proposta di arbitrato e autorizzava il Sindaco a stipulare il relativo compromesso*”; nonché Cass. Sez. Un. 09/11/1985, sent. n. 5478.

¹⁸⁸ Cass. Sez. Un., 26/06/2001, sent. n. 8744; Cass. Sez. I, 3/08/1989, sent. n. 1585; Cass. Sez. Un., 6/07/1982, sent. n. 4039; Cass. 3/08/1989, sent. n. 1585; Cass. 24 Dicembre 1968, sent. n. 4075; Cass. Sez. I, 23/03/1963, sent. n. 720; Trib. Roma sentenza del 10/02/2009; vedi in dottrina PUNZI C., *ibidem*, p. 351, *sub nota* n. 103 ivi ulteriori riferimenti; vedi inoltre RUFFINI G., *sub art.* 807, in *Commentario breve*, op. cit., p. 43 §2.8; D'ALESSANDRO E., *Conclusioni dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri?*, in Riv. arb., 2007, fasc. 2, p. 241 e ss.; UNGARETTI DELL'IMMAGINE F., *Brevi note sulla forma della convenzione arbitrale*, in Riv. arb., 2011, fasc. 1, p. 79, 80 Appare isolata la posizione di RICCI G.F., *sub art.* 807, *ibidem*, il quale nega la validità della convenzione così stipulata.

¹⁸⁹ “*La serie continua delle sentenze della Corte di Cassazione che hanno adottato questa soluzione data almeno da Cass., 19/07/1946 n. 926. Da allora decine di questa Corte hanno corroborato il precedente*”. Così testualmente SACCO R., *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 2003, Vol. X, p. 300, 301.

¹⁹⁰ Cfr. Cass. Sez. II, 03/01/2011, sent. n. 72, “*nei contratti come la transazione nei quali è richiesta la forma scritta solamente ad probationem, poiché la legge non richiede la contestuale sottoscrizione delle parti contraenti, l'eventuale mancanza di sottoscrizione di una di esse può essere sostituita dalla inequivocabile manifestazione della volontà di avvalersi del negozio documentato nella scrittura incompleta, in particolare mediante la produzione della stessa in giudizio (...)*”.

cisazione. L'accettazione *per facta concludentia* non deve avere ad oggetto il contratto contenente la convenzione di arbitrato, bensì la convenzione stessa. Difatti, visto il principio di autonomia della clausola compromissoria, bisogna fare una distinzione tra questa e il contratto cui accede. L'esecuzione del contratto non prova la volontà delle parti di dare esecuzione anche alla clausola compromissoria¹⁹¹. Ebbene, ciò posto, si afferma che neanche l'accettazione *per facta concludentia*¹⁹² del contratto provi l'accettazione della clausola compromissoria in essa contenuta. All'inverso, si avrebbe un'accettazione *per facta concludentia* della convenzione arbitrale quando l'oblato, pur non avendo sottoscritto la proposta di arbitrato, nomini un arbitro¹⁹³.

La giurisprudenza in tempi passati era assai restrittiva in ordine all'ammissibilità della formazione per via arbitrale della convenzione arbitrale. Essa sosteneva difatti l'impossibilità di instaurare *de facto* un giudizio arbitrale, poiché una simile eventualità “*presuppone e richiede esplicitamente, la esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria, avente i requisiti di cui all'art. 808 c.p.c. nei quali soltanto le parti possono (e devono) provvedere alla nomina degli arbitri*”¹⁹⁴. Sicché se n'è ricavata la regola per cui la convenzione arbitrale deve necessariamente “*preesistere al procedimento di nomina degli arbitri nel quale non [può] dunque identificarsi allorché detto procedimento viene iniziato [...]*”. Tutto ciò “*perché è necessario che la potestas iudicandi degli arbitri [...] già [al momento della loro nomina] sia compiutamente disciplinata e delimitata in modo specifico nei suoi contenuti*”. Prima di passare agli effetti della predetta riforma occorre un riflessione su quanto appena esposto.

¹⁹¹ MOTTO A., *ibidem*, p. 959; PUNZI C., *ibidem*, p. 351; Corte d'Appello di Bari, 20 Ottobre 1983, in Riv. dir. int. 1983, p. 944, 946.

¹⁹² Così PUNZI C., *ibidem*, p. 351; così pure BOVE M., *La giustizia privata*, CEDAM, Padova, 2009, p. 40.

¹⁹³ Cfr. Corte d'App. Roma, Sez. I, 05/06/1995 n. 1964 con nota di MARENGO R., *Adesione e rinuncia implicita alla clausola compromissoria*, op. cit., p. 71 e ss.; Cass. Sez. I, 23/03/1963, sent. n. 720; Cass. sent. 1968/4075; v. inoltre RUFFINI G., op. ult. cit., p. 43. *En passant* si può giusto ricorda come secondo una rigorosa dottrina per fatti concludenti dovrebbero intendersi solo “*fatti non dichiarativi (manifestazioni, comportamenti)*” SACCO R., *Il contratto senza dichiarazione*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., Vol. X, tomo II, p. 60;

¹⁹⁴ Cass. 12/04/2005, n. 7535; ATTERITANO A., *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in Riv. arb., 2008, fasc. 1, p. 177.

In particolare si stima ingiustificabile la disomogeneità con quanto la stessa giurisprudenza sostiene in sede di formazione giudiziale della convenzione. In questa sede si afferma condivisibilmente che, superato il “dogma dell’unicità del contesto”, la produzione in giudizio della proposta arbitrale non sottoscritta vale a manifestare un’inconfutabile accettazione¹⁹⁵. Pertanto, come sopra visto, la giurisprudenza ammette la formazione giudiziale della convenzione arbitrale. Ciò posto, al contrario, avvalersi della medesima convenzione e nominare un arbitro o notificare una domanda di arbitrato senza eccepire alcunché non equivarrebbe ad una inequivoca manifestazione di consenso. Più precisamente, che vi equivalga o meno poco importa, perché in questo caso, la *potestas iudicandi* degli arbitri dovrebbe essere preventivamente definita.

Questa argomentazione non è condivisibile perché la convenzione arbitrale produce due effetti: quello negativo – che sottrae la controversia al giudice statale; quello positivo – che devolve la medesima controversia agli arbitri. Entrambi gli effetti sono le due facce di una stessa medaglia: la volontà delle parti di adire gli arbitri. Se così è, richiedere per la produzione dell’effetto positivo, ma non di quello negativo, la preventiva definizione della convenzione arbitrale è assolutamente incomprensibile. Delle due l’una: o si richiede per entrambe che la fonte del potere degli arbitri sia preventivamente definita, ovvero non lo si richiede né per la produzione dell’effetto negativo né per quello positivo. Di queste soluzioni solo la seconda appare coerente con la giurisprudenza che afferma come il consenso alla convenzione possa risultare da documenti distinti ma di identico contenuto, oppure di diverso contenuto ma inestricabilmente legati. In sintesi, se si infrange il “dogma dell’unicità del contesto”, si deve ammettere anche la validità della formazione giudiziale della convenzione arbitrale¹⁹⁶. Se si ammette la validità della formazione giudiziale della convenzione si deve ammettere anche la validità della formazione per via arbitrale.

Non stupisce infatti che, senza scomodare la riforma del d.lgs. 40/2006, la stessa giurisprudenza abbia radicalmente mutato il proprio

¹⁹⁵ V. *supra* nota n. 183.

¹⁹⁶ In questo senso infatti Cass. Sez. I, 23/03/1963 n. 720 equipara la formazione endoprocedimentali di formazione della convenzione arbitrale.

avviso affermando invece “*che la stipulazione del compromesso deve ritenersi validamente verificata con lo scambio delle missive contenenti rispettivamente la proposta e l'accettazione del deferimento della controversia ad arbitri, non potendo la richiesta di costituzione di un collegio arbitrale e la relativa accettazione essere diversamente interpretate che come concorde volontà di compromettere la lite in arbitri*”¹⁹⁷. Laddove è chiaro che la volontà delle parti di deferire la controversia agli arbitri risulta, non dal negozio di nomina¹⁹⁸, bensì dalla notifica di questa senza alcuna eccezione concernete l'invalidità, l'inesistenza o l'inefficacia della convenzione.

Si possono ora applicare al tema dell'intervento del terzo le conclusioni raggiunte circa la formazione giudiziale o arbitrale della convenzione. Si è detto che la convenzione viene validamente a formarsi quando l'oblato produca in giudizio la proposta di arbitrato e sollevi l'*exceptio compromissi*. Sul punto è irrilevante che si richieda la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* per la convenzione arbitrale. Lo stesso vale anche quando l'oblato, pervenuta la proposta di arbitrato, aderisca e nomini l'arbitro di propria competenza senza sollevare alcuna eccezione. Anche in questo frangente non farebbe alcuna differenza ritenere che per la convenzione arbitrale si richieda la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*. Ebbene, le medesime considerazioni valgono anche per il terzo. Qualora a quest'ultimo sia stata indirizzata una proposta diretta a finalizzarne l'intervento ma successivamente sia stato evocato in giudizio, il terzo potrà produrre al giudice detta proposta e pertanto eccepirne l'incompetenza. Si verrebbe così a costituire una modificazione per via giudiziale ai limiti soggettivi della originaria convenzione arbitrale. Così come il terzo potrà produrre innanzi agli arbitri la eventuale proposta in-

¹⁹⁷ Cass. Sez. I, 02/02/2007 n. 2256; con nota critica di D'ALESSANDO E., *Conclusione dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri?*, op. cit., p. 241 e ss; in senso conforme invece Corte d'App. Roma, Sez. I, 05/06/1995 n. 1964 con nota di MARENGO R., *Adesione e rinuncia implicita alla clausola compromissoria*, op. cit., p. 73.

¹⁹⁸ È pacifico che, di per sé, la nomina di un arbitro non equivale ad accettazione della via arbitrale. Tant'è infatti che la parte potrebbe ben aver interesse a nominare un arbitro sapendo che in difetto vi potrebbe provvedere la controparte ai sensi dell'art. 810 c.p.c. V. per tutti RICCI G.F., *sub art. 817*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 470; BOCCAGNA S., *sub art. 817*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, op. cit., § IV.2, IV.3;

dirizzatagli al fine di consentirgli di intervenire. In detti casi si ovvierà alla mancanza di un atto compiuto attestante la modificazione della convenzione arbitrale, mediante una inequivoca manifestazione della volontà di intervenire. Ai fini dell'esperibilità dell'intervento in sé non rileva sostenere che per il compromesso o per la clausola compromissoria si applichi il regime della forma scritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*.

L'opzione tra forma *ad substantiam* o *ad probationem* ha invece grande rilevanza quando si tratta di provare innanzi al giudice o agli arbitri l'esistenza dell'atto contenente la proposta di intervento. Se si richiede la forma scritta *ad substantiam*, se ne potrà fornire la prova per testimoni solo nel caso di perdita incolpevole – art. 2724 n. 3 c.c. Sarà invece inammissibile la prova per confessione, quella presuntiva nonché il deferimento del giuramento decisorio¹⁹⁹. Se invece si dovesse richiedere la forma *ad probationem*, la prova dell'atto potrà essere fornita mediante il deferimento del giuramento decisorio nonché per confessione. Inoltre l'inammissibilità della prova testimoniale non sarà rilevabile d'ufficio²⁰⁰. Ebbene lo stesso vale, non solo rispetto all'atto con cui le parti invitano il terzo ad intervenire, bensì anche all'atto con cui le parti ed il terzo dovessero espressamente modificare la convenzione arbitrale. Qualora il terzo intervenisse nel procedimento forte dell'accordo con le parti già raggiunto, la prova dell'atto modificativo della originaria convenzione potrà essere fornita secondo le regole appena esposte. Si applicherà quindi, in caso di forma scritta *ad substantiam* il regime più restrittivo; viceversa, in caso di forma *ad probationem tantum* quello più elastico. Ciò ovviamente sia innanzi agli arbitri che ai giudici. Così tanto nel caso in cui il convenuto in giudizio voglia eccepire la sussistenza della convenzione arbitrale, quanto nel caso in cui la parte innanzi agli arbitri voglia fondare la potestà degli arbitri di fronte ad una eventuale contestazione della validità, della efficacia o della inesistenza della convenzione.

¹⁹⁹ Cfr. LISERRE A., JARACH A., *Forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., p. 403 ivi ulteriori riferimenti.

²⁰⁰ LISERRE A., JARACH A., *ibidem*, p. 404.

La questione è però ulteriormente complicata in ragione del disposto dell'art. 817 c.p.c. così come modificato dal d.lgs. 40/2006²⁰¹. Difatti pur in mancanza di qualunque allegazione della parte, se alla prima difesa utile non si contesta l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione si decade dalla facoltà di impugnare il lodo per detti motivi – salvo il caso della controversia non arbitrabile. Inoltre, spettando detta eccezione alle parti, l'indagine sulla inesistenza, validità o inefficacia della convenzione è sottratta all'esame d'ufficio degli arbitri²⁰². Così stando le cose, si potrebbe ritenere che la questione della valenza della forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* perda totalmente di interesse. Difatti, se ai sensi dell'art. 817 c.p.c. la mancanza di eccezioni sulla validità o inesistenza della convenzione arbitrale ne preclude il sindacato sulla nullità, non si tratterebbe di forma scritta *ad substantiam*. Se ad una pretesa fattispecie di nullità non ne corrispondono gli strumenti processuali propri di accertamento, il requisito della forma scritta *ad substantiam* non solo viene “annacquato”²⁰³ bensì diviene un vero e proprio *flatus vocis*. Basta fare un rapido paragone tra la nullità per difetto di forma della convenzione arbitrale e la nullità per difetto di forma dei contratti solenni di diritto sostanziale. Mentre per i secondi la questione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado²⁰⁴, per i primi, esattamente all'opposto, è ri-

²⁰¹ È opportuno osservare in via preliminare che il discorso prescinde dalla questione per cui, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., la mancata eccezione della inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale rappresenti una mera preclusione processuale ovvero conduca alla stipulazione di una nuova convenzione arbitrale. Sul punto non si può che rimandare a ATTERITANO A., *sub art. 807 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., op. cit., p. 501, 502; ID. *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, op. cit., p. 188; MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in Riv. arb., 2006, fasc. 1, p. 99; RUFFINI G., *ibidem*; RICCI G.F., *sub art. 817*, in *Arbitrato*, op. cit., p. 473; FAZZALARI E., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., p. 134.

²⁰² In questo senso condivisibilmente IZZO S., *La convenzione arbitrale nel processo: studio sui rapporti tra processo e giurisdizioni statali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 203; seppur dubitativamente BOSSI A., *La prassi dell'arbitrato rituale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 239; paragona il meccanismo di cui all'art. 817 c.p.c. a quello di cui all'art. 4 comma 1° L. 218/95 RUFFINI G., *sub art. 817*, in *Le nuove leggi civili commentate*, op. cit., p. 1312 ivi ulteriori riferimenti a VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 22; BOVE M., *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione arbitrale rituale*, in *Giusto processo*, 2006, p. 65.

²⁰³ BOVE M., *La giustizia privata*, op. cit., p. 40.

²⁰⁴ Specialmente dopo Cass. SS. UU., 04/09/2012 n. 14828.

levabile ad istanza di parte²⁰⁵ nella prima difesa utile. Il contrasto è ancor più netto se si nota come la rilevanza di un requisito a pena di nullità si debba necessariamente accompagnare al “*rigoroso inserimento della forma nel sistema della «nullità» del negozio (art. 1418 comma 2 c.c.), la quale può essere fatta valere in qualsiasi tempo e da chiunque vi abbia interesse, può essere rilevata d’ufficio dal giudice, e non consente convalida (art. 1421-1423 c.c.)*”²⁰⁶. Ancora: “*quando la forma è richiesta per gli effetti sostanziali, l’informalità conduce alla nullità dell’atto. Il vizio è allora rilevabile in ogni grado del giudizio*”²⁰⁷; “*si può parlare di forma ad substantiam quando [questa] sia prescritta a pena di nullità del negozio rilevabile da chiunque vi abbia interesse ed anche d’ufficio, e quando sia insuscettibile di convalida*”²⁰⁸. Sorge quindi il dubbio che la riforma del D.lgs. 40/2006, prevedendo un termine di decadenza dalla facoltà di eccepire la nullità della convenzione arbitrale, abbia in verità abrogato il requisito della forma *ad substantiam* della convenzione arbitrale.

In verità questa conclusione, pur se suggestiva, non è persuasiva. La distinzione tra forma *ad substantiam* o *ad probationem* sussiste e persiste almeno ai fini probatori. Il convenuto innanzi al giudice che intenda sollevare l’eccezione di arbitrato ha l’onere di provare l’esistenza della convenzione arbitrale. Ebbene, almeno innanzi al giudice togato, tale prova potrà essere fornita dal convenuto solamente secondo il regime probatorio sopra visto per la forma scritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*. Non gioverebbe neanche la «non contestazione» ai sensi dell’art. 115 c.p.c. che, come noto, non trova applicazione rispetto ai contratti che esigono la forma scritta *ad substantiam*²⁰⁹.

²⁰⁵ Cfr. *supra* nota n. 191.

²⁰⁶ GIORGIANNI M., *Forma degli atti (dir. priv.)*, op. cit., §4, p. 993.

²⁰⁷ SACCO R., *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., op. cit., p. 302, 303 ivi riferimenti in giurisprudenza sub nota n. 8.

²⁰⁸ LISERRE A., JARACH A., *Forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., op. cit., p. 402.

²⁰⁹ Seppure anteriori alla riforma della L. 18 giugno 2009, n. 69 cfr. Cass. Sez. I, 10/08/2001, sent. n. 11054; Cass. sez. II, 29/04/1982, sent. n. 2710; Cass. sez. III, 22/07/1981, sent. n. 4709. Dopo la riforma cfr. SASSANI B., *L’onere della contestazione*, in *Giusto processo civile*, 2010, p. 401 e ss. per il quale l’art. 115 c.p.c. autorizza il giudice a “*giudicare iuxta non oppugnata ma se ed in quanto alia non obstant*”; laddove la

Ne consegue allora il rigetto della tesi per cui alla modificazione dell'art. 817 c.p.c. sia conseguita l'abrogazione tacita del requisito della forma scritta della convenzione *ad substantiam*, ovvero l'equiparazione di questa alla forma *ad probationem*. Purtuttavia, alla luce di quanto sopra detto, rimane ferma la considerazione per cui la valenza della forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* della convenzione arbitrale rilevi solo dal punto di vista probatorio. Chiarito ciò si può ora definire la forma che deve rivestire l'atto modificativo dei limiti soggettivi della originaria convenzione.

6.2. LA FORMA DELL'ATTO MODIFICATIVO DELLA CONVENZIONE ARBITRALE

Si può ora analizzare il caso in cui le parti modifichino l'originaria convenzione arbitrale al fine di consentire l'intervento del terzo. In questo caso, si è visto che qualora vi sia un compromesso si applicherà il regime della forma scritta *ad substantiam*, trattandosi invece di una clausola compromissoria si applicherà la disciplina della forma scritta *ad probationem*. In ciascuno dei due casi però le parti potrebbero sottoscrivere, invece di un unico documento, due documenti distinti ma aventi lo stesso contenuto. Si è visto infatti che la convenzione arbitrale così sottoscritta è perfettamente valida tanto che si applichi il requisito della forma scritta *ad substantiam* che *ad probationem*. Altrettanto valido sarà allora l'atto con cui si proceda alla modificazione dei relativi originari limiti soggettivi. Non farà quindi alcuna differenza che il procedimento nel quale interviene il terzo scaturisca da un compromesso ovvero da una clausola compromissoria. Il terzo potrà così sottoscrivere separatamente, in due momenti diversi, la nuova convenzione con l'attore e poi con il convenuto in arbitri.

Lo stesso vale qualora l'atto modificativo venga stipulato mediante la sottoscrizione di due documenti con contenuto diverso ma inestricabilmente legati. Il terzo potrebbe allora inizialmente sottoscrivere la nuova convenzione arbitrale solo con l'attore. Nei riguardi del convenuto in arbi-

previsione della forma scritta *ad substantiam*, con le conseguenti limitazioni probatoria, all'inverso osterebbero all'applicazione dell'art. 115 c.p.c.

tri basterà invece firmare un atto dal quale risulti inequivocabilmente il riferimento alla stipulazione avvenuta con l'attore e il consenso del convenuto stesso all'intervento. Neanche in questo frangente farà alcuna differenza che il procedimento nel quale interviene il terzo scaturisca da un compromesso ovvero da una clausola compromissoria.

Come anticipato, quanto sopra si riferisce agli atti modificativi dei limiti soggettivi della originaria convenzione arbitrale. I casi sono quindi quelli di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°. Bisogna però vedere se lo stesso vale anche rispetto alle ipotesi di intervento in cui i limiti soggettivi della originaria convenzione arbitrale non vengono propriamente modificati. Il riferimento qui è all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. e all'intervento del litisconsorte necessario pretermesso. La differenza sta in ciò che, in questo caso, non si può parlare di atto modificativo perché esso andrebbe a modificare il nulla. La convenzione arbitrale stipulata *inter pauciores*, infatti come visto, è nulla in quanto manca uno dei legittimati al deferimento della controversia agli arbitri. Ebbene, in tale eventualità, più che di atto modificativo dei limiti soggettivi della convenzione si potrebbe parlare di atto integrativo. Difatti, con la successiva adesione del litisconsorte necessario pretermesso si integrano gli elementi della fattispecie negoziale richiesti affinché la convenzione arbitrale sia valida ed efficace. *Mutatis mutandis* è ciò che accade quando le parti, a conclusione delle trattative per la compravendita di un immobile, definiscono ad esempio il prezzo e le modalità di esecuzione delle rispettive prestazioni²¹⁰. Tali atti perfezionano la fattispecie negoziale e devono avere la forma richiesta per essa. Pertanto, secondo quanto sopra detto, bisognerebbe distinguere tra intervento in una lite che nasce da una clausola compromissoria ed una che invece sorge da un compromesso. Nel secondo caso all'atto di intervento dovrebbe applicarsi la forma scritta *ad substantiam*. Qualora invece il litisconsorte necessario intervenga in un procedimento scaturito da una clausola compromissoria, si applicherà il requisito della forma scritta *ad probationem*. In verità la questione è più semplice. Basta infatti rilevare che il consenso delle parti all'intervento del terzo litisconsorte necessario pretermesso è presunto per legge. Ebbene, se per legge il

²¹⁰ Cfr. FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, op. cit., p. 192 e ss.

consenso delle parti all'intervento del litisconsorte necessario si presume, non servirà alcun atto di manifestazione. D'altro canto invece il consenso del litisconsorte necessario che intervenga volontariamente nel procedimento risulterà *per tabulas* dagli atti dello stesso. Così tanto per esemplificare, l'intervento del terzo risulterà dal verbale dell'udienza in cui verrà esperito l'intervento. L'unica differenza allora è che, qualora il litisconsorte necessario intervenga in un procedimento scaturente da un compromesso, il verbale dovrebbe essere sottoscritto personalmente dallo stesso o dal difensore munito di idonei poteri. Qualora invece il litisconsorte necessario intervenga in un procedimento scaturente da una clausola compromissoria, il verbale potrà essere sottoscritto anche dal legale privo di idonei poteri. La sottoscrizione di costui consentirà di risalire presuntivamente al consenso del rappresentato all'intervento nel procedimento arbitrale.

Rimane da ultimo la forma dell'intervento adesivo dipendente. Qui similmente ai casi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1°, si ha una modificazione dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale. Difatti, qui non serve integrare alcunché. La partecipazione dell'interventore adesivo dipendente è tutt'altro che necessaria e la convenzione è perfettamente valida ed efficace anche in difetto. Tuttavia, anche la partecipazione dell'interveniente adesivo dipendente, al pari del litisconsorte necessario, è assistita da una presunzione assoluta di consenso da parte degli originari compromittenti. Allora similmente al caso del litisconsorte necessario anche qui sarebbe assurdo ritenere che, sebbene le parti non possano che essere d'accordo, serva comunque un atto formale per consacrarlo. In conclusione, anche l'intervento adesivo dipendente sarà valido ed efficace, a seconda dei casi, qualora il verbale d'udienza risulti sottoscritto: dall'interveniente in persona, ovvero dal difensore munito dei relativi poteri; oppure dal difensore anche qualora sia privo di idonei poteri rappresentativi.

Sopra si è visto anche il caso della formazione della convenzione arbitrale in corso di arbitrato. Ebbene, rispetto alla modificazione della convenzione arbitrale, non vi è nulla di diverso. Intervenuto il terzo estraneo alla convenzione – pur in assenza di un formale atto modificativo della originaria convenzione – l'eccezione di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione rispetto al terzo deve essere formulata nella prima difesa utile. In mancanza, verrà preclusa ogni successiva contestazione così

come la possibilità di impugnare il lodo per detti motivi, salvo il caso della non arbitrabilità della controversia.

Idem, rispetto alla formazione in via giudiziale della convenzione arbitrale e della modificazione dei relativi limiti soggettivi. Così se per assurdo le parti del procedimento arbitrale dopo aver acconsentito all'intervento del terzo lo dovessero chiamare innanzi al giudice, il terzo potrebbe eccepire l'incompetenza del giudice adito pur non avendo sottoscritto la convenzione o l'atto modificativo. In questi casi, la produzione in giudizio dell'atto con cui si estendono i limiti soggettivi della originaria convenzione, equivale ad una inequivoca accettazione della stessa da parte dell'interveniente.

7. IL PROCEDIMENTO ARBITRALE DOPO L'INTERVENTO DEL TERZO

Viste le condizioni di ammissibilità e procedibilità dell'arbitrato divenuto plurilaterale, si è visto pure che l'intervento del terzo non richiede soverchie formalità. L'arbitrato, nato bilaterale, potrebbe trasformarsi in plurilaterale semplicemente per il tramite di un verbale d'udienza. È logico sospettare che in un simile contesto la transizione da un arbitrato bilaterale ad uno plurilaterale possa porre alcuni quesiti. In particolare, sopra si è visto come il mutamento delle parti del procedimento arbitrale influisca sulla costituzione del collegio arbitrale. Nel capitolo che segue si cercherà di allargare il discorso dalla costituzione del collegio arbitrale alle determinazioni pattizie accessorie e alle modalità di svolgimento del procedimento. In più semplice parole, si tratta di definire come un procedimento nato «bilaterale» si adatti alla nuova veste «plurilaterale».

Il primo quesito che ci si pone è allora se la sopravvenuta pluralità di parti influisca oltre che sulla costituzione del collegio anche sulle regole procedurali. Ebbene, il primo dubbio che si pone concerne la meritevolezza della tutela dell'interesse a modificare le regole di rito una volta che siano mutati i contendenti.

La risposta non è agevole. A prima vista si potrebbe fare un parallelismo tra nomina degli arbitri e definizione delle regole del procedimento arbitrale. Se si riconosce l'importanza di tutelare la genuinità della nomina dell'arbitro, non si può fare a meno di tutelare altresì... la genuinità della scelta delle regole del procedimento. Il parallelismo tuttavia non regge. Per la nomina degli arbitri si è visto che la volontà delle parti gioca un ruolo assolutamente fondamentale. Esso consente di integrare le poche regole codicistiche poste a garanzia delle equidistanza e imparzialità dell'arbitro. Sostanzialmente la volontà delle parti nella scelta degli arbitri sopperisce all'inapplicabilità a questi delle norme sull'ordinamento giudiziario *et similia*. Lo stesso non vale però riguardo alla determinazione delle regole del procedimento arbitrale. Rispetto a queste, il rispetto dei principî del giusto processo è sempre fatto salvo. Il principio del contraddittorio e i relativi corollarî – diversamente dalle norme sull'ordinamento giudiziario – sono sempre applicabili qualunque sia la volontà delle parti. Stando così le cose, può sorgere il dubbio che

l'interesse delle parti a modificare il procedimento che esse stesse abbia consensualmente definito non sia meritevole di tutela. Questa conclusione, a più attenta analisi, non merita però di esser accolta. La modifica delle regole del procedimento arbitrale è infatti una manifestazione del generale principio di autonomia negoziale delle parti. Pertanto, domandarsi se l'interesse delle parti a modificare le regole del procedimento sia meritevole di tutela equivale a chiedersi se l'autonomia negoziale delle parti sia meritevole di tutela. Sicché, essendo l'autonomia negoziale un valore dell'ordinamento giuridico ben meritevole di tutela, altrettanto meritevole di tutela è l'interesse delle parti a modificare le regole del procedimento arbitrale.

Si tratta ora di capire se ed, eventualmente, entro quali limiti sia possibile predisporre una tale tutela.

In vero, trattando della modifica dei meccanismi di composizione del collegio, si era già anticipato che non si ritiene vi siano dei limiti temporali alla modifica delle regole di rito. Nel paragrafo che segue si cercherà di dimostrarne il perché.

7.1. *IL TEMPO DELLA MODIFICAZIONE DELLE REGOLE DEL PROCEDIMENTO*

È necessario prendere l'avvio dall'art. 816 *bis* c.p.c. rubricato: svolgimento del procedimento.

L'articolo in questione, nella parte che qui rileva, dispone che “*le parti possono stabilire (...) con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa (...)*”.

La questione dalla quale conviene iniziare concerne la perentorietà del termine dato dall'inizio del giudizio arbitrale – quandunque esso sia – per la disposizione o la successiva modificazione delle regole di rito. Sul tema si registrano due posizioni.

Così si osserva che le parti possano determinare le regole del procedimento arbitrale, anche successivamente alla costituzione del collegio. Il solo effetto derivante della disposizione delle regole di rito a giudizio iniziato sarebbe quello di consentire agli arbitri di rinunciare al mandato per giusta causa²¹¹. L'ipotesi è quella in cui, nel silenzio della convenzione, dopo la costituzione del collegio arbitrale, le parti concordemente scelgano un determinato regolamento anziché procedere con un procedimento *ad hoc*.

Seguendo questo orientamento si dovrebbe ritenere che le parti possano esercitare liberamente, non solo il potere di determinare le regole del procedimento, ma anche quello di modificarle. In entrambi i casi gli arbitri sarebbero legittimati a rinunciare al mandato per giusta causa²¹². Chiaramente, pur ritenendo che alle parti spetti tale potere, questo potrebbe essere esercitato solo all'unanimità. Non si vede infatti alcun motivo per consentire alle parti di dettare il regolamento arbitrale dopo la costituzione del collegio ma proibire loro di modificare quello originariamente previsto. Se la *ratio* è la tutela della posizione degli arbitri, se si ammette la possibilità che, successivamente alla costituzione del collegio, le parti dettino le regole di rito, si deve anche ammettere che le stesse possano modificare.

In entrambi i casi gli arbitri rimarrebbero spiazzati. Ciò tanto nel caso in cui nel silenzio delle parti gli arbitri credano di poter dettare loro stessi le regole di rito, quanto nel caso in cui essi credano di essere vincolati ad una certa regolamentazione del rito. Tuttavia, se si ritiene che per rimediare allo «spiazzamento» sia legittima la rinuncia al mandato per giustificato motivo, ciò lo si deve ritenere in entrambi i casi: sia se si det-

²¹¹ VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, op. cit., p. 503; LUISS F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 346; MIRABELLI G., GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Jovene, Napoli, 1997, p. 59; CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in Foro It., 2005, Vol. 2, fasc. 1, p. 1770, 1771.

²¹² Così espressamente CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, op. ult. cit., § II, p. 1771 che riconosce alle parti la facoltà di “*modifica della disciplina processuale anche dopo l'inizio del giudizio. In tal caso gli arbitri non possono disattendere tali regole, ma possono addurre la tardiva modifica della disciplina processuale come giusto motivo per rinunciare all'incarico*”.

tano nuove regole nel silenzio della convenzione; sia invece se le si mutano.

All'opinione che consente alla parti di dettare le regole di rito pur dopo la costituzione del collegio se ne contrappone una antitetica. Tale seconda linea di pensiero afferma che le forme del processo debbano essere predisposte dalle parti, prima dell'inizio del giudizio arbitrale. Tra le ragioni addotte a sostegno di questa tesi vi è in primo luogo l'interpretazione letterale dell'art. 816 *bis* c.p.c. Si dice infatti che a voler pensare diversamente, l'inciso "*purché anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale*" verrebbe privato di significato²¹³. Significato invece che va ricercato nella salvaguardia dell'affidamento degli arbitri e nella natura processuale dell'arbitrato²¹⁴. Quest'ultimo a sua volta implicherebbe la "*inviolabilità della difesa che ciascuna delle parti deve ovviamente poter predisporre sulla base di una procedura predeterminata*"²¹⁵.

La tesi ora esposta se applicata alla lettera vorrebbe dire che le parti: o optano per un arbitrato secondo regolamenti precostituiti; o dispongono l'applicazione delle regole del codice di procedura civile; o redigono di volta in volta un mini codice di procedura civile dattiloscritto. Per mitigare il rigore di tale posizione si distingue infatti tra la necessità di determinare la procedura, in astratto, e quella di colmare le lacune, nel concreto. Pertanto si ammette che l'accordo delle parti possa integrare alcuni aspetti della disciplina prestabilita²¹⁶.

²¹³ Così GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., op. cit., p. 196.

²¹⁴ GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, *ibidem*; per la salvaguardia della posizione degli arbitri v. anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, op. cit., p. 400 ivi ulteriori riferimenti *sub nota* n. 117.

²¹⁵ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, in Riv. arb., 2004, fasc. 4, p. 665; In senso conforme GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, in Riv. arb., 1993, fasc. 1, p. 9, 10: "*L'organizzazione della difesa non può infatti prescindere dalla previsione certa del ritmo del processo e dei possibili interventi ufficiosi degli arbitri*"; CECHHELLA C., *Le regole dettate dall'autonomia delle parti e degli arbitri*, in *L'arbitrato*, op. cit., p. 147, 148; ID., *Disciplina del processo dell'arbitrato*, in Riv. Arb., 1995, p. 215 copiato anche in Cass. Sez. I, 31/01/2007, sent. n. 2201; TOTA G., *sub Art. 816 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III, tomo 2°, op. cit., p. 692; In questo senso sembra essere anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, op. cit., p. 393, 394, 395.

²¹⁶ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, p. 664, 665.

L'orientamento appena riportato non persuade. Se applicata alla lettera esso appare eccessivamente rigoristico e condannerebbe l'arbitrato all'impraticabilità²¹⁷. Tant'è infatti che si ammette che le regole di rito possano essere dettate durante l'intero corso del giudizio, anche se non dalle parti bensì dagli arbitri²¹⁸. Inoltre, affermare la necessità della pre-determinazione del rito per poi ammettere l'integrazione di eventuali lacune pone più problemi che soluzioni. Ad esempio: come distinguere una lacuna integrabile da una non integrabile.

In realtà di questa tesi non si condivide l'assunto di partenza. Non si vede come la modifica consensuale "a gioco iniziato"²¹⁹ determini una violazione del principio del contraddittorio, ovvero violi in altro modo l'ordine pubblico. Consentire alle parti, unanimemente, di mutare le regole del procedimento non equivale ad alcuna violazione del diritto al contraddittorio. Queste infatti semplicemente mutano di comune accordo le regole attraverso le quali scelgono di attuare il contraddittorio – *id est* le regole del rito. Non viene quindi leso in alcun modo il diritto di dire e contraddire sul piede di parità²²⁰; se ne muta solo il modo. Inoltre tale mutamento a ben vedere non incide sulla necessità della *p r e d e t e r m i n a z i o n e* del rito.

È infatti da condividere l'affermazione per cui "*nota essenziale di un procedimento (...) è la progressione.*" Questa serie progressiva è data "*dalla posizione di una pretesa e di un'opposizione; dalla conseguente (oggettiva) determinazione del thema decidendum, quale combinazione e aggiustamento delle rispettive posizioni delle parti; dalla verifica e aggiu-*

²¹⁷ BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, in Riv. arb., 2013, fasc. 4, p. 890. Vedi anche *infra* nota n. 216.

²¹⁸ Cfr. RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub art. 816 bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 191, § 14; CECHELLA C., op. ult. cit., p. 213; RICCI G.F., *sub art. 816 bis, Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 393 e ss.; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 18 e ss.

²¹⁹ L'espressione è presa in prestito da CECHELLA C., op. ult. cit., *ibidem*; Sulla necessaria flessibilità dell'arbitrato invece cfr. BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, op. cit., p. 889, 890.

²²⁰ La locuzione è di FAZZALARI E., *sub Procedimento e processo (teoria generale)*, in Enc. Dir., Vol. XXXV, op. cit., p. 819.

stamento delle rispettive posizioni delle parti; dalla verifica (prova) del fatti utrumque addotti; dal giudizio inteso come decisione in termini di diritto o secondo equità ma in ogni caso con effetti rilevanti nell'ordinamento giuridico; dall'uso di forme predeterminate per le singole attività".²²¹ Così come è da condividere la suggestiva affermazione per cui: "pur ammettendo che [questo] formalismo rappresenti una [tra le tante tecniche] per il raggiungimento del medesimo scopo è difficile sostenere, per quanto riguarda il processo, che sarebbe logicamente idonea una sequenza diversa".²²² Ne consegue che l'arbitrato, per quanto non possa essere deformalizzato, rimesso all'autonomia delle parti o degli arbitri, libero e fluido etc.... deve necessariamente rispettare tale progressione per giungere all'emanazione di un lodo. Non c'è altra strada. È questo il senso della natura processuale dell'arbitrato.

Ebbene se così è, il procedimento, almeno nelle sue linee guida, è *predeterminato* e lo è sempre. L'unico modo per «sfuggire» a tale sequenza è rinunciare all'arbitrato rituale in luogo di una perizia contrattuale, un bianco segno o un negozio di accertamento²²³. Diversa dalla determinazione *ex ante* delle sequenze di cui si costituisce il rito è la definizione delle modalità concrete con cui procedere. Queste si ritiene possano essere determinate anche strada facendo, purché ovviamente le parti mantengano fermo il rispetto del contraddittorio e non violino l'ordine pubblico²²⁴. Circa la possibilità che il rito venga predefinito "in limine litis, (nella prima riunione o giù di lì)"²²⁵, si afferma: "è evidente che qualcosa residuerà sempre (specie in materia di prova) da risolvere mano a mano che la quaestio processuale si presenti. Ciò non deve preoccupare

²²¹ GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, op. cit., p. 5.

²²² GRASSO E., *ibidem*. Si nota tuttavia che l'A. partendo da quanto riportato afferma che il procedimento nel quale le parti non abbiano determinato *ex ante* il rito applicabile al giudizio sia nullo per violazione del contraddittorio. Qui, invece, pur concordante sulla premessa, si arriva alla conclusione opposta v. *infra*.

²²³ Non sarebbe possibile ammettere una sequenza diversa neanche per l'arbitrato a modalità irrituale v. SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in www.judicium.it.

²²⁴ Cfr. *supra* nota n. 185.

²²⁵ BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, op. cit., p. 870.

*più di tanto, perché pretendere il contrario, vale a dire una garantistica predeterminazione ad ogni costo, finirebbe per condannare il tutto alla impraticabilità*²²⁶.

È vero però che l'art. 816 *bis* pone pur sempre un *dies ad quem* per l'esercizio del potere di scelta delle parti – “*nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale*”. Dire che le parti possano mutare i tempi e i modi del processo potrebbe sembrare pertanto in contrasto con il dettato della legge, come se si elidesse quel “*purché*”. Ciò tuttavia non lo si crede in quanto “*i termini fissati dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara perentori*” (art. 152 c.p.c. comma 2). A parere di chi scrive quel “*purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale*” non basta a rendere il termine perentorio. La *ratio* della fissazione del termine non è data dalla necessità di prevedere un termine di decadenza per l'esercizio del potere delle parti²²⁷. Ciò perché, lo si ripete, la rigorosa *predeterminazione* del rito non è funzionale né al rispetto del principio del contraddittorio, né al rispetto dell'ordine pubblico²²⁸, né alla salvaguardia della posizione degli arbitri.

A salvaguardare questi ultimi si fa presto. Costoro, se credono, possono rinunciare all'incarico. Infine, il mutamento consensuale delle regole di rito, oltre a non violare la necessaria *predeterminazione* del procedimento, non viola neanche l'ordine pubblico – *sub specie* diritto di difesa.

²²⁶ BRIGUGLIO A., *ibidem*.

²²⁷ In questo senso invece la quasi totalità degli autori. Vedi ad esempio: RICCI G.F., *sub* art. 816 *bis*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 395; GHIRGA M.F., *Le nuove leggi civili commentate*, op. cit., p. 1257; COMOGLIO L.P., *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in Riv. Arb., 2003, fasc. 3, p. 682, 683; CECHELLA C., *Disciplina del processo dell'arbitrato*, op. cit., p. 215. Pur ritenendo invece che le parti debbano rispettare il termine dell'inizio del giudizio, concedono alle parti, d'accordo con gli arbitri, la facoltà di modificare le regole di rito FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. cit., p. 665; RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub* Art. 816 *quinquies*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 190, § 12, 13.

²²⁸ Così CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, op. ult. cit., §II, p. 1771; “*Il limite temporale posto al potere regolamentare delle parti risponde in particolare all'esigenza che gli arbitri conoscano le regole processuali prima di accettare, più che, in generale, all'esigenza di rispettare il canone della loro previa determinazione*”; concordi anche VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, op. cit., p. 503; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 346.

Appare alquanto inverosimile che concedere alle parti la possibilità di modificare consensualmente alcuni aspetti del procedimento leda il diritto di difesa in termini di effettività, parità o quant'altro. Caso mai, all'opposto, ciò consente loro di difendersi meglio come essi stessi consensualmente ritengono più opportuno.

La ragione per cui si prevede il termine dell'inizio del procedimento appare invece quella di definire il momento a partire dal quale il mutamento delle regole di rito è sottoposto a diverse condizioni. In altre parole: “*purché*” avvenga anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale le parti possono liberamente disciplinare il rito – fermo il rispetto del contraddittorio e dell'ordine pubblico – se invece il rito viene mutato successivamente occorrono altri elementi ovvero ne discendono altre conseguenze.

Alla luce di quanto sopra si sostiene che il rito arbitrale possa essere modificato anche successivamente all'inizio del giudizio arbitrale. A questo punto le opzioni divisibili per regolarne l'esercizio sono due. Secondo un primo orientamento le parti potrebbero mutare le regole del procedimento solamente con il consenso degli arbitri.²²⁹ Ciò a dire che «*purché*» le regole di rito siano dettate prima della costituzione del collegio, non serve il consenso degli arbitri; successivamente, invece, occorre il loro consenso. Inoltre, il consenso degli arbitri al mutamento della procedura servirebbe tanto nel caso in cui le regole siano state dettate dalle parti, quanto nel caso in cui siano state poste dagli arbitri. Il motivo è dato dal fatto che le parti non possono “*apportare liberamente alterazioni al contenuto del mandato all'arbitro*”.²³⁰

Un'altra impostazione invece, all'opposto, sostiene che le parti abbiano il potere di apportare liberamente alterazioni al contenuto del mandato. Pertanto, “*di fronte ad una regola processuale stabilita* [o modi-

²²⁹ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665, quando ammette la possibilità dell'integrazione delle regole di rito richiede il consenso degli arbitri; concordi RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub Art. 816* quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

²³⁰ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665; concordi RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub Art. 816* quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

ficata ndr] dalle parti nel corso del processo, gli arbitri potrebbero legittimamente rifiutarsi di portare avanti l'arbitrato”²³¹.

Se così è, il nodo della possibilità per le parti di modificare le regole di rito successivamente alla costituzione del collegio arbitrale dipende dal diritto sostanziale. Si deve cioè capire se le parti possano modificare unilateralmente l'oggetto del mandato conferito agli arbitri.

Ad avviso di chi scrive la questione è risolvibile in maniera relativamente semplice. La semplicità è data dal fatto che la soluzione non dipende dalla interpretazione della natura del rapporto tra parti e arbitri. Che tale rapporto lo si voglia qualificare come mandato, *locatio operis*, contratto misto o come autonomo contratto tipico²³² un elemento rimane costante: “anche nelle ipotesi in cui sia stato predeterminato il programma gestorio, il mandante [in senso lato ndr] può ben imporre varianti, subordinando ad esse il puntuale assolvimento dell'incarico”.²³³ Si spiega infatti che “tutte le obbligazioni «di fare» hanno un contenuto generico (...). Le obbligazioni di fare vengono infatti inizialmente determinate nel loro contenuto prevalentemente attraverso l'indicazione del risultato cui tendono, e quindi in modo generico, giacché la tensione al risultato ha bisogno di una determinazione continua e costante, protratta nel tempo”.²³⁴

Tale determinazione avviene per il mezzo di «istruzioni» e tra queste si distingue tra quelle «specificative» e quelle «modificative»

²³¹ LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, op. cit., 2009, Vol. 4, p. 400; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, op. cit., p. 503; CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, op. cit., p. 1771.

²³² Cfr. PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, op. cit., p. 336-341 per una ricostruzione storica delle ragioni del dibattito. Vedi per tutti ORLANDI GIOVANNUCCI C., *sub art. 813*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 248, 249 in particolare note n. 7, 8, 9, 10. *Sub nota n. 7* gli AA. per la tesi del mandato; *sub 8: locatio operis*; *sub 9: contratto misto*; *sub 10: contratto tipico*.

²³³ SANTAGATA C., *Del mandato, disposizioni generali, Art. 1703 – 18709*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1985, p. 512; LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 2007, Vol. 12.2, p. 498 *et seq.*; MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., UTET, Torino, 1957, p. 49 *et seq.*, in particolare p. 55.

²³⁴ LUMINOSO A., *ibidem*; PANUCCIO V., *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 91 *et seq.*

dell'originario obbligo di prestazione. Queste ultime consistono “*nelle successive determinazioni unilaterali del mandante dirette ad apportare una modificazione, per singoli particolari aspetti (già specificati), del contenuto del regolamento contrattuale*”.²³⁵ Diversamente in caso di istruzioni meramente specificative il contenuto del regolamento contrattuale non verrebbe alterato. Ebbene, da ciò si ricava che le parti mantengono, anche successivamente all'avvio del procedimento, il potere di fornire istruzioni agli arbitri per il conseguimento del risultato pattuito: il lodo. Simili istruzioni possono essere meramente specificative. In tale caso, gli arbitri non potrebbero che attenervisi. Le istruzioni impartite dalle parti, *sub specie* di modifica delle regole di rito, potrebbero però avere contenuto *lato sensu* modificativo. Attraverso la modifica delle regole di rito si potrebbe infatti eventualmente realizzare un mutamento rilevante della stessa prestazione degli arbitri. Si pensi al caso, improbabile in vero, in cui le parti *ex abrupto* demandino agli arbitri di decidere secondo diritto anziché in via equitativa. In questo caso, escluso in ogni caso la necessità del consenso degli arbitri, costoro potrebbero scegliere se conformarvisi o rinunciare al mandato per giusta causa.

Si potrebbe tuttavia replicare che, a tutto voler concedere, nel caso di specie vi sarebbero due motivi ostativi all'applicazione della disciplina “civilistica”. *In primis* si potrebbe argomentare che la facoltà delle parti di modificare il contenuto del mandato sussista, sì, ma nel caso specifico, solo fino all'inizio del giudizio arbitrale. *In secundis* che a pensar diversamente ci si porrebbe in contrasto con il principio generale che attribuisce la direzione del procedimento agli arbitri.

Sul primo punto si è già notato come, per i motivi di cui sopra, il potere delle parti non è limitato nel tempo dall'inizio del giudizio arbitrale. Sul secondo punto si condivide quanto detto oltremania circa l'inopportunità di concedere “*al tribunale arbitrale l'ultima parola sulle questioni processuali*”²³⁶. Una simile soluzione “*violerebbe il principio basilare dell'autonomia delle parti, ignorerebbe inoltre il fatto che le parti*

²³⁵ SANTAGATA C., *Del mandato, ibidem*, parafrasa LUMINOSO A., *Il mandato*, op. cit., p 499 e ss.

²³⁶ Traduzione da HUNTER M., *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act*, in *Arbitration International*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 346, 347.

*possono, d'accordo in ogni fase, licenziare il tribunale arbitrale e cominciare un nuovo arbitrato – ovvero risolvere la loro controversia in un modo totalmente diverso (...)*²³⁷.

In conclusione si ritiene che le parti possano modificare le regole del procedimento arbitrale anche successivamente all'inizio del giudizio. Ciò anche senza il consenso degli arbitri. Questi ultimi potrebbero legittimamente rinunciare al mandato qualora le modifiche apportate dalle parti mutassero il contenuto della loro prestazione rendendone più gravoso l'adempimento ovvero avessero un interesse giuridicamente apprezzabile ad applicare il precedente regolamento. Ulteriore conseguenza di quanto detto è che il potere regolamentare degli arbitri sorge in via ulteriormente subordinata. Ovvero, non solo qualora le parti non abbiano previsto alcunché circa lo svolgimento del procedimento, bensì solo nel caso in cui le parti continuino a non dire alcunché circa lo svolgimento del procedimento.

Dovessero realizzarsi dette condizioni, gli arbitri potrebbero esercitare il loro potere regolamentare “*nel modo che ritengono più opportuno*” e attuando in ogni caso il principio del contraddittorio. Per tale via si è detto che sarebbe opportuno che gli arbitri, “*per politesse*”, fissino le regole *ex ante* – “*nella prima udienza o giù di lì*”²³⁸. Sarebbe invece inopportuno disporre *motu proprio* l'applicazione rispetto all'arbitrato delle regole del processo ordinario di cognizione²³⁹.

²³⁷ HUNTER M., *ibidem*; similmente PARTASIDES C., *Sections 33 and 34 of the English Arbitration Act 1996: a Potential Conflict*, in Arb. Int., 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 418, ivi riferimenti al Departmental Advisory Opinion on Arbitration Law; così anche UNCITRAL Model Law, Art. 19(1), *Fifth Working Group*, A/CN.9/246, § 63, in HOLTZMAN H., NEUHAUS J., *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1995, p. 556, 557. *Amplius* PRYLES M.C., *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, in Journal of International Arbitration, 2007, Vol. 24, fasc. 3, p. 330 e ss. ove si riportano anche le tesi avverse.

²³⁸ BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, op. cit., p. 689, 690.

²³⁹ Cfr. FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665.

7.2. LA MODIFICAZIONE DEL RITO E LA POSIZIONE DELL'INTERVENIENTE

Come già visto la partecipazione del terzo al procedimento arbitrale può avere diverse forme e diversi effetti. Essenzialmente, per definire quali siano i poteri spettanti a quest'ultimo, occorre determinare se la di lui partecipazione sia necessario ovvero facoltativa. A seconda delle evenienze si è visto infatti che diverse sono le conseguenze in ordine agli atti compiuti dalle parti del procedimento. Nel caso in cui ad intervenire nel procedimento sia un terzo la cui partecipazione è eventuale, gli atti compiuti dalle parti originarie saranno validi ed efficaci. Pertanto, l'intervento del terzo, in difetto di una specifica rinegoziazione degli elementi della convenzione equivarrà a una piena accettazione di quest'ultima. Diversamente invece qualora ad intervenire sia la parte necessaria illegittimamente pretermessa questa potrà eccepire l'invalidità degli atti compiuti senza la propria partecipazione. Certo non avrebbe senso intervenire, accettare la via arbitrale, per contestare la decisione di adire... proprio la via arbitrale. Come già spiegato infatti il lodo reso *inter pauciores* non sarà opponibile al litisconsorte necessario pretermesso. L'intervento equivale quindi ad una accettazione della via arbitrale, ma nulla più. Il litisconsorte necessario pretermesso che voglia intervenire nella convenzione arbitrale può domandare di essere rimesso nella stessa posizione processuale in cui si sarebbe trovato se avesse preso parte sin dall'origine al procedimento²⁴⁰.

Ciò vale tanto nel caso in cui il litisconsorte necessario sia stato pretermesso dall'avvio del procedimento arbitrale, che nel caso in cui lo stesso risulti estraneo alla sottoscrizione della convenzione arbitrale. Per ciò che qui concerne, dove sia posizionata la causa di nullità – a monte o un po' più a valle – non cambia la sostanza del ragionamento: l'adesione al contratto del co-legittimato alla stipulazione indica irrefutabilmente l'accettazione dello stesso solo rispetto al contenuto essenziale; non rispetto alle determinazioni accessorie. In termini processuali – ma la sostanza è assolutamente la stessa – l'intervento del litisconsorte necessa-

²⁴⁰ V. *supra* § 2.3.

rio sana la nullità del procedimento arbitrale rispetto alla invalida formulazione della volontà compromissoria; non rispetto a tutte quelle determinazioni circa le modalità di svolgimento del procedimento.

Potrebbe tuttavia avvenire che la convenzione tralasci la disciplina del rito. Quindi che due delle più parti che hanno sottoscritto la convenzione iniziano un procedimento e integrino successivamente il vuoto disciplinare. Ci si domanda allora se tale successiva integrazione sia opponibile anche alle parti della convenzione arbitrale che, pretermesse dall'avvio del procedimento, non abbiano avuto voce in capitolo.

La soluzione è agevole rispetto al litisconsorte necessario. La *ratio* è sempre la stessa. L'azione non poteva essere iniziata senza la sua partecipazione, quindi qualunque modificazione o integrazione apportata senza il suo consenso è invalida. È invece diverso il caso del litisconsorte eventuale. Sopra si è visto che, coll'intervento nella convenzione, il terzo parte eventuale ne accetta tutto il contenuto: sia quello necessario che quello eventuale. Ebbene, *quid iuris* quando invece egli sia già parte della convenzione? La differenza sta in ciò che se la parte eventuale ha già sottoscritto la convenzione, costui interviene solamente nel procedimento costituendosi innanzi agli arbitri. Se così è bisogna verificare se quegli adattamenti, ulteriori rispetto a quanto contenuto nella convenzione arbitrale, gli siano opponibili. In altre parole se la costituzione innanzi agli arbitri, al pari dell'intervento nella convenzione, valga accettazione delle modificazioni *medio tempore* apportata dalle altre parti.

Se il terzo, parte della convenzione arbitrale, è un litisconsorte eventuale significa che l'azione può – e non deve – essere proposta anche nei confronti di lui. Pertanto, intervenendo in giudizio, all'azione ivi esercitata, se ne cumula un'altra ulteriore. Ebbene, il cumulo oggettivo non determina l'unificazione delle azioni²⁴¹. Il *proprium* della convenzione arbitrale avente ad oggetto due diritti autonomi e incompatibili è quello di consentire che le relative azioni vengano proposte o cumulate innanzi al medesimo collegio arbitrale. Ciò però non comporta alcuna confusione dei diritti dedotti nella convenzione. Sicché, se in virtù di una convenzione arbitrale taluno è legittimato a cumulare la propria azione a quella pro-

²⁴¹ Per tutti v. MENCHINI S., *Il processo litisconsortile*, op. cit., *passim*.

posta innanzi agli arbitri, ciò non significa che egli ne divenga parte. Non essendo l'interveniente parte dell'azione alla quale cumula la propria domanda egli non ne può sindacare le modalità di esercizio. Posta quindi l'autonomia delle controversie dedotte nella convenzione e delle azioni che ne derivano, ci si deve domandare quale sia il senso della determinazione delle regole di rito in un simile contesto. In particolare se per mezzo di essa le parti si obblighino, le une nei confronti delle altre, ad adottare un determinato procedimento.

Si ponga il caso in cui la convenzione arbitrale preveda che tutte le controversie tra tre soggetti aventi ad oggetto un determinato bene della vita siano deferite ad un collegio arbitrale che decide secondo un certo regolamento precostituito. Si ipotizzi inoltre che due dei compromittenti instaurino un procedimento per il quale prevedano l'applicazione di altre regole di rito. Ad esempio, la convenzione prevedeva un arbitrato secondo un regolamento precostituito, due delle tre parti successivamente instaurano un procedimento arbitrale *ad hoc*.

Ci si deve interrogare sul senso dell'originaria pattuizione di applicare un determinato regolamento precostituito. Si deve cioè verificare se le parti della convenzione, preso atto dell'interesse comune, si siano vicendevolmente obbligate – le une nei confronti delle altre – all'instaurazione del procedimento secondo quel regolamento. Ebbene, se l'originaria scelta di un determinato regolamento dovesse avere i caratteri della manifestazione di volontà diretta al perseguimento di uno scopo comune, la compenetrazione tra le dichiarazioni dei paciscenti renderebbe immodificabile la selezione effettuata²⁴². In altre parole, se vi fosse un interesse giuridicamente apprezzabile delle parti all'applicazione di un determinato regolamento, si configurerebbe un contratto con comunione di scopo. Come tale, tutte le parti sarebbero obbligate le une nei confronti delle altre ad applicare il regolamento originariamente prescelto. Se così fosse, le parti del procedimento instaurato in difformità rispetto a quanto ivi stabilito non potrebbero opporre la successiva modifica del rito al terzo interveniente parte della convenzione arbitrale che non vi abbia acconsentito.

²⁴² La questione pertiene più propriamente il diritto civile. Cfr. sul punto MESSINEO F., *Contratto plurilaterale*, in Enc. Dir., Giuffrè, Vol. X, 1962, § 8 lett. g).

Alla luce di quanto esposto ne discende quindi che la soluzione al quesito sulla possibilità del litisconsorte eventuale di vincolare le parti della convenzione al rispetto di quanto ivi prescritto dipende da un'indagine empirica. Si deve cioè guardare al caso concreto, alla funzione di volta in volta svolta dalla scelta di un determinato rito arbitrale a seconda delle caratteristiche della singola fattispecie. Solo così si potrà determinare se nella convenzione arbitrale, tra le dichiarazioni dei paciscenti, vi sia una comunione di scopo.

Si tratta quindi, in tutta evidenza, di una operazione di interpretazione della volontà delle parti. Come tale la disciplina applicabile è sicuramente quella di cui agli articoli 1362 c.c. e ss. Tuttavia per la peculiarità della convenzione arbitrale rispetto agli altri contratti, per indagare la volontà delle parti, occorre specificare quello che potrebbe costituire l'oggetto della loro rappresentazione: la pronosticabile struttura della lite.

Si ipotizzi che sin dalla stipulazione della convenzione apparisse con tutta probabilità che l'eventuale controversia, ove mai sorta, avrebbe avuto i caratteri della lite stellare. In un simile contesto sarà altresì probabile che le parti si siano volute vincolare le une nei confronti delle altre. Si pensi ora all'eventualità opposta: vale a dire in casi in cui *a priori* la controversia sia tale da dare vita ad litisconsorzio semplice – cumulo di azioni. In tali casi, sin dalla stipulazione le parti della convenzione sarebbero in grado con relativa certezza di individuare il futuro possibile contraddittore. Ebbene, in questo caso sarebbe possibile sostenere che la scelta di un rito piuttosto che un altro abbia valenza solamente nei confronti della controparte. Pertanto, se ne dedurrebbe la probabilità che non vi sia nessuno scopo comune né alcuna considerazione per l'interesse reciproco all'adozione di un rito uniforme per tutte le azioni. Se così fosse, l'interveniente pur essendo parte della convenzione non avrebbe modo di vincolare gli altri sottoscrittori della convenzione all'osservanza di quando ivi disposto. Il terzo potrebbe cioè cumulare la propria azione a quella proposta in via arbitrale, ma non potrebbe in alcun modo sindacarne le modalità di svolgimento. Per converso, da un punto di vista speculare, le parti del procedimento incardinato senza la partecipazione di detto terzo potrebbero opporgli le modifiche del rito apportate *medio tempore*. Così facendo, inoltre, non potrebbe dirsi che le parti del rapporto principale abbiano disposto delle sorti della azione cumulata senza esserne legittimate. Se per avventura la modifica delle modalità di esercizio di

un'azione dovesse ripercuotersi sull'altra, ciò non sarebbe in alcun modo un atto dispositivo della seconda. Vi sarebbe sì una ripercussione dell'una sull'altra, ma ciò dipenderebbe dalla conformazione dei rapporti sostanziali sottesi alle due azioni. Se il processo ordinario di cognizione tra proprietario e conduttore si estinguesse per rinuncia agli atti, per effetto si estinguerebbe anche la causa tra sub-conduttore e locatore²⁴³. Di certo però non potrà dirsi che locatore e conduttore abbiano disposto illegittimamente del rapporto processuale del sub-conduttore. *Mutatis mutandis* lo stesso discorso vale anche per la definizione delle regole del rito arbitrale. Se le parti dell'azione principale dispongono delle forme del procedimento arbitrale, dovendo l'azione cumulata «sovrapporsi» alla prima, è naturale che quest'ultima vi si debba conformare.

Sin qui si è posta l'eventualità che l'interveniente fosse parte della convenzione ma rimanesse estraneo al procedimento. *Quid iuris* invece nel caso in cui il procedimento fosse sorto *ab origine* plurilaterale ma una delle parti vi fosse rimasta «contumace»; come interpretarne il silenzio o l'inerzia?

Si immagini il caso di tre soggetti legati dalla medesima convenzione arbitrale. L'attore notifica regolarmente due domande di arbitrato ai convenuti. Uno tra essi si costituisce nel procedimento, l'altro invece rimane inerte. L'attore e il convenuto costituito decidono concordemente di mutare il rito secondo la loro convenienza. Il quesito che si pone è se tale modifica sia opponibile anche al convenuto inerte. Giova innanzi tutto capire se si tratta di mera inerzia o se sia possibile parlare di contumacia e quali siano gli effetti che ne conseguono.

Prima di fare ciò occorre tuttavia valutare se anche nell'arbitrato si abbia una disciplina della contumacia.

²⁴³ Cass. Sez. Lav., Sent. 04/07/1994 n. 6309; Cass., Ord. 04/09/1982 n. 682; Cass., Sent. 30/11/1966 n. 2814; VACCARELLA R., *Rinuncia agli atti del giudizio*, in Enc. Dir., Vol. XL, 1989, § 4; LUISSO F.P., *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. II, op. cit., p. 257; MONTANARI M., sub *art. 306 c.p.c.*, in *Codice di Procedura Civile*, a cura di CONSOLO C., CEDAM, 2013, Vol. II, p. 313; *contra* FABBRINI G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo dipendente*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 271.

È sostanzialmente incontrovertito che nell'arbitrato non vi sia una contumacia in senso tecnico²⁴⁴. Ciò perché nell'arbitrato non vi sarebbero termini perentori entro i quali costituirsi. Indipendentemente da ciò anche nell'arbitrato il convenuto può manifestare una forma di “*diserzione unilaterale*” e rifiutarsi di compiere attività quale parte costituita²⁴⁵. Inoltre, si pone sempre la necessità di garantire il rispetto del principio del contraddittorio nonché di evitare le conseguenze di una *facta confessio*. Pertanto si ritiene di applicare all'arbitrato la disciplina di cui all'art. 292 c.p.c. e seguenti nei limiti strettamente necessari ai predetti fini²⁴⁶. Nell'arbitrato si ha quindi una quasi-contumacia. Pertanto si potrebbe argomentare che, dovendosi notificare il provvedimento che dispone il mutamento del rito – arg. ex art. 426 c.p.c. e sent. C. Cost. 14/01/1977 n. 14 – anche nell'arbitrato, *mutatis mutandis*, si dovrebbe notificare l'atto con il quale le parti modificano il procedimento arbitrale.

In realtà un simile ragionamento sarebbe assolutamente fallace. La Corte Costituzionale con la citata sentenza ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 426 c.p.c. come modificato dalla Legge 533/1973 art. 1 in combinato disposto con l'art. 20 della medesima legge “*nella parte in cui – con riguardo alle cause pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge – non è prevista la comunicazione anche alla parte contumace dell'ordinanza che fissa l'udienza di discussione ed il termine perentorio per l'integrazione degli atti*”. La ragione della cennata declaratoria di nullità risiede nel fatto che la mancata notificazione dell'ordinanza che fissa l'udienza di discussione ed il termine per l'integrazione difensiva, concerne il compimento di atti la cui omissione comporta un pregiudizio. Nel caso del mutamento del rito arbitrale è tutto da verificare che dalla mancata comunicazione dell'atto con il quale le parti mutano le regole del pro-

²⁴⁴ Pacifico in dottrina e giurisprudenza: vedi SALVANESCHI L., sub *Art. 816* quater, op. cit., p. 1284; SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, p. 447; TRISORIO LIUZZI G., *ibidem*; IANNI G., sub *art. 292 c.p.c.*, op. cit., p. 1738; NELA P.L., *L'inesistenza della convenzione arbitrale dopo la riforma*, in Riv. trim. dir. proc., 2008, fasc. 3, p. 989; vedi anche Cass. Sez. I, 29/01/1999 n. 787; Cass. Sez. I, 2/09/1998 n. 8697; Cass. Sez. I, 11/07/1992 n. 8469.

²⁴⁵ Il virgolettato è di MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 2001, p. 1497.

²⁴⁶ Così in particolare TRISORIO LIUZZI G., *ibidem*; NELA P.L., *ibidem*; SCHIZZEROTTO G., *ibidem*, p. 449.

cedimento arbitrale possa derivare il mancato rispetto di un termine perentorio. Purtroppo se ne potrebbe trarre uno spunto per affermare che il mutamento del rito andrebbe notificato laddove da ciò possa derivare una lesione del diritto di difesa del contumace. Ma è qui che il nodo viene al pettine. L'unica via per affermare che dalla modifica delle regole del procedimento arbitrale possa derivare un pregiudizio al diritto di difesa del contumace è ritenere che tale modifica sia efficace nei di lui confronti. Ebbene, per fare ciò si deve prima capire se la modifica sia validamente apportata pur senza il contributo del contumace. Difatti, essendo costui una parte della convenzione arbitrale, a stretto rigore si dovrebbe ritenere che nessuna modifica possa essere apportata senza il suo consenso. Ma ciò non potrebbe avvenire perché il contumace, disertando il processo, non dice né sì né no. Egli rimane semplicemente in silenzio e, come noto, questo non vale né accettazione né rifiuto.

In vero pare che l'atto di mutamento del rito vada sì notificato, ma non al fine di garantire il diritto di difesa del contumace, bensì proprio perché il mutamento sia efficace anche nei di lui confronti. In altre parole sarebbe proprio la notifica dell'atto di mutamento del rito a rendere efficace la modifica anche nei confronti del contumace. In questo modo infatti il suo silenzio smetterebbe di essere «non ulteriormente qualificato»; da semplice silenzio diverrebbe silenzio qualificato. Se le parti costituite notificassero al contumace un atto con il quale lo rendessero edotto dell'intenzione di modificare il rito e, al contempo, lo avvisassero che in mancanza di opposizioni si procederà alla modifica, il silenzio smetterebbe di essere neutro. La mancanza di opposizioni, posto che queste non richiedono che ci si costituisca innanzi agli arbitri²⁴⁷, potrà infatti ben essere interpretata come tacito assenso. Così avviene infatti quando “*l'oblato (...) alla stregua delle regole della correttezza ha il dovere di parlare e se ne astiene*”²⁴⁸. Ciò è esattamente quello che avviene al contumace che es-

²⁴⁷ Cfr. *mutatis mutandis* MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, *ibidem*, per i quali è possibile prestare il giuramento decisorio senza costituirsi in giudizio.

²⁴⁸ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Ed. Sc. It., Napoli, 2011, p. 843; ivi rif. a Cass. Sez. II, 04/12/2007 n. 25290; Cass. Sez. II, 14/06/1997 n. 5363. Si veda anche tra le altre Cass. Sez. II, 16/03/2007 n. 6162; Cass. Sez. III, 20/02/2004 n. 3403; SCARDIGNO M.S., *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*, nota a Cass. Sez. II, 14/06/1997 n. 5363, in *Guir. It.*, 1998, I, p. 1117.

sendo parte della convenzione d'arbitrato, benché non sia ovviamente obbligato a partecipare al giudizio, è comunque tenuto a eseguirla secondo buona fede – pertanto a rispondere alle proposte di modifica del procedimento arbitrale.

In estrema sintesi si afferma quindi che non è possibile apportare alcuna modificazione al contenuto eventuale della convenzione senza la partecipazione del litisconsorte necessario. Per converso, invece ciò è possibile qualora la partecipazione al procedimento del terzo, estraneo alla convenzione, sia eventuale. Qualora invece il litisconsorte eventuale sia parte della convenzione bisogna guardare al caso concreto: ovvero, alla volontà delle parti e alla valenza della modifica apportata. La notificazione della volontà di mutare le regole del procedimento invece impone al contumace di prendere posizione; in mancanza il silenzio «qualificato» varrà come accettazione.

7.3. LA MODIFICAZIONE DEL RITO E LA POSIZIONE DELLE PARTI ORIGINARIE

Mutata la prospettiva, va ora considerata la posizione delle parti originarie della convenzione arbitrale. In particolare va riguardato il loro interesse affinché il procedimento arbitrale, vista la complicazione soggettiva, prosegua in un determinato modo piuttosto che in un altro. Si nota infatti che, nel caso di un sopraggiunto mutamento delle parti del procedimento arbitrale, gli originari stipulanti potrebbero trovarsi in una posizione di svantaggio.

Nei casi di intervento principale e adesivo autonomo, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, le parti originarie devono prestare il loro consenso affinché il procedimento divenga plurilaterale. Di tal guisa il loro interesse affinché si applichi una determinata regolamentazione è del tutto salvaguardato. Difatti, dato un regolamento in rito, qualora le parti non vogliano che il procedimento si trasformi in plurilaterale, esse non presteranno il loro consenso all'intervento, ovvero presteranno il consenso all'intervento subordinatamente alla modifica della convenzione.

La situazione è invece ben diversa nei casi di intervento ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. Qui le parti originarie del procedimento arbitrale subiscono l'intervento. La norma in questione pone in-

fatti una presunzione assoluta di consenso all'intervento del litisconsorte necessario e quello *ad adiuvandum*²⁴⁹. La norma tuttavia tace sulle modalità con cui trasformare un procedimento nato bilaterale in litisconsortile. Sopra si è trattato infatti dell'interesse delle parti originarie a mutare la nomina dell'arbitro in conseguenza del cambiamento della compagine soggettiva dei litiganti. Nel paragrafo che segue si affronta invece il problema del mutamento delle regole di rito ad iniziativa delle parti originarie a seguito dell'intervento del litisconsorte necessario.

A questo proposito si è già detto che, qualora il litisconsorte necessario non aderisca alla scelta effettuata dalle parti in ordine ad un elemento accessorio della convenzione, rispetto a questa si applica il regime *de residuo* di cui al codice. Quindi se le parti avessero ad esempio stabilito un termine per la pronuncia del lodo pari a centottanta giorni, se il litisconsorte necessario dovesse eccepire l'illegittimità di detta disposizione si applicherebbe il termine di duecentoquaranta giorni di cui all'art. 820 c.p.c. Per inciso vale notare come, alla luce di quanto sopra²⁵⁰, si ritenga che anche il termine di pronuncia del lodo possa essere abbreviato a seguito dell'intervento del litisconsorte necessario. Così ad esempio se il termine originario dovesse essere di trecentosessanta giorni, dovesse ostare il dissenso del litisconsorte necessario, si applicherà il termine di duecentoquaranta giorni. Residua chiaramente per gli arbitri la facoltà di rinunciare all'incarico per giustificato motivo.

Si è anche già detto che senza il consenso del litisconsorte necessario le parti originarie non possono validamente mutare i termini della convenzione. È quindi escluso che queste prestino un consenso condizionato all'intervento. A maggior ragione quindi le parti originarie subiscono l'intervento del litisconsorte necessario.

Vi è allora la possibilità che due parti compromettano una controversia sul presupposto della bilateralità di questa, in vista di ciò dispongano una determinata disciplina, ma vedano il loro accordo «frustrato» dall'intervento del litisconsorte necessario. Un'esemplificazione aiuterà a

²⁴⁹ *Amplius supra* nota n. 55.

²⁵⁰ Per “*anteriore all'accettazione degli arbitri*” – art. 820 c.p.c. – valgono quindi le stesse considerazioni che per l'inciso “*purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale*” – art. 816 *bis* c.p.c. Cfr. *supra* p. 89.

trovare la soluzione più adatta per contemperare la genuinità della volontà delle parti di adire la via arbitrale e la procedibilità della stessa.

Si ponga il caso del litisconsorte necessario che voglia intervenire ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. in un procedimento amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi successivamente alla nomina degli arbitri o, addirittura, dopo l'invio dell'atto di missione. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, il regolamento arbitrale ciò non lo consente²⁵¹. Tuttavia, stante la preminenza della norma di legge sul regolamento in questione, non pare possano esservi dubbi sulla legittimazione all'intervento del litisconsorte necessario. Pertanto, se costui pretendesse di intervenire nel procedimento nessun ostacolo gli deriverebbe dall'applicazione di un qualsivoglia regolamento arbitrale. Posta quindi la legittimazione ad intervenire la questione è cosa ne è del procedimento. Le parti originarie hanno voluto seguire un determinato rito, quest'ultimo tuttavia non consente la celebrazione del giudizio nei confronti del litisconsorte necessario. Tuttavia, ai sensi della norma di legge l'arbitrato non potrebbe svolgersi se non nei confronti del litisconsorte necessario. È presumibile pertanto che posta l'impossibilità di applicare il regolamento precostituito da parte dell'Istituzione arbitrale, quest'ultima si rifiuti di amministrare l'arbitrato. Le soluzioni immaginabili allora sono due: in applicazione dell'art. 832 c.p.c. comma 6° il procedimento prosegue ai sensi degli artt. 806 e ss. c.p.c.; ovvero l'arbitrato diviene improcedibile.

Per discernere tra le due soluzioni ipotizzate occorre quindi verificare se sia possibile applicare la disposizione dell'art. 832 comma 6° c.p.c.

La norma viene generalmente letta assieme al comma 2° dello stesso articolo²⁵². Pertanto si afferma che qualora, in presenza di modifiche pattizie al regolamento precostituito, l'Istituzione rifiuti di amministrare il procedimento, cionondimeno persiste l'efficacia dell'opzione per la via arbitrale. Nel caso di specie tuttavia non si tratterebbe di modifiche pat-

²⁵¹ Cfr. art. 7, art. 8, art. 9 del Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, in vigore dal 1° Gennaio 2012.

²⁵² Così AZZALI S., *sub art. 832 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010, op. cit., p. 377, § X.4.

tizie al regolamento, bensì del contrasto tra quest'ultimo e disposizioni imperative di legge. Correlativamente, il rifiuto di amministrare la controversia non deriverebbe dal mancato incontro di domanda e offerta – secondo gli schemi della proposta al pubblico ovvero della proposta a offrire²⁵³ – bensì dal contrasto tra il regolamento e disposizioni imperative.

Ciò posto però la soluzione non cambia. L'art. 832 comma 6° c.p.c. pone pur sempre un criterio ermeneutico della volontà compromissoria ispirato al *favor arbitrati*²⁵⁴. Pertanto, se la *ratio* è il *favor arbitrati*, non vi sarebbe motivo di discernere a seconda della causa del rifiuto di amministrare la controversia: la volontà delle parti di derogare al regolamento, ovvero il contrasto tra questo e le norme di legge. *A fortiori* non vi è motivo di distinguere a seconda delle cause scatenanti il rifiuto dato che l'art. 832 comma 6° c.p.c. si pone in assoluta sintonia con quanto previsto *mutati mutandis* dagli artt. 808 *quinquies* c.p.c. nonché 819 *ter* c.p.c. comma 1° ultima proposizione.

La regola rimane pur sempre la medesima: la convenzione rimane valida ed efficace nonostante il rifiuto dell'Istituzione. Tale regola tuttavia ha valenza tendenziale. Infatti “*non si può escludere, in singoli casi concreti, la dimostrazione in punto di ermeneutica negoziale (per vero difficilissima vista quella regola tendenziale) che la volontà compromissoria fosse intesa solo e esclusivamente a quell'arbitrato amministrato*”²⁵⁵.

Ebbene, se così è, la soluzione alla questione della procedibilità dell'arbitrato ICC nel quale successivamente alla costituzione del collegio arbitrale intervenga il litisconsorte necessario è duplice. Tutto dipende dall'ermeneutica negoziale. Dovesse riuscire la prova che le parti vollero quell'arbitrato amministrato – e solo quello – l'unica soluzione è

²⁵³ *Amplius* AZZALI S., *sub art. 832 c.p.c.*, op. ult. cit., p. 377 § XI.4; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., Vol. I, p. 194, 195.

²⁵⁴ Per il *favor* v. LUISE F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in Riv. arb., 2007, fasc. 3, p. 356; CAPONI R., *sub art. 832 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, op. cit., p. 1425; BIAVATI P., *sub art. 832 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 873; vedi anche BRIGUGLIO A., *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in Riv. arb., 2005, fasc. 4, p. 698.

²⁵⁵ BRIGUGLIO A., *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in Riv. arb., 2005, fasc. 4, p. 698; cfr. CAPONI R., *ibidem*; BIAVATI P., *ibidem*.

l'improcedibilità dell'arbitrato. Nel caso opposto troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 806 e ss. c.p.c.

La soluzione sopra esposta benché tragga origine da un caso specifico, seppure ipotetico,²⁵⁶ può essere d'ispirazione per una regola a carattere generale. Così si può affermare che quando il rito subisce delle modifiche contro la volontà delle parti, se da ciò deriva il venir meno del consenso alla via arbitrale, il giudizio diviene improcedibile. Il passaggio da un arbitrato amministrato ad uno *ad hoc* è senza dubbio una delle possibili modifiche «preterintenzionali» del rito, probabilmente anche la più rilevante, ma non l'unica. Parimenti, si può pensare all'esempio sopra accennato del termine per rendere il lodo. Le parti potrebbero avere un particolare interesse affinché il lodo venga emesso prima di una certa data e a tal fine fissare un termine inferiore ai duecentoquaranta giorni di cui all'art. 820 c.p.c. Tuttavia, potrebbe altresì accadere che successivamente all'intervento del litisconsorte necessario, caducata la disposizione pattizia assunta senza il di lui consenso, trovi applicazione la disciplina *de residuo* di cui all'art. 820 c.p.c. Ebbene, venuto meno il motivo fondante del consenso delle parti all'arbitrato, non resta che l'improcedibilità del giudizio. Parallelamente, lo stesso vale anche per la modifica delle composizione del collegio in seguito all'intervento del terzo. Ebbene, potrebbe darsi che a venir meno sia il presidente del collegio arbitrale o l'arbitro unico scelto dalle parti in quanto dotato di determinate qualifiche o in ragione della pattuita limitazione degli onorari. Venuta meno la ragione della scelta della via arbitrale, nuovamente, l'unica soluzione è l'improcedibilità dell'arbitrato.

²⁵⁶ Non si rinviene alcuna fonte; né a sostegno né a discarico.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Prima di esporre alcune personali osservazioni conclusive è possibile ricapitolare i punti focali del lavoro che ci si accinge a terminare.

Riguardo all'intervento principale e litisconsortile si è visto che l'accordo delle parti è richiesto solamente qualora l'interveniente non sia già parte della convenzione di arbitrato. In caso contrario, non dovendosi estendere i limiti soggettivi della convenzione, non può essere richiesto alcun accordo delle parti. Esse avrebbero già acconsentito alla lite plurilaterale stipulando una convenzione con un pluralità di parti. Similmente, essendo l'intervento del terzo ammissibile ogniqualvolta egli sia parte della convenzione, il consenso degli arbitri non ne condiziona l'esperibilità. Tuttalpiù, in mancanza del consenso, gli arbitri potrebbero eventualmente rinunciare al mandato. Ciò però nella sola ipotesi in cui, per effetto dell'intervento del terzo, sia mutato l'oggetto del mandato loro conferito. Si esclude quindi che gli arbitri possano legittimamente rifiutare l'incarico qualora intervenga il terzo, estraneo al procedimento, ma parte della convenzione. Alla stessa conclusione si giunge rispetto alle ipotesi di intervento che non allarghino il *thema decidendum*. È invece necessario riconoscere agli arbitri la facoltà di rinunciare all'incarico quando per effetto dell'esperito intervento egli possa lamentare un *vulnus* alla propria terzietà e imparzialità.

Circa l'intervento del litisconsorte necessario e quello adesivo dipendente si è osservato che l'art. 816 *quinquies* c.p.c. non lede il fondamento consensuale dell'istituto arbitrale. Come efficacemente spiegato da una parte della dottrina, per effetto di detto articolo, il consenso delle parti alla via arbitrale viene ipostatizzato in chiave oggettiva. Ovvero, si presume *iuris et de iure* che, in tanto le parti abbiano voluto devolvere la lite agli arbitri, in quanto tutti i legittimati al giudizio vi prendessero parte. Sicché l'intervento di un legittimato necessario illegittimamente trascurato risulta sempre sorretto dalla volontà delle parti. Si è visto però che un conto è il consenso all'intervento, un altro è la prosecuzione della lite. La legge prevede che le parti acconsentano all'intervento e pertanto che il giudizio arbitrale sia procedibile; nulla dice in verità sul *come* sia procedibile. Per definire questo punto si è visto come sia necessario rimettere in termini il litisconsorte necessario illegittimamente pretermesso. In chiusura del capitolo, si è visto che le parti, al fine di adattare il procedi-

mento all'intervenuto mutamento, possono invocare lo scioglimento del rapporto con gli arbitri. Due sono le vie per giungere a questo risultato: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta; lo scioglimento dell'intero collegio su concorde volontà delle parti.

Diverse invece le questioni riguardanti la chiamata in arbitrato del terzo. Si è trattato di decidere se il terzo fosse in qualche modo vincolato dalla chiamata in arbitrato. Ciò non solo nel caso in cui egli non avesse sottoscritto alcuna convenzione arbitrale, bensì anche nell'ipotesi contraria. Si è visto infatti come, benché parte della convenzione arbitrale, il terzo possa esimersi dall'ingresso nel procedimento qualora le modalità di costituzione del collegio non ne garantiscano a priori l'equidistanza.

Studiando le modalità di realizzazione del litisconsorzio si è visto che, per effetto del mutamento delle parti, alcuno degli arbitri sarebbe potuto venir meno. In questo caso occorrere procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno secondo quanto previsto dall'art. 811 c.p.c. – eventualmente anche ricorrendo alla designazione giudiziale. Difatti, come visto nel testo, il meccanismo di nomina giudiziale dell'arbitro pare compatibile con il disposto dell'art. 816 *quater* c.p.c. Inoltre, come estrema *ratio*, le parti potrebbero sciogliere il collegio in carica e procedere alla nomina *ex novo*; se del caso anche ai sensi dell'art. 810 c.p.c.

Si è poi volta l'attenzione alle modalità concrete di realizzazione del litisconsorzio; ovvero alle modalità con cui modificare l'originaria convenzione arbitrale. Trattando di questo argomento si è affermato che da un punto di vista pratico, ai fini della modifica della convenzione arbitrale, una eventuale diversità tra il regime formale della clausola compromissoria e del compromesso avrebbe scarsa rilevanza. Una delle ragioni di questo sostanziale appiattimento tra i requisiti formali richiesti per il compromesso e quelli per la clausola compromissoria risiede nella novella apportata all'art. 817 c.p.c.

Infine si è volta l'attenzione alla possibilità di modificare il rito in ragione del mutamento dello stato di fatto presupposto di una certa disciplina procedimentale. Si è così affermato che il potere di mutare le regole del procedimento spetta alle parti, anche una volta che il giudizio arbitrale abbia avuto inizio. Rimane per gli arbitri la facoltà di rinunciare al mandato qualora, per effetto del mutamento, l'adempimento del mandato risulti più complesso.

Esaurita questa breve rassegna delle conclusioni esposte nel corpo della tesi, prima di prendere commiato, si cercherà di esporre alcune brevi considerazioni personali.

In buona sostanza nel presente lavoro, come si ha avuto modo di vedere sin dall'introduzione, i temi di indagine sono stati due. Da un lato si è cercato di analizzare l'intervento e la chiamata del terzo in sé stessi; dall'altro le ricadute di queste sul procedimento. Nel primo senso, lo studio dell'intervento e della chiamata ha riguardato tematiche prevalentemente processuali. Tanto per citare alcuni casi: il principio di paritaria partecipazione delle parti nella composizione del collegio; la possibilità di ricorrere alla designazione giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile; la possibilità di ricusare gli arbitri. Nel secondo senso, lo studio delle ricadute del mutamento delle parti nel procedimento arbitrale ha riguardato tematiche con una valenza diversa – più sostanziale che processuale. Così, quando si è trattato di valutare l'effetto della eventuale impossibilità di procedere alla ricomposizione del collegio, la soluzione della netta improcedibilità è sembrata troppo *tranchant*. Non perché ciò non fosse l'esito sperato, bensì perché pareva mancasse un passaggio. Si è pensato che fosse prima necessario vedere, non l'effetto sul procedimento arbitrale, bensì le conseguenze prodotte dal venir meno di un arbitro sui contratti stipulati tra le parti e gli altri arbitri. Ebbene, procedendo in questo genere di studi, le tematiche che si sono poste erano prevalentemente contrattuali.

Accanto a questi temi ve ne sono altri per così dire “*ibridi*”. Si pensi alla facoltà delle parti di definire le regole del procedimento; alla questione se le parti dovessero adempiere alle obbligazioni sorgenti dalla convenzione arbitrale in buona fede. Orbene, le obbligazioni che derivano dalla convenzione di certo hanno una valenza processuale; il fatto che queste vadano adempiute in buona fede è però un elemento anomalo. Come se il convenuto innanzi al giudice statale dovesse in buona fede costituirsi in giudizio almeno venti giorni prima. La stessa facoltà delle parti di dettare le regole di rito ha chiaramente una valenza processuale. Le regole che le parti potranno dettare sono quelle che conducono alla emanazione del lodo; alla decisione della controversia. Eppure, la facoltà di disciplinare l'iter del giudizio, ha una valenza negoziale. La disciplina del procedimento sarà infatti il risultato dell'incontro della volontà delle parti. Se quanto detto è corretto, per quanto non si possa essere schierati a

favore di una concezione negoziale dell'arbitrato piuttosto che una visione processualistica, i due piani – quello processuale e quello contrattuale – si confondono e si amalgamano. Tanto per esemplificare: si è cercato di capire se fosse valido l'intervento del terzo che risultasse dal verbale d'udienza sottoscritto dal difensore e si è dovuti andare a vedere la forma dell'atto *ad substantiam*. Gli esempi potrebbero aumentare, ciò che qui conta è esporre il seguente principio. Si ha l'impressione che parlando dell'arbitrato, sceverare tra contratto e processo, abbia poco senso. Ognuna delle alternative offrirebbe una visione limitata dell'arbitrato. Così è innegabile che l'arbitrato nasca da un contratto. È però altrettanto innegabile che esso proceda verso l'emanazione di un lodo che, entro certi più o meno ampi limiti, può essere paragonato ad una sentenza. Se così è, si può azzardare un giudizio sulla natura dell'arbitro. Esso è negoziale e, al contempo, processuale. Le due cose non si negano a vicenda. Anzi, si può cogliere la peculiarità dell'arbitrato solamente contemplando entrambi i profili – non negando l'uno a vantaggio dell'altro.

Ciò posto si vuole terminare ribadendo la cautela con la quale si era cominciata la stesura del presente lavoro: per la peculiarità dei temi affrontati si è consci di essersi mossi su un terreno impervio, poco dissodato – come disse un illustre studioso. Il discorso impostato quindi non può che valere come ipotesi, tuttavia da qualche parte si doveva pur iniziare.

«L'inizio consiste nel riconoscimento dei nessi. Ci si renderà conto sempre più chiaramente che non esistono problemi 'speciali' che possano essere riconosciuti o risolti isolatamente, poiché in definitiva tutte le cose sono connesse e dipendono l'una dall'altra»

KANDINSKY W., *Und. Einiges über synthetische Kunst*, in *Essays über Kunst und Künstler*, BILL M., Bern, 1955, p. 107

BIBLIOGRAFIA

ATTERITANO A., *L'esperienza del forum prorogatum negli arbitrati in Italia e all'estero*, in Riv. arb., fasc. 2, 2008;

ATTERITANO A., *sub art. 807 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., CEDAM, Padova, 2009;

AZZALI S., *sub art. 832 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

BALENA G., *Intervento iussu iudicis e principio della domanda*, in Riv. dir. civ., 1997, fasc. 2;

BARBIERI G., BELLA E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, CEDAM, Padova, 2007;

BERGAMINI L., *sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., CEDAM, Padova, 2009;

BIANCA C.M., *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 2012;

BIAVATI P., *sub art. 832 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

BOCCAGNA S., *sub art. 817*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

BOSSI A., *La prassi dell'arbitrato rituale*, Giappichelli, Torino, 2012;

BOVE M., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione arbitrale rituale*, in *Giusto processo*, 2006, fasc. 2;

BOVE M., CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, CEDAM, Padova, 2006;

BOVE M., *La giustizia privata*, CEDAM, Padova, 2009;

BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina degli arbitri*, Rivista di diritto processuale, 2012, fasc. 6;

BRIGUGLIO A., *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in Riv. arb., 2005;

- BRIGUGLIO A., *La sostituzione dell'arbitro*, in Riv. Arb, 1993, fasc. 1;
- BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, in Riv. arb., 2013, fasc. 4;
- CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in Foro It., 2005, Vol. 2, fasc. 1;
- CAPONI R., sub *art. 832 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di MENCHINI S., CEDAM, Padova, 2010;
- CARNACINI T., *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, Vol. I, tomo II, UTET, Torino 1958;
- CECHELLA C., *Contratto d'arbitrato*, in *L'Arbitrato*, a cura di CECHELLA C., UTET, Torino, 2005;
- CECHELLA C., *Disciplina del processo dell'arbitrato*, in Riv. Arb., 1995, fasc. 2;
- CECHELLA C., *Le regole dettate dall'autonomia dei terzi*, in *L'arbitrato* a cura di CECHELLA C., UTET, Torino, 2005;
- CECHELLA C., sub *artt. 809 – 813*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura CIAN G., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., 2007, fasc. 6;
- CODOVILLA E., *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, UTET, 1915;
- COLESANTI V., *Colleganza accademica e ricusazione di arbitro*, in Riv. dir. proc., 2011, fasc. 4;
- COMOGLIO L.P., *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in Riv. Arb., 2003, fasc. 3;
- CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 6;
- CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, in Rivista di diritto processuale, 2012, fasc. 4;
- CORSINI F., *Considerazioni critiche sull'estinzione della clausola compromissoria rituale a seguito dell'inosservanza del termine per pronunciare il lodo*, in Riv. arb., 2002, fasc. 2;

CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in Riv. dir. proc., 2013, fasc. 3;

COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli, 1979;

D'ALESSANDRO E., *Conclusione dell'accordo compromissorio mediante meri atti di nomina degli arbitri?*, in Riv. arb., 2007, fasc. 2;

DANOVI F., *Gli arbitri e la loro formazione*, in *Arbitrato, ADR Conciliazione*, (a cura di) RUBINO SAMMARTANO M., Zanichelli, Bologna, 2009;

DELLA PIETRA G., *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE G., Giappichelli, Torino, 2005;

DI FILIPPO A., *sub. art. 1103*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di RUPERTO C., SGROI R., Giuffrè, Milano, 1994, Libro IV, Tomo I, 1994;

DI PRISCO N., *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Tratt. Dir. Priv., a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 1999, Vol IX, Tomo I;

DIMUNDO A., *Il mandato ad arbitrare*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA G., VIGORITI V., UTET, Torino, 2013;

FABBRINI G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo dipendente*, Giuffrè, Milano, 1963;

FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, in Riv. arb., 2004, fasc. 4;

FAZZALARI E., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 1994;

FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in Enciclopedia del diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986;

FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in Riv. dir. comm. 1964, Vol. II, fasc. 1;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Ed. Sc. It., Napoli, 2011;

GHIRGA M.F., *Le nuove leggi civili commentate*, a cura CIAN G., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., 2007, fasc. 6;

GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., CEDAM, 2010;

GIORGIANNI M., *Forma degli atti (dir. priv.)*, *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968;

GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, in *Giustizia Civile*, 2012, fasc. 11-12;

GRADI M., *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, *Riv. arb.*, 2010, fasc. 2;

GRADI M., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, fasc. 1;

GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1;

FABBRINI G., *Litisconsorzio*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974;

HOLTZMAN H., NEUHAUS J., *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1995;

HUNTER M., *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act*, in *Arbitration International*, 1997, Vol. 13;

IANNI G., *sub art. 292 c.p.c.*, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di STELLA RICHTER G., Giuffrè, Milano, 2012;

IZZO S., *La convenzione arbitrale nel processo: studio sui rapporti tra processo e giurisdizioni statali*, Giappichelli, Torino, 2013;

LA CHINA S., *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enciclopedia del diritto* Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986;

LICCI P., *La pluralità di parti nel procedimento: le soluzioni del passato, i problemi del presente*, in *Riv. arb.* 2009, fasc. 2;

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale*, a cura di COLESANTI V., MERLIN E., RICCI E.F., Giuffrè, Milano, 2007;

LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III.2, CEDAM, Padova, 2009;

LIPARI G., *sub Art. 816 quinquies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., CEDAM, Padova, 2009;

LISERRE A., JARACH A., *Forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000;

LISERRE A., JARACH A., *La forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000;

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2000;

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2011;

LUISO F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, fasc. 3;

LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2006;

LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 2007;

MAGAZZÙ A., *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1978;

MARENCO R., *Adesione e rinuncia implicita alla clausola compromissoria*, *riv. Arb.* 1996, fasc. 1;

MARENCO R., *La procedura arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, fasc. 4;

MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, Giuffrè, Milano, 1993;

MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, fasc. 1;

MESSINEO F., *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol X., Giuffrè, Milano, 1962;

MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., UTET, Torino, 1957;

MIRABELLI G., GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Jovene, Napoli, 1997;

MONTANARI M., sub *art. 306 c.p.c.*, in *Codice di Procedura Civile*, a cura di CONSOLO C., Kluwer Wolters, 2013, Vol. II;

MONTELEONE G., *Intervento in causa*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, UTET, Torino, 1983;

MONTESANO L., ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 2001;

MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, UTET, Torino, Vol II;

MOSCO L., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970;

MOTTO A., *Contenuto, forma e stipula per relationem della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2013, fasc. 4;

MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, fasc. 1;

NARDI S., *Contratto di viaggio tutto compreso e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, fasc. 3;

NELA P.L., sub *Art. 816* quinquies, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI S., Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2007;

NELA P.L., *L'inesistenza della convenzione arbitrale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2008, fasc. 3;

NELA P.L., sub *art. 810 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI S., Vol. II, Zanichelli, Bologna, 2007;

NICOLÒ R., *La relatio nei negotiâ formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, fasc. 1;

ORLANDI GIOVANNUCCI C., sub *art. 813*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

PANUCCIO V., *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Giuffrè, Milano, 1972;

PAOLETTI A., sub *art. 816* quater *c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

PARTASIDES C., *Sections 33 and 34 of the English Arbitration Act 1996: a Potential Conflict*, in *Arb. Int.*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4;

PERLINGERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A., BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1975;

POLI R., *Improcedibilità del ricorso per Cassazione e sua sanabilità per raggiungimento dello scopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4;

POLI R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, fasc. 2;

POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni di arbitro*, in *Riv. arb.*, 2006, fasc. 3;

POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, Vol. III, a cura di CONSOLO C., IPSOA, 2010;

PRYLES M.C., *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, fasc. 3;

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, CEDAM, 2012, Vol. I, II;

REALMONTE F., *L'adesione di altre parti al contratto aperto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000;

REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959;

REDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Giuffrè, 1960;

RICCI E., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, fasc. 3;

RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile, Artt. 806-840*, a cura di CARPI F., *Le riforme del diritto italiano*, Zanichelli, 2008;

RICCI G.F., *sub art. 816 bis, Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

RICCI G.F., *sub art. 817*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

RUBINO SAMMARTANO M., *La convenzione di arbitrato*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di RUBINO SAMMARTANO M., CEDAM, Padova, 2010;

RUFFINI G., *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, Riv. arb., 1991, fasc. 3;

RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, CEDAM, 1997;

RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in Riv. arb., 1995, fasc. 3;

RUFFINI G., *Patto compromissorio*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di FAZZALARI E., CEDAM, Milano, 2006;

RUFFINI G., *sub art. 806 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

RUFFINI G., *sub art. 807 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

RUFFINI G., *sub art. 809*, in *Commentario breve del diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

RUFFINI G., *sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub art. 816 bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale* a cura di BENEDETTELLI M.V., CONSOLO C., RADICATI DI BROZOLO L.G., CEDAM, Padova, 2010;

SACCO R., *Il contratto invalido*, in *Il contratto*, vol. II, a cura di SACCO R., DE NOVA G., UTET, Torino, 2004;

SACCO R., *Il contratto senza dichiarazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Vol. X, tomo II, UTET, Torino, 2002;

SACCO R., *Il recupero del contratto invalido*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., UTET, Torino, 2002;

SACCO R., *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2000;

SACCO R., *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Vol. X, UTET, Torino, 2007;

SALIS L., *Vendita dell'intera cosa comune da parte del condomino*, in Riv. giur. ed., 1990, fasc. 1;

SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, CEDAM, 1999;

SALVANESCHI L., sub *Art. 816* quinquies, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura CIAN G., MAFFEI ALBERTI A., SCHLESINGER P., 2007, fasc. 6;

SANTAGATA C., *Del mandato, disposizioni generali, Art. 1703 – 1709*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1985;

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002 (ristampa);

SASSANI B., *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in www.judicium.it;

SASSANI B., *L'arbitrato a modalità irrituale*, in www.judicium.it;

SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*, Riv. dir. proc 2011, fasc.4;

SATTA R., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1996;

SCARDIGNO M.S., *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*, in Guir. It., 1998, fasc. 11;

SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano;

SICA V., sub art. 1350 c.c., in *Commentario al codice civile*, a cura SCHLESINGER P. –BUSNELLI F.D., Milano 2003;

SIRACUSANO A., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA R., VERDE G., Torino, 1997;

STELLA RICHTER G., *sub art. 1234 c.c.*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di RUPERTO C., SGROI R., Libro IV, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1994;

TOTA G., *sub Art. 816 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., CEDAM, Padova, 2009;

TROCKER N., *L'intervento per ordine del giudice*, CEDAM, Milano, 1984;

UNGARETTI DELL'IMMAGINE F., *Brevi note sulla forma della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, fasc. 1;

VACCARELLA R., *Incompatibilità allo svolgimento della funzione di arbitro in ragione della carica ricoperta all'interno della società parte del giudizio*, *Riv. arb.*, 2005, fasc. 1;

VACCARELLA R., *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989;

VALERINI F., *Bene indiviso: i comproprietari come unica parte contrattuale complessa*, in *Diritto e giustizia on line*, 2011;

VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1971;

VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE G., Giappichelli, Torino, 2005;

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 2006;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Giuffrè, Milano, 2007;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, CEDAM, Milano, 2004;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Modelli arbitrali e controversie sociali*, in *riv. trim dir. proc. civ.*, 2006, fasc. 3;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 806 C.P.C.*, in *Arbitrato* a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 807*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 808 c.p.c.*, *Arbitrato* a cura di
CARPI F., Zanichelli, Bologna, 2008;