



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVII - N. 3/2017  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



GIUFFRÈ EDITORE

**comitato scientifico**

GUIDO ALPA - FERRUCCIO AULETTA - PIERO BERNARDINI - PAOLO BIAVATI - MAURO BOVE - FEDERICO CARPI - CLAUDIO CONSOLO - DIEGO CORAPI - GABRIELE CRESPI REGHIZZI - FABRIZIO CRISCUOLO - GIORGIO GAJA - FRANCESCO PAOLO LUIISO - RICCARDO LUZZATTO - NICOLA PICARDI † - EUGENIO PICOZZA - CARMINE PUNZI - LUCA RADICATI DI BROZOLO - PIETRO RESCIGNO - GIORGIO SACERDOTI - LAURA SALVANESCHI - FERRUCCIO TOMMASEO - ROMANO VACCARELLA - GIOVANNI VERDE - VINCENZO VIGORITI - ATTILIO ZIMATORE.

**già diretta da** ELIO FAZZALARI.

**direzione:** ANTONIO BRIGUGLIO - GIORGIO DE NOVA - ANDREA GIARDINA.

MARIA BEATRICE DELI (*direttore responsabile*).

**redazione**

ANDREA BANDINI - LAURA BERGAMINI - ALDO BERLINGUER - ANDREA CARLEVARIS - CLAUDIO CECHELLA - MASSIMO COCCIA - FLAVIA CONTE - ELENA D'ALESSANDRO - ANNA DE LUCA - FERDINANDO EMANUELE - ALESSANDRO FUSILLO - DANTE GROSSI - ROBERTO MARENGO † - FABRIZIO MARRELLA - ELENA OCCHIPINTI - ANDREW G. PATON - FRANCESCA PIETRANGELI - SIMONA SCIPIONI - ROBERTO VACCARELLA  
*Segretari di redazione:* ANDREA ATTERITANO - MARIANGELA ZUMPARO.

La *Direzione* e la *Redazione* della Rivista hanno sede presso l'Associazione Italiana per l'Arbitrato, in Roma, Via Barnaba Oriani, 34 (c.a.p. 00197) tel. 06/42014749 - 06/42014665; fax 06/4882677; [www.arbitratoaia.org](http://www.arbitratoaia.org)  
e-mail: [info@arbitratoaia.org](mailto:info@arbitratoaia.org)

L'*Amministrazione* ha sede presso la Casa Editrice, in Milano (c.a.p. 20151), Via Busto Arsizio, 40 - Internet: <http://www.giuffre.it>  
e-mail: [vendite@giuffre.it](mailto:vendite@giuffre.it)



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVII - N. 3/2017  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



**GIUFFRÈ EDITORE**



## INDICE

### **DOTTRINA**

GIAN PAOLO CALIFANO, <i>Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza</i> .....	491
FRANCESCA TIZI, <i>Effetti del mancato versamento anticipato delle « spese prevedibili »</i> .....	499
MONICA DELSIGNORE, <i>La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?</i> .....	521

### **GIURISPRUDENZA ORDINARIA**

#### **I) Italiana**

*Sentenze annotate:*

Cass. Sez. Un. 6 luglio 2016, n. 13722, con nota di E. DEBERNARDI, <i>Considerazioni su arbitrato e decadenza: il caso dell'impugnazione della delibera di esclusione del socio</i> .....	549
Cons. Stato 14 aprile 2016, n. 1499, con nota di C. DELLE DONNE, <i>Arbitrato e giurisdizione nella lente dell'ottemperanza davanti al giudice amministrativo: un profilo di differenza ed uno di affinità</i> ...	593

#### **II) Straniera**

*Sentenze annotate:*

Svizzera - Tribunale Federale 16 marzo 2016, n. 628/2015, con nota di I. FELLRATH, <i>La sanzione per il mancato rispetto di una clausola multistep conciliazione/arbitrato e le conseguenze per gli atti già compiuti dal tribunale arbitrale</i> .....	613
--	-----

### **RASSEGNE E COMMENTI**

CLAUDIO CONSOLO, <i>A proposito di wing arbitrators, di arbitri alati e di gatti che sogguardanti volano (e di altri animali... della mia famiglia... in senso lato e durelliano)</i> .....	637
---	-----

BRUNO CAPURSO, <i>I Tribunali arbitrali presso le Camere di Commercio. Riflessioni dopo la riforma (d.lgs. n. 219/2016)</i> .....	643
---	-----

**DOCUMENTI E NOTIZIE**

<i>Osservatorio sulla Giustizia civile - Laboratorio su giurisdizione e ADR: il Documento della Avvocatura dello Stato</i> [FERRUCCIO AULETTA]....	649
<i>The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Era of International Commercial Law</i> [STEFANO AZZALI] .....	657
<i>La scomparsa di Ada Pellegrini Grinover</i> [DIEGO CORAPI] .....	661

## Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza

GIAN PAOLO CALIFANO (\*)

1. L'attuale indirizzo giurisprudenziale sulla natura del rapporto tra l'arbitro rituale e il giudice togato. — 2. Il lodo che non definisce l'intero giudizio arbitrale. — 3. Il regime di impugnazione dei lodi "parziali" e dei lodi "non definitivi".

1. L'attuale indirizzo giurisprudenziale sulla natura del rapporto tra l'arbitro rituale e il giudice togato (1).

Una ancora recente pronuncia delle Sezioni unite civili (2) ha stabilito che: nel giudizio arbitrale, la questione concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della *potestas iudicandi* degli arbitri ha natura pregiudiziale di rito, in quanto funzionale all'accertamento di un *error in procedendo* che vizia una decisione giurisdizionale, quale è il lodo. E che, alla stregua dell'art. 827, 3° comma, c.p.c., è immediatamente impugnabile perché parzialmente decisorio del merito della controversia, il lodo recante una condanna generica, *ex art. 278 c.p.c.*, o che decida una o alcune domande proposte senza definire l'intero giudizio, ma non quello che decida questioni pregiudiziali (nella specie la validità della convenzione arbitrale) o preliminari.

Le Sezioni Unite hanno dunque qualificato come pregiudiziale di rito la questione concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della *potestas iudicandi* degli arbitri e, individuato come lodo non definitivo il provvedimento arbitrale che l'ha separatamente ri-

---

(\*) Professore ordinario nella Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

(1) In argomento v. Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, *passim* e spec. 201 ss. e l'ampia trattazione della SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Torino, 2014, con particolare riferimento all'esegesi dell'art. 819-ter cod. proc. civ., 674 ss.

(2) Cass. Sez. un. 18 novembre 2016, n. 23463, già pubblicata in questa *Rivista*, 2017, 87 ss., con nota sostanzialmente adesiva di CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi e la distinzione tra lodo non definitivo su questioni e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*.

solta <sup>(3)</sup>, hanno ritenuto quest'ultimo non immediatamente impugnabile per nullità (per il motivo di cui all'art. 829, comma 1°, n. 1, c.p.c.) <sup>(4)</sup>.

Il tema, già di oscuro inquadramento nell'ormai superato sistema normativo dell'arbitrato rituale come disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c. è in particolare complicato dalla sopravvenuta previsione dell'art. 819-ter, comma 3, c.p.c. ai sensi del quale « in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato ». Norma dalla quale agevolmente si deduce, *a contrario*, che tali domande possono oggi esser proposte al giudice togato (e formare l'unico oggetto del relativo giudizio) quando, invece, il procedimento arbitrale non sia ancora cominciato. E, nella specie, arduo è ricostruire la relativa (ed eccezionale) pronuncia come "di rito" e ritenerla inidonea ad acquisire il giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Sulla complessa previsione dell'art. 827 v., anche riassuntivamente, MARZOCCO, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da COMOGGIO - CONSOLO - SASSANI - VACCARELLA, Torino, 2014, 733 ss.; RUFFINI e BOCCAGNA, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno e internazionale*, a cura di BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, 321 ss.

<sup>(4)</sup> Gravi sono state le oscillazioni giurisprudenziali in merito alla natura ed al regime di impugnazione di lodi che abbiano pronunciato su mere questioni: si è ad esempio affermato come non immediatamente impugnabile ai sensi dell'art. 827, 3° comma, c.p.c., perché « non definitivo », il lodo che giudica solo sull'ammissibilità e procedibilità del giudizio degli arbitri, in quanto la questione proposta è da ritenere preliminare di merito o pregiudiziale, non potendosi risolvere dagli arbitri le altre domande proposte senza la previa soluzione di detti quesiti (fattispecie in tema di illegittima composizione del collegio arbitrale e di carenza di potere degli arbitri: Cass. 26 marzo 2012, n. 4790, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Arbitrato*, n. 178; ma anche che il lodo parziale che provveda sulla « competenza » degli arbitri a decidere della controversia, così ritenendo la sussistenza di una valida clausola compromissoria intercorsa tra le parti, deve essere oggetto di impugnazione immediata, avendo deciso una questione preliminare di merito, ai sensi dell'art. 279, 2° comma, n. 4, in riferimento alla ipotesi di cui allo stesso art. 279, 2° comma, n. 2, c.p.c.: Cass. 6 aprile 2012, n. 5634, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *cit.*, n. 201. Nello stesso senso: Cass. 10 aprile 2014, n. 8457, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *cit.*, n. 144, per la quale: Il lodo parziale con il quale gli arbitri hanno escluso la propria « competenza » a pronunciarsi in ordine ad una specifica domanda, così definendo il merito della stessa, deve essere oggetto di impugnazione immediata ai sensi dell'art. 827, 3° comma, c.p.c., avendo deciso una questione preliminare di merito a norma dell'art. 279, 2° comma, n. 4, in riferimento all'ipotesi di cui allo stesso art. 279, 2° comma, n. 2, c.p.c.; ma v. poi Cass. 24 luglio 2014, n. 16963, in *Foro it.*, 2015, I, 4001, per la quale: la nozione di lodo parziale non coincide con quella di sentenza non definitiva di cui all'art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c., secondo il quale il giudice decide con sentenza anche quando risolve una questione preliminare di merito senza definire il giudizio; pertanto, il lodo parziale è immediatamente impugnabile ai sensi dell'art. 827 c.p.c., esclusivamente quando, decidendo su una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad essa e non anche nell'ipotesi in cui abbia deciso questioni preliminari di merito.

Anche in dottrina si rileva grave disaccordo, in particolare circa la natura e il regime di impugnazione del lodo che abbia risolto in senso positivo la questione della competenza del collegio arbitrale: v. anche per citazioni, SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 849 ss., ove peraltro l'A. conclude (p. 851 s.) nel senso che trattasi di lodo parziale, come tale immediatamente impugnabile.

<sup>(5)</sup> In relazione al rapporto tra il giudice civile e l'arbitro, in favore della capacità dei provvedimenti sulla competenza a vincolare l'uno o l'altro, v. con costruzioni opportune anche se forse troppo ortopediche alla luce dell'attuale sistema normativo e a causa della timidezza



Ciò non toglie che, anche a mio avviso, l'ormai pacifica "giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato rituale impone la ricostruzione del rapporto arbitro/giudice, per ogni suo verso, come relativo a questione di competenza <sup>(6)</sup>.

Ma, quale che sia la corretta qualificazione della natura (di merito o di rito), corretta mi sembra, comunque, la qualifica del relativo provvedimento come proposta dalla richiamata pronuncia dalle Sezioni Unite. Non con ordinanza, infatti, nel comb. disp. degli artt. 279, comma 2°, nn. 2 e 4, 817 e 827, comma 3, c.p.c. (con riferimento, per la norma da ultimo richiamata, alla parte in cui essa richiama "il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale") si risolve in anticipo una questione in sé idonea a definire il giudizio <sup>(7)</sup>. Sebbene l'art. 816-*bis*,

---

della Corte costituzionale (mi riferisco alla nota sentenza 223/2013, sulla quale v., per tutti, CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena « translatio » fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. Giur.*, 2013, 1109 ss. e ACONE, « *Transatio iudicii » tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, in *Foro it.*, 2013, I, 2697) v.: LUISSO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in questa *Rivista*, 2005, 783 ss.; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, ivi, 2013, 398 ss. Ma v. in senso opposto, tra gli altri, BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, ivi, 2007, 371 ss. e cfr.: D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it.*, 2013, I, 2695 ss. Si è anche autorevolmente sostenuto che la questione relativa alla invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato potrà alle condizioni di cui al testo esser proposta in via di eccezione innanzi al giudice togato, in un più ampio processo ovvero proposta come unica domanda in autonomo processo. Nel primo caso sarà risolta con attitudine al giudicato sostanziale soltanto ove una delle parti espressamente lo richieda ai sensi dell'art. 45 c.p.c.: cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, con *Appendice* di VALERIA VERDE, 5ª ed., Torino, 2015, 24.

<sup>(6)</sup> Per la ormai "compiuta giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato rituale v., di recente: Cass. sez. un., 7 dicembre 2016, n. 25045, inedita. E v. nel medesimo senso, e per la ricostruzione del rapporto tra arbitri e giudici come riconducibile e quello di competenza e non certo di giurisdizione: ACONE, « *Transatio iudicii » tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, cit., 2697. Pur nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, per la natura di rito del provvedimento in discorso v., riassuntivamente, anche per riferimenti di segno opposto, pure BOCCAGNA, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Claudio Consolo, IV ed., 2010, Tomo III, 1906. E, in giurisprudenza, di recente: Cass. 21 gennaio 2016, n. 1101, inedita, per la quale « lo stabilire se una controversia spetti, o meno, alla cognizione degli arbitri integra, — a seguito di overruling giurisprudenziale dovuto alla pronuncia delle Sez. un. n. 24153/2013 — una questione di competenza, sicché nell'ipotesi di declinatoria della competenza da parte del giudice statale trova applicazione, anche in relazione a fattispecie cui risulti razione temporis inapplicabile l'art. 819-*ter* c.p.c., introdotto dal d.leg. n. 40/2006, l'art. 50 c.p.c., attesa la necessità di conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda originariamente proposta davanti a quest'ultimo ». E tuttavia, v. Cass. 8 marzo 2016, n. 4526, inedita, per la quale, anche a seguito dell'ordinanza delle Sezioni unite n. 24153 del 2013, la questione concernente la portata di una clausola compromissoria per arbitrato rituale, rispetto ad un'altra, intercorrente tra le stesse parti, per arbitrato irrituale, non integra una questione di « competenza », bensì di merito, la cui soluzione richiede l'interpretazione della clausola secondo gli ordinari canoni ermeneutici dettati per l'interpretazione dei contratti.

<sup>(7)</sup> V., però, in senso diverso VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 25, per il quale « Gli arbitri, qualora ritengano di dover decidere autonomamente la questione relativa alla competenza, provvedono con lodo non definitivo e, se confermano la propria competenza, potrebbero anche utilizzare la forma dell'ordinanza ai sensi dell'ult. comma dell'art. 816-*bis* ». Peraltro, in coerenza con la sua costruzione, Verde conclude nel senso che gli arbitri debbano

comma 3°, c.p.c. stabilisce che « Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza non revocabile non soggetta a deposito » e, dunque, sembrerebbe che per la soluzione di qualsiasi questione insorta nel corso del giudizio il collegio arbitrale sia libero di adottare l'una o l'altra forma per il proprio provvedimento. La norma non lascia agli arbitri il potere discrezionale di scelta sulla forma e sulla conseguente stabilità dei propri provvedimenti (8).

Vero è che, la questione in discorso è dall'art. 817 (fin dalla sua rubrica) parificata a quelle sulla competenza; e vero anche che, in conseguenza della riforma del 2009, il comma 1 dell'art. 279 stabilisce, oggi, che sulla questione di competenza il giudice togato si pronuci con provvedimento in forma di ordinanza, tuttavia, il medesimo art. 817, comma 2, fa esplicito riferimento al "lodo" che resta non impugnabile (sul relativo capo) dalla parte che « non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato ». E analoga previsione è poi proposta dal successivo comma 3, per il caso della parte che « non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale ».

Sebbene i due commi si riferiscano, in prima battuta, al lodo definitivo (che per espresso o per implicito) abbia affermato la competenza del collegio arbitrale e deciso la controversia nel merito, nulla depone a favore di una costruzione che pretenda di differenziare la forma del provvedimento arbitrale che, sulle medesime questioni si pronuci in anticipo, con provvedimento specifico e immediato. E, ad ulteriore conferma dell'assunto vale il disposto dell'art. 829, comma 1°, nn. 1) e 4) e, soprattutto, n. 10), c.p.c. che disciplinano l'impugnazione per nullità di tali "lodi" (così implicitamente escludendone l'impugnazione con regolamento di competenza). Sicché in sede arbitrale non v'è spazio di applicazione per gli artt. 42 e 43 c.p.c. (9) che, in coerenza col (diverso) sistema del processo ordinario si riferiscono l'uno alla "ordinanza" e l'altro ai "prov-

---

invece provvedere con lodo parziale « qualora la parte abbia espressamente sollevato la questione circa la validità e l'efficacia della convenzione, in quanto ... l'art. 819, che sembra prevedere la decisione con efficacia di giudicato soltanto quando ciò sia previsto dalla legge, deve fare i conti con l'art. 34 (e con il principio della domanda di cui costituisce applicazione) ». Costruzione che, conduce a conclusioni, in ordine al sistema di impugnazione del relativo provvedimento, che non mi sembra di poter accogliere (v. *infra*, nel testo).

(8) V. più di recente, nel senso del testo, DALFINO, in *Sull'arbitrato, Studi in onore di Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 315.

(9) Nel senso del testo cfr.: Cass. 7 novembre 2012, n. 19268, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Arbitrato*, n. 182. In tema, ancora una volta complesso e di non pacifica soluzione, per l'inapplicabilità del regolamento di competenza al provvedimento arbitrale, in considerazione dello specifico motivo previsto tra i casi di impugnazione per nullità dall'art. 829, comma 1, n. 10, cfr. BOCCAGNA, *op. cit.*, 1907; e v. già VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 25 ss.

vedimenti” del giudice togato risolutivi (separatamente o insieme col merito) della questione di competenza.

Ma ciò che più rileva, a sostegno della tesi qui proposta, è il disposto dell’art. 819-ter, comma 1°, c.p.c., nella parte in cui la norma stabilisce che « La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43 ».

I provvedimenti del giudice togato, dichiarativi o declinatori della propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato (espressa in compromesso o clausola compromissoria) acquistano, per espressa previsione di legge (sia pure incoerente con quella di cui al precedente art. 279 c.p.c.) la forma di sentenza (definitiva o non definitiva). E, dunque, non meraviglia che anche gli arbitri sulle medesime questioni si pronuncino con lodo (definitivo o non definitivo) e non con ordinanza <sup>(10)</sup>.

## 2. Il lodo che non definisce l’intero giudizio arbitrale.

Ciò premesso, le Sezioni unite, nella citata sent. n. 23463/2016, hanno affrontato il tema dei lodi che non abbiano definito l’intero giudizio, nei seguenti termini: « Il secondo profilo del contrasto di giurisprudenza denunciato attiene invece alla distinzione tra il lodo che, decidendo parzialmente il merito della controversia, è immediatamente impugnabile, e il lodo che, risolvendo alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale, non è immediatamente impugnabile. Tuttavia questa distinzione, che è solo in parte sovrapponibile a quella tra sentenze definitive e non definitive *ex* articolo 279 c.p.c., ha ora un criterio normativo di definizione nell’articolo 360 c.p.c., comma 3 e articolo 361 c.p.c., comma 1 (come modificati dal Decreto Legislativo 2 febbraio 2006, n. 40), che riconoscono l’immediata ricorribilità per cassazione solo delle sentenze di condanna generica *ex* articolo 278 c.p.c. e delle sentenze che decidono una o alcune delle domande senza definire l’intero giudizio. Come questa corte ha già avuto modo di chiarire, infatti, la riforma del 2006 si pone “nel solco della disciplina già introdotta per il lodo dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25, con il novellato articolo 827 c.p.c.” (Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774, m. 637968). Sicché, come può da questa giurisprudenza chiaramente desumersi, “lodo che decide parzialmente il merito della controversia”, a norma dell’articolo 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica *ex* articolo 278 c.p.c. sia quello che decide una

---

<sup>(10)</sup> Problema diverso è, poi, se il lodo arbitrale sulle questioni di competenza e sulle questioni ad esse assimilate abbia capacità di vincolare il giudice togato. Cosa che sembra esclusa dal sistema proposto dall’art. 819-ter, c.p.c. da ultimo richiamato nel testo, sebbene ciò conduca a possibili conflitti negativi reali di competenza. Salvo a ricorrere a pur brillanti (ed opportune) forzature (cfr. *supra*, nota n. 5): in tema v. anche riassuntivamente, ancora BOCCA-GNA, *op. cit.*, 1906.

o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio. Ed è irrilevante a questi fini se la questione risolta senza definire il giudizio sia una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito. Risolvendo il contrasto di giurisprudenza denunciato dalla Prima sezione civile di questa corte, può dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: "Lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile a norma dell'articolo 827 c.p.c., comma 3, è sia quello di condanna generica ex articolo 278 c.p.c. sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari" ».

Già nei primi commenti successivi alla riforma del 1994, si delineò <sup>(11)</sup> anche nella sede che ci occupa un sistema simile a quello del processo di cognizione: riservando la forma del lodo ai provvedimenti che il giudice togato pronuncerebbe con sentenza. E, contestualmente si differenziarono i "lodi non definitivi" risolutivi di questioni idonee a definire il giudizio <sup>(12)</sup>, dai lodi di condanna generica o risolutivi di una fra più domande cumulate nel medesimo procedimento arbitrale <sup>(13)</sup>. Senza, peraltro mutare qui anche l'inestricabile problema del rapporto tra il provvedimento ex art. 279, nn. 1 e 4 e 279 n. 5, c.p.c. <sup>(14)</sup>.

Chiaro mi sembrò, infatti, che nell'occasione si volle introdurre, anche alla luce del dibattito che contemporaneamente si svolgeva per analogo intervento sulle sentenze non definitive <sup>(15)</sup> (e che poi ha portato alla modifica degli artt. 360, comma 3° e 361, comma 1°, c.p.c. <sup>(16)</sup>), un sistema che preservasse l'impugnabilità immediata dei provvedimenti capaci di recare

---

<sup>(11)</sup> CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi non definitivi nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, 37 ss. Ma v. in senso parzialmente differente MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, *ivi*, 1994, 247-248 e, già prima della riforma, cfr. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, 237 ss., al quale rinvio anche per l'ampia casistica giurisprudenziale precedente alla riforma.

<sup>(12)</sup> Non definitivo è dunque il lodo che abbia risolto mere questioni pregiudiziali di rito o preliminare di merito in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio arbitrale: *Canale*, *op. cit.*, 91, DALFINO, in *Sull'arbitrato*, cit., 303, FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1994, 10.

<sup>(13)</sup> Sui lodi "che decidono parzialmente la controversia, intesi come quelli che abbiano pronunciato su almeno una domanda, attribuendo ad una delle parti un bene della vita autonomamente rilevante, v. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 10 e ID., in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 194 e PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 374; cfr. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 248-250, per il quale, ai lodi parziali che accolgono o respingono una vera e propria domanda vanno equiparati — quanto ad efficacia extraprocessuale e impugnabilità — i provvedimenti che pronunciano su eccezioni in senso proprio.

<sup>(14)</sup> In tal senso v., se vuoi, ancora CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi non definitivi nella nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 41 e SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 850, spec. nota 22.

<sup>(15)</sup> Per un parallelo tra i lavori preparatori della riforma del 1994 e i lavori parlamentari sulla riforma del processo innanzi al giudice togato v., ancora, CALIFANO, *op. cit.*, 1 ss.

<sup>(16)</sup> Mi riferisco agli interventi apportati alle due norme col d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40.

un danno concreto ed immediato alla parte soccombente, in termini di sua esposizione all'esecuzione forzata o anche solo per esser soggetto ad iscrizione di ipoteca giudiziale. Ed in tale contesto correttamente mi sembra che le Sezioni Unite abbiano qualificato come lodo non definitivo (e non come lodo parziale) anche il provvedimento arbitrale che ha deciso, in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio, una questione relativa all'esistenza o alla validità della convenzione arbitrale <sup>(17)</sup>.

3. Il regime di impugnazione dei lodi "parziali" e dei lodi "non definitivi".

Le Sezioni Unite non si sono pronunciate espressamente, invece, sull'interpretazione dell'equivoca formula adottata, quanto ai provvedimenti parziali, dall'art. 827, comma 2°, c.p.c. La norma notoriamente stabilisce che « Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo. ». Chiaro è il regime dei lodi su questione, impugnabili soltanto insieme col lodo definitivo e senza che a tal fine sia necessaria apposita riserva di impugnazione; non così è invece, per i lodi di condanna generica o su una fra più domande cumulate nel medesimo giudizio arbitrale.

Per questi ultimi, infatti, il testo normativo lascia irrisolto il dubbio se essi debbano essere immediatamente impugnati ovvero possano, in alternativa, anche essere impugnati in via procrastinata, insieme col lodo definitivo. Cosa che mi sembra ben si sarebbe potuto ammettere, per l'impugnazione per nullità, ritenendo l'impugnazione di siffatti provvedimenti "riservata di diritto" salva la possibilità (espressamente prevista dall'art. 827, comma 2, c.p.c.) del gravame immediato. E ciò perché la riforma del 2006, reagì ad una prassi che negava l'impugnazione immediata di qualsiasi lodo che non avesse definito il relativo giudizio arbitrale, e volle però ribadire che i lodi su questioni restavano impugnabili "solo unitamente al lodo definitivo". Devo però prendere atto dell'indirizzo giurisprudenziale che respinge tale costruzione e stabilisce, invece, che tali provvedimenti sono impugnabili soltanto immediatamente <sup>(18)</sup>. Ciò che, peraltro, presta il fianco anche ad una critica di incoerenza del sistema, posto che, ad esempio, si finisce con l'imporre l'immediata impugnazione

---

<sup>(17)</sup> Cfr. MARZOCCO, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 736, che, alla luce degli sviluppi giurisprudenziali "aderenti alla teoria giurisdizionale", dubita che la statuizione degli arbitri rituali sulla propria competenza possa ancora essere qualificata come lodo parziale.

<sup>(18)</sup> Il dibattito dottrinale e l'orientamento giurisprudenziale è ben riassunto dalla SALVANESCHI, *op. cit.*, 853 ss., che, peraltro, a tale orientamento pure aderisce. Propende per la soluzione adottata in giurisprudenza, pur se con qualche perplessità, anche VERDE, *op. cit.*, 208 s. E v. già nel medesimo senso, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, Padova, 2012, 502 e CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2ª ed., Padova, 2008, 380.

anche del lodo di condanna generica: impugnazione che potrebbe invece in concreto non essere proposta se il lodo definitivo riducesse a zero il danno (come pacificamente si ammette nel processo di cognizione) o, comunque, lo quantificasse in termini irrisori (e tali da non stimolare, in concreto, l'impugnazione della parte soccombente).

*On the relationship between the arbitrator and the ordinary judge, the author examines the most recent case law on the issue whether the existence and validity of the arbitration agreement is matter of procedure or merits of the dispute. In addition, the author explores the type of arbitral decision which solved this issue in light of the case Cass. Sez. Un., 18 November 2016, n. 23463, and referring to the execution and enforcement of partial arbitral awards.*

## Effetti del mancato versamento anticipato delle « spese prevedibili » (\*)

FRANCESCA TIZI (\*\*)

1. Ambito dell'indagine. — 2. Diritto degli arbitri al rimborso delle spese e all'onorario nell'interpretazione anteriore al 2006. — 3. Il contenuto minimo dell'art. 816-septies, comma 1, c.p.c.: le spese vive e i compensi degli ausiliari degli arbitri. — 4. Il versamento anticipato degli onorari non è una « spesa prevedibile ». — 5. ... ma giusto motivo di rinuncia degli arbitri all'incarico. — 6. Il mancato versamento degli anticipi non è un presupposto processuale impediente il procedimento arbitrale. — 7. Il collegamento negoziale tra patto compromissorio e contratto parti-arbitri. — 8. Estinzione della convenzione di arbitrato limitatamente all'ipotesi in cui l'inadempimento sottenda la comune volontà risolutiva delle parti o il sopraggiungere di una situazione che ne rende impossibile il raggiungimento dello scopo: critica. — 9. Il mancato versamento degli anticipi costituisce giusto motivo di rinuncia all'incarico arbitrale cui consegue *ex lege* l'inefficacia relativa della convenzione di arbitrato. — 10. La sorte del procedimento arbitrale in corso.

1. L'incapacità dell'apparato statale di rispondere alla domanda di giustizia ha comportato negli anni un rinnovato favore nei confronti dell'arbitrato <sup>(1)</sup> che sta ormai assumendo la posizione di strumento quasi preferenziale grazie alla sua capacità di offrire risposte in termini di tempi, riservatezza, nonché attitudine alla risoluzione dei conflitti di carattere transnazionale, più adeguate rispetto alla giustizia statale.

Tuttavia, l'arbitrato continua ad essere scarsamente utilizzato anche a causa del timore, sovente avvertito dagli operatori, che la risoluzione arbitrale del conflitto non comporti esborsi troppo elevati. In quest'ottica centrale appare, dunque, lo studio del tema relativo ai costi della giustizia privata.

---

(\*) Il contributo già pubblicato negli Studi offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno, a cura di Mauro Bove, Torino, 2017.

(\*\*) Ricercatrice nella Università di Perugia.

(1) Si v. il c.d. arbitrato forense. In tema v., tra più, BOVE, *Sul c.d. arbitrato forense*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2015, 205 ss.; BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 17 ss.

Nella presente trattazione si analizzerà un suo unico aspetto, quello relativo al versamento delle anticipazioni di cui all'art. 816-*septies* c.p.c., atteso che, se la liquidazione dei costi dell'arbitrato avviene alla fine del procedimento, gli arbitri possono tuttavia — cosa normale nella prassi — chiedere alle parti un pagamento anticipato delle spese e dei compensi.

Sebbene la richiesta di anticipazioni non costituisca una novità, in quanto prassi consolidata nella pratica arbitrale, il legislatore con l'art. 816-*septies* c.p.c., dopo aver previsto che « *gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili* », sembra aver introdotto nel nostro sistema, per il caso d'ina-dempimento dei compromittenti, una nuova ipotesi di inefficacia relativa dell'accordo arbitrale (2). Più nel dettaglio, ove « *una delle parti non presta l'anticipazione richiestale* » la norma prevede come l'altra possa anticipare la totalità delle spese, il cui mancato versamento nel termine comporta lo scioglimento del vincolo compromissorio (3) « *con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento* » in corso (4).

La violazione dell'obbligo dei compromittenti di pagare gli anticipi produce, quindi, effetti in relazione tanto al contratto che le parti stipulano con gli arbitri per la decisione della lite che al patto con cui queste hanno scelto la risoluzione arbitrale della controversia, che, infine necessariamente, al procedimento in corso.

2. Per poter meglio comprendere la portata del primo comma dell'art. 816-*septies* c.p.c. occorre ricordare come alla base del fenomeno arbitrale si pongano sempre due diverse fattispecie contrattuali (5): quella che intercorre tra le parti in favore della giustizia privata ed il contratto che queste stipulano con gli arbitri.

Quest'ultimo rapporto, anche detto *contratto di arbitrato*, è nella

---

(2) Il tema assume importanza solo per l'arbitrato *ad hoc*, poiché la quasi totalità dei regolamenti delle Camere arbitrali prevede, a maggior garanzia del diritto di credito dell'istituzione e degli arbitri, che il mancato deposito, ad opera delle parti, delle somme richieste come anticipo rappresenti un giusto motivo di sospensione del termine per la pronuncia del lodo ovvero d'interruzione della stessa procedura arbitrale. Cfr., per tutti, art. 11.7 Regolamento AIA 2016; art. 39.3 Regolamento della Camera Arbitrale presso la Camera di Commercio di Perugia.

(3) Tale effetto della norma in parola veniva visto con sfavore già dai primi commentatori della riforma: BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 66; RUFFINI, *Patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 2005, 711 ss., spec. 724; BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. Comm. Int.*, 2006, 277.

(4) La norma limita l'inefficacia della convenzione di arbitrato alla lite che ha dato origine al procedimento arbitrale per cui le parti hanno rifiutato il versamento degli anticipi, conseguentemente la stessa continua a operare in relazione alle altre future controversie in essa ricomprese. V. Coll. Arb. Bari, 24 giugno 2014, in questa *Rivista*, 2015, 175, con nt. SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*.

(5) La netta separazione, cronologica oltre che sostanziale, tra i due contratti, è stata messa in luce, tra i primi, da CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo italiano*, Roma, 1951, 70.



sostanza un contratto bilaterale a prestazioni corrispettive: gli arbitri devono pronunciare il lodo nel termine stabilito dalla legge o previsto dalle parti <sup>(6)</sup>, mentre queste sono tenute a rimborsargli le spese e pagargli il compenso per l'opera prestata <sup>(7)</sup>.

Da quest'ultimo punto di vista il diritto degli arbitri al compenso per l'attività svolta ha consentito, già nel vigore della regolamentazione anteriore al 2006 <sup>(8)</sup>, il consolidarsi della prassi di onerare i contendenti, in via anticipata, del versamento, oltre che delle spese vive prevedibili anche di acconti sugli onorari, in virtù del principio, nato in relazione al contratto di prestazione d'opera intellettuale, di attenuazione della regola generale della post-remunerazione dell'attività professionale nonché del principio generale di buona fede e di collaborazione nell'esecuzione del contratto <sup>(9)</sup>.

Tuttavia, mentre il mancato versamento delle spese veniva interpretato, ex art. 813, comma 2, c.p.c., come giusto motivo di rinuncia degli arbitri all'incarico <sup>(10)</sup>, dubbi in ordine alla sua legittimità si ponevano, invece, in relazione all'eventuale mancato versamento anticipato del loro onorario <sup>(11)</sup>.

La questione non appare risolta neanche oggi atteso che, se l'art. 816-septies c.p.c. riconosce con chiarezza agli arbitri il potere di determinare le « *spese prevedibili* » da porre a carico di ciascuna delle parti,

---

<sup>(6)</sup> L'art. 814, primo comma, c.p.c., di fatti, dispone che « *gli arbitri hanno diritto al rimborso delle spese e all'onorario per l'opera prestata se non vi hanno rinunciato al momento dell'accettazione o con atto scritto successivo* ».

<sup>(7)</sup> Cfr., GIACOBBE, *Le prestazioni delle parti nel contratto di arbitrato. In particolare: la liquidazione giudiziale del compenso agli arbitri ed i limiti al potere di cognizione del Presidente del Tribunale, adito ai sensi dell'art. 814, comma secondo, cod. proc. Civ.*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1996, 708.

<sup>(8)</sup> Cfr. già ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, 817 s.

<sup>(9)</sup> Cfr.: BRIGUGLIO, in BRUGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Commentario, Milano, 1994, 80; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 403; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, in AA.Vv., a cura di VERDE, Torino, 1997, 90. Ricordano questa prassi COMASTRI-MOTTO, *Sub art. 816-septies c.p.c.*, in AA.Vv., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura MENCHINI, Padova, 2010, 273.

<sup>(10)</sup> Nel caso di omesso versamento degli anticipi e degli acconti non era, comunque, possibile né la sospensione e/o interruzione del termine per la pronuncia del lodo, né tanto meno la sospensione del procedimento o la sua chiusura in rito. Conseguentemente, ove gli arbitri non avessero tempestivamente rinunciato all'incarico, la loro inattività, non solo ne avrebbe permesso alle parti la sostituzione ai sensi degli allora vigenti artt. 811 e 813, comma 2, c.p.c., ma li avrebbe anche esposti a responsabilità nel caso in cui alla scadenza del termine non fossero giunti alla pronuncia del lodo. In tal senso v., per tutti, BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, cit., 80.

<sup>(11)</sup> I dubbi si ponevano soprattutto in chi assimilava il contratto di arbitrato al contratto di mandato, atteso che, a differenza dell'art. 2234 c.c. in forza del quale il prestatore d'opera ha diritto unitamente all'anticipazione delle spese necessarie anche alla corresponsione di un acconto sul compenso finale, l'art. 1719 c.c. riconosce espressamente al mandatario il diritto ad ottenere dal cliente in via anticipata solo la somministrazione dei mezzi necessari e delle spese da sostenere per l'esecuzione dell'incarico. Sul punto v. *amplius infra* § 5.

nessuna espressa regolamentazione offre, invece, degli acconti sui loro onorari.

3. Prima di entrare nell'ambito di tale questione, va delineato il contenuto minimo delle c.d. *spese prevedibili* di cui all'art. 816-septies c.p.c.

Certamente annoverabili nelle *spese prevedibili* sono le spese che gli arbitri ritengono di dover sostenere per l'adempimento della loro prestazione, tra cui giustamente la giurisprudenza<sup>(12)</sup> ritiene di dover comprendere non solo le spese vive a cui gli arbitri possono andare incontro (quali le spese di trasferta per raggiungere la sede ecc.), ma anche quelle di funzionamento dell'arbitrato, quali l'eventuale compenso dovuto a segretario<sup>(13)</sup> e consulente tecnico.

Il compenso spettante al segretario è, infatti, inquadrato dalla giurisprudenza quale passività correlata al funzionamento dell'arbitrato, integrante un onere solo indirettamente gravante sulle parti, liquidato dagli arbitri, unitamente al proprio onorario, alla stregua di ogni altra spesa della procedura ai sensi dell'art. 814, comma 1, c.p.c., in quanto esborso affrontato per il regolare adempimento del loro ufficio.

Se tale ricostruzione del rapporto segretario/arbitri/parti nasce, invero, dalla necessità di giustificare il rigetto della domanda di liquidazione dell'onorario ex art. 814 c.p.c., proposta dal segretario direttamente nei confronti dei contendenti<sup>(14)</sup>, la stessa mostra, però, anche la natura di tale esborso delle parti. Questo non è altro, in forza dell'assenza di ogni tipo di rapporto giuridico contrattuale tra segretario e parti, che una spesa

---

(12) Cfr. Coll. Arb. Napoli, 20 giugno 2013, in questa *Rivista*, 2014, 1, 197, con mia nota, *Alcune riflessioni in merito all'art. 816-septies c.p.c.*; Coll. Arb. Bari, 24 giugno 2014, cit., con nt. SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*. In dottrina v. RICCI G.F., *Anticipazione delle spese*, in *Arbitrato Commentario*, diretto da CARPI, Bologna, 2007, 464 ss. spec. 465; CECHELLA, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, 131.

(13) Nell'arbitrato *ad hoc* il segretario, lungi dall'essere normativamente previsto, origina da una prassi applicativa che ne prevede la nomina direttamente ad opera degli arbitri in ragione della loro soggettiva valutazione circa la necessità di avvalersi di un ausiliario per l'espletamento di attività funzionali al procedimento quali, in particolare, la tenuta del fascicolo d'ufficio, la verbalizzazione delle udienze, la trasmissione delle ordinanze rese fuori udienza, la raccolta e l'archiviazione dei documenti, l'estrazione di copie etc.

(14) Più in particolare, la giurisprudenza prevede che siano gli arbitri a liquidare il compenso del segretario. Tale liquidazione, ove non accettata dalle parti può, ex art. 814 c.p.c., su domanda degli arbitri, essere oggetto di sindacato di congruità da parte del Presidente del Tribunale. V.: Cass., 26 maggio 2004, n. 10141, in *Corr. Giur.*, 2004, 874 e in *Foro it.*, 2005, I, 782, con nt. CAPONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procedimento di liquidazione delle spese e dell'onorario arbitrali (art. 814 c.p.c.)*; Cass., 22 aprile 1994, n. 3839, in questa *Rivista*, 1995, 75, con nt. BRIGUGLIO, *Questioni varie in tema di liquidazione delle spettanze arbitrali*; Cass., 8 settembre 2004, n. 18058, in questa *Rivista*, 2005, 83 con nt. AULETTA, *La tutela giurisdizionale dei diritti del segretario dell'arbitrato*. Si v. inoltre Cass., 28 luglio 2004, n. 14182, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

di funzionamento dell'arbitrato e, in quanto tale, indubbiamente annoverabile tra le « *spese prevedibili* ».

Discorso analogo si ritiene debba, inoltre, essere fatto anche per l'altro ausiliario del giudice privato, il c.t.u.

Sebbene, a differenza del segretario del tribunale arbitrale, la ricostruzione che la giurisprudenza offre della qualificazione del compenso del perito, non appare affatto chiara<sup>(15)</sup>, chi scrive, come altrove espresso<sup>(16)</sup>, è infatti dell'idea che anche tra arbitri e c.t.u. s'instauri un rapporto contrattuale diretto con la conseguenza che, non solo gli unici soggetti direttamente obbligati a corrispondergli il compenso sarebbero gli arbitri, ma anche che questo — alla stregua del compenso spettante al segretario — altro non sia che una passività correlata allo svolgimento dell'arbitrato e, quindi, in ultima analisi, una delle « *spese prevedibili* »<sup>(17)</sup>.

4. Qui finiscono le certezze. E, infatti, se il contenuto minimo delle spese prevedibili di cui all'art. 816-*septies* c.p.c., indubbiamente, coincide con le spese vive, seppure intese nell'ampio senso ora indicato, l'anticipazione a carico delle parti può essere comprensiva anche di un acconto sugli onorari arbitrali?

Come si è detto nulla di esplicito emerge nell'art. 816-*septies* c.p.c.<sup>(18)</sup>.

In proposito si sono, pertanto, consolidati diversi orientamenti.

Una prima impostazione<sup>(19)</sup>, interpretando estensivamente<sup>(20)</sup> l'espressione « *spese prevedibili* », riconosce agli arbitri il potere di subor-

---

<sup>(15)</sup> Accanto all'affermazione (Trib. Roma, 2 maggio 1995, in *Gius*, 1995, 1415) secondo cui la richiesta di pagamento delle spese e dell'onorario, inviata dal consulente tecnico alle parti dell'arbitrato, implica l'accettazione *per facta concludentia* della liquidazione dell'onorario operata dagli arbitri, facendo in tal modo intendere che la spesa per il consulente tecnico è trattata alla stregua di ogni altra spesa del procedimento arbitrale e che, quindi, tra parti e consulente non si instauri alcun diretto rapporto contrattuale, si pone l'idea per cui il « *professionista ha diritto al pagamento delle spese e dell'onorario verso le parti del giudizio* », facendo, così di contro, intendere che tra parti e consulente si instauri un rapporto contrattuale diretto. In tale ultimo senso v. Trib. Roma, 2 maggio 1995, cit.

<sup>(16)</sup> V., se vuoi il mio, *Considerazioni in ordine al soggetto tenuto a corrispondere il compenso al consulente tecnico nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2014, nt. a Trib. Massa, 4 dicembre 2013, 823 ss.

<sup>(17)</sup> Occorre, invero, evidenziare come in materia manchino quasi totalmente contributi tanto dottrinali che giurisprudenziali a causa della prassi che impone alle parti la liquidazione anticipata delle spese di consulenza.

<sup>(18)</sup> Per la limitazione delle *spese prevedibili* di cui all'art. 816-*septies* c.p.c. all'anticipazione delle sole spese vive e non anche di acconti sugli onorari si v. anche la relazione illustrativa alla riforma del codice di rito in materia di arbitrato.

<sup>(19)</sup> In tal senso v.: VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 4ª ed., Torino, 2013, 97, secondo cui, sebbene manchi agli arbitri il potere « *di imporre alle parti la determinazione dei loro compensi* », nulla escluderebbe, tuttavia, che « *essi possano subordinare l'accettazione e l'esecuzione dell'incarico arbitrale al previo deposito, a titolo di acconto, di una determinata somma, così che il deposito mai pregiudichi il diritto delle parti di ripetere le somme depositate in*

dinare la prosecuzione del procedimento non solo al versamento anticipato delle spese vive, ma anche dell'acconto sugli onorari.

Se tale interpretazione appare risolvere ogni problematica relativa al mancato versamento delle anticipazioni arbitrali, più aderente al dato normativo sembra a chi scrive, invece, la diversa tesi sostenuta dal Maestro che qui si onora<sup>(21)</sup> che, partendo dalla constatazione per cui gli arbitri non avrebbero, ex art. 814, comma 2, c.p.c., nella determinazione degli onorari alcun potere di vincolare i contendenti, giunge a sostenere come agli stessi non possa, conseguentemente, riconoscersi neanche diritto di subordinare la prosecuzione del procedimento all'omesso versamento dell'acconto sugli onorari unilateralmente predisposti<sup>(22)</sup>.

Più specificamente, l'interpretazione da ultimo illustrata propone una contrapposizione tra spese e compensi arbitrali fondata sull'art. 814, comma 2, c.p.c. Tale norma, nel prevedere che la liquidazione arbitrale del compenso « non è vincolante per le parti se esse non l'accettano », se disconosce ai giudici privati il potere d'imporre ai contendenti la loro unilaterale determinazione dell'onorario in sede di liquidazione definitiva come anticipata, non ne ostacola, invece, la facoltà di chiedere in via anticipata la liquidazione delle spese prevedibili. In altri termini, sarebbe proprio la distinzione tra diritto degli arbitri al rimborso delle spese ed al pagamento dell'onorario per l'opera prestata, rinvenibile nell'art. 814, comma 2, c.p.c., a contrapporre implicitamente la remunerazione della

---

*eccesso, qualora, a lodo sottoscritto ed essendo sorta questione sulla misura dei compensi, il giudice li determini in misura inferiore rispetto a quanto ritenuto dagli arbitri ».*

<sup>(20)</sup> Offrono un'interpretazione estensiva della norma anche RAMPAZZI, *Commento breve al codice di procedura civile*, a cura di CARPI-TARUFFO, Padova, 2006, 2204; BOVE, *La giustizia privata*, Trento (Lavis), 2015, 89-90, secondo cui in tal caso se « *semmai può porsi un problema in ordine all'adeguatezza della somma richiesta, posto che gli arbitri non possono certo stabilire unilateralmente l'ammontare dei loro compensi* », tuttavia, « *il fatto che vi sia un problema attinente alla determinazione del quantum debeat per gli anticipi sugli onorari, problema peraltro risolvibile con la stipula di accordi tra le parti e gli arbitri, non può certo impedire di risolvere a favore degli arbitri la questione attinente all'an debeat* ».

<sup>(21)</sup> Cfr. LUIISO, in LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 295. In tal senso v. anche RICCI G.F., *Anticipazione delle spese*, cit., 464; MARULLO DI CONDOJANNI, *Sub art. 816-septies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, AA.VV., a cura di BRIGUGLIO, CAPPONI, III, 816; LA CHINA, *L'arbitrato, Il sistema e l'esperienza*, 4<sup>a</sup> ed., 2011, 104; PAOLETTI, *Sub art. 816-septies*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* a cura di M. BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, 252; NELA, *Sub art. 816-septies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, in *Commentario* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2007, 1763 e ss.

<sup>(22)</sup> In tal senso v. in giurisprudenza Cass., 11 settembre 2015, n. 17956, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, per cui « *in tema di arbitrato rituale, la previsione dell'art. 816-septies c.p.c., secondo cui gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili, pur dettata a tutela degli arbitri e fondata sui doveri di collaborazione scaturenti dal rapporto di mandato, non è ricollegabile ad una mera richiesta degli arbitri stessi, essendo necessaria — come ben evidenzia il termine "subordinare" usato dal legislatore — una specifica manifestazione di volontà diretta a condizionare la prosecuzione del procedimento al versamento delle somme dovute a titolo di anticipazione delle spese, la cui indicazione non può comprendere anche gli onorari, non essendo consentito agli arbitri procedere alla liquidazione del proprio compenso* ».

prestazione intellettuale, vincolante per le parti solo ove accettata, al rimborso delle spese materiali da sostenere, a cui queste sarebbero, invece sempre, a prescindere da esplicita accettazione, obbligate <sup>(23)</sup>.

Se, dunque, accogliendo l'opinione da ultimo indicata chiaro appare come l'ambito di applicazione dell'art. 816-septies c.p.c., riferendosi alle « *spese prevedibili* », sia limitato alle sole spese materiali da sostenere per lo svolgimento del procedimento, chi scrive ritiene, tuttavia, che anche il mancato pagamento anticipato della remunerazione relativa alla loro attività intellettuale possa non di meno sostanziare per gli arbitri un giusto motivo di rinuncia all'incarico.

5. Più nel dettaglio, se come di seguito meglio indicato, il legislatore ha con chiarezza delineato le conseguenze del mancato versamento degli anticipi sulla convenzione di arbitrato, questo non sembra, invece, averne altrettanto esplicitamente precisato gli effetti in ordine al contratto parti arbitri ovvero al procedimento in corso.

Tuttavia, chi scrive ritiene che il significato da attribuire alla subordinazione degli arbitri della prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili debba interpretarsi come l'espressa previsione legislativa della loro legittima facoltà di rinunciare all'incarico <sup>(24)</sup>.

Quanto asserito non consente, però, anche l'effetto di escludere la possibilità che gli arbitri richiedano nel corso del procedimento, anche un acconto sugli onorari. Ciò in virtù dell'art. 2234 c.c. <sup>(25)</sup>, che salvo diversa pattuizione, riconosce il diritto del prestatore d'opera intellettuale all'anticipazione delle spese occorrenti al compimento dell'opera e, secondo gli usi, anche ad anticipi sul compenso finale <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Quanto indicato non si ataglia al caso in cui le parti abbiano concordato con gli arbitri il c.d. *accordo sui compensi*, ovvero quell'accordo diretto a determinare preventivamente il *quantum* spettante ai giudici privati, evitando così nella fase successiva alla pronuncia del lodo, tanto l'autoliquidazione arbitrale di cui all'art. 814 c.p.c. che, per l'ipotesi di sua mancata accettazione, il ricorso al Presidente del Tribunale. E, infatti, in presenza di un accordo sui compensi non si pone la questione della mancata vincolatività dell'autoliquidazione arbitrale del compenso.

<sup>(24)</sup> Così: LUIISO, in LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 296; MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, 209; BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il Giusto processo Civile*, 2006, 69; Coll. Arb., 3 luglio 2008, in PQM, 2008, 2, 199, per cui la disposizione di cui all'art. 816-septies c.p.c. dovrebbe essere letta alla luce dell'art. 816-sexies, comma 2, c.p.c.

<sup>(25)</sup> In tal senso v. Coll. Arb. Bari, 24 giugno 2014, cit., 175 ss., il quale afferma « *l'art. 816-septies c.p.c. riconosce espressamente agli arbitri il potere di determinare le spese prevedibili da porre a carico di ciascuna delle parti, ma non esclude la prassi degli arbitri di richiedere nel corso del procedimento anche il versamento dell'acconto sui compensi sul presupposto della disposizione di cui all'art. 2234 c.c., potendo quindi gli arbitri rinunciare all'incarico in mancanza di adempimento delle parti* ».

<sup>(26)</sup> Come indicato *supra* § 2 il diritto degli arbitri all'anticipazione dell'onorario era riconosciuto da quanti (BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 65; GIOVANNUCCI

Diverse saranno, però, le conseguenze dell'inadempimento delle parti.

Ma cerchiamo di spiegare meglio.

Sebbene il contratto di arbitrato sia ormai disciplinato dal codice di rito<sup>(27)</sup>, accanto alla disciplina tipicamente prevista, questo si ritiene continui, tuttavia, in via integrativa, al fine di colmarne possibili lacune, ad essere regolamentato anche secondo lo schema previsto per tipi contrattuali compatibili, quali il contratto di mandato o la *locatio operis*<sup>(28)</sup>.

Pertanto, sembra in proposito ancora possibile richiamare quell'orientamento che, come indicato, anteriormente al 2006, prevedeva per l'ipotesi di mancato versamento anticipato degli onorari arbitrali, l'applicazione al contratto parti-arbitri della disciplina del contratto di prestazione d'opera intellettuale con la conseguenza che il diritto degli arbitri all'anticipazione del compenso, pur non fondandosi sull'art. 816-septies c.p.c., potrebbe basarsi, invece, sul disposto di cui agli artt. 2234 c.c.

Orbene, in tale ultimo caso, alla legittima subordinazione degli arbitri

---

ORLANDI, *Sub art. 814*, in *Arbitrato, Arbitrato Commentario* diretto da Carpi, Bologna, 2001, 193) assimilavano la fattispecie del contratto di arbitrato a quella della *locatio operis*, mentre quanti lo riconducevano, invece, al contratto di mandato riconoscevano il diritto dei giudici privati all'anticipazione delle sole spese. In tale ultimo senso v.: RIVA SANSEVERINO, *Sub art. 2234 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1963, 238; CAMPAGNOLA, *Il compenso degli arbitri nella più recente giurisprudenza: qualificazione giuridica e quantificazione*, in questa *Rivista*, 1993, 550 ss. spec. 555; ORLANDI, *Diritti degli arbitri*, in *Commentario Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2000, 193. Ciò in quanto, mentre l'art. 2234 c.c. riconosce al prestatore d'opera il diritto di ottenere l'anticipazione non solo delle spese occorrenti al compimento dell'opera, ma anche della corresponsione, secondo gli usi, degli accenti sul compenso, ammettendone, in caso d'inadempimento del cliente, la legittima rinuncia all'incarico, l'art. 1719 c.c. prevede che il mandatario, salvo patto contrario, abbia diritto alla sola somministrazione da parte del mandante dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato.

<sup>(27)</sup> Se oggi il legislatore, mitigando la disquisizione dottrinale, sembra aver, delineandone nel codice di rito i tratti salienti, tipizzato il contratto di arbitrato, non di meno preme rilevare come in ordine alla sua qualificazione giuridica siano, negli anni, state espresse diverse opinioni. In particolare, accanto alla tesi tradizionale (MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1923, 56 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 454) per cui l'obbligo dei compromittenti di corrispondere agli arbitri il compenso deriverebbe dal contratto di mandato ovvero di prestazione d'opera intellettuale (VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema di diritto processuale civile*, Napoli, 1953, 270), più recentemente si è posta una terza impostazione, che possiamo definire mista. Questa, partendo dal rilievo per cui attenendo il mandato alla composizione della vertenza e la *locatio operis* alla prestazione professionale necessaria onde conseguire tale risultato, riscontrava nel rapporto in questione una fattispecie contrattuale — ora atipica (SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 397), ora tipica (GIOVANNUCCI ORLANDI, *Accettazione e obblighi degli arbitri*, in CARPI, (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, V ristampa, Bologna, 2007, 249; BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO - FAZZALARI - MARENGO, cit., 68; DITTRICH, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Commentario a cura di TARZIA - LUZZATTO - RICCI, in *Nuove leggi commentate*, 1995, 55) — avente propria autonomia e disciplinata nei suoi più salienti aspetti dal codice di rito.

<sup>(28)</sup> MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., 43, afferma che « fonte primaria di disciplina del contratto [di arbitrato] sarebbe il codice di procedura civile, cui dovrebbero aggiungersi, in via sussidiaria, le norme in tema di mandato e prestazione d'opera intellettuale ».

della continuazione del procedimento al versamento anticipato di parte del loro compenso non potranno, però, chiaramente seguire sul vincolo compromissorio le conseguenze delineate dall'art. 816-*septies* c.p.c. relative, invece, al solo mancato versamento anticipato delle « *spese prevedibili* »<sup>(29)</sup>.

Infatti, l'art. 816-*septies* c.p.c. sembra strutturato in modo tale da consentire l'effetto finale ovvero l'inefficacia relativa del vincolo compromissorio solo al verificarsi di determinati presupposti quali la subordinazione ad opera degli arbitri della prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle sole « *spese prevedibili* » da intendersi come spese vive della procedura, la loro determinazione « *salvo diverso accordo* » del « *la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte* », nonché l'assenza, nel caso in cui la parte onerata non presti « *l'anticipazione richiestale* », dell'operare della solidarietà dell'altra parte diretta ad « *anticipare la totalità delle spese* ».

Nel seguito della presente trattazione, prima di analizzare il complesso meccanismo delineato dall'art. 816-*septies*, ultimo comma, c.p.c. relativo agli effetti prodotti dal mancato versamento degli anticipi sulla convenzione di arbitrato, occorre però rilevare come in dottrina sia stata avanzata l'idea per cui l'inadempimento dell'obbligo di versare anticipatamente le spese prevedibili non influirebbe in alcun modo « *sull'efficacia dell'accordo arbitrale che rimarrebbe vincolante per le parti* »<sup>(30)</sup>.

6. Con maggiore impegno illustrativo, l'indicata interpretazione inquadra l'inadempimento dell'obbligo delle parti di versare gli anticipi in termini di puro e semplice presupposto processuale impediente il proseguimento del giudizio, ininfluente sulla convenzione di arbitrato che, per l'effetto, continuerebbe ad esplicare nei confronti delle parti la sua efficacia anche con riferimento alla controversia che ha dato origine alla procedura in relazione a cui si è verificata l'omissione.

La tesi si fonda su due argomenti. Il primo è un argomento di carattere esegetico che nasce dalla constatazione per cui il legislatore del 2006 avrebbe introdotto nell'ordinamento un generale principio di conservazione dell'efficacia della convenzione di arbitrato applicabile, ex art. 808-*quinquies* c.p.c., anche all'ipotesi in cui la procedura si concluda senza giungere ad una pronuncia nel merito<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Cfr. SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, cit., 183-184, secondo cui « *le conseguenze delle mancate anticipazioni possono dunque condurre gli arbitri alla rinuncia al loro incarico, ma senza che vi siano sul vincolo compromissorio le conseguenze delineate dall'art. 816-*septies* c.p.c.* ».

<sup>(30)</sup> Sono parole di COMASTRI-MOTTO, *Sub art. 816-*septies* c.p.c.*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 279-280.

<sup>(31)</sup> *Ibidem*, 277.

Il secondo argomento a sostegno dell'indicata ricostruzione si fonda, invece, sulla constatazione che in ordinamenti diversi dal nostro quali quello svizzero, ritenuto di esempio nella formulazione dell'art. 816-*septies* c.p.c. <sup>(32)</sup>, ma anche quello tedesco, il mancato versamento degli anticipi, lungi dal provocare l'inefficacia relativa della convenzione arbitrale, comporti più semplicemente l'arresto della procedura in corso.

Tuttavia, se nell'ordinamento tedesco manca una disposizione analoga all'art. 816-*septies* c.p.c., l'art. 30 del *Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit* faceva dipendere l'inefficacia della convenzione di arbitrato dall'espressa rinuncia della parte adempiente che « a sua scelta può pagare l'intera somma prevista o rinunciare al procedimento arbitrale » (*kann die andere Partei nach ihrer Wahl die gesamten Kosten vorschiesen oder auf das Schiedsverfahren verzichten*) <sup>(33)</sup>, situazione questa non prevista dall'art. 816-*septies* c.p.c. che, senza attribuire poteri di rinuncia alla parte adempiente, si limita, invece, a prevedere che « se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale ».

Inoltre, a chi scrive anche il primo argomento utilizzato dall'impostazione riportata non appare condivisibile, poiché la logica seguita nell'art. 816-*septies* c.p.c. sembra essere completamente diversa da quella dell'art. 808-*quinquies* c.p.c.: se in quest'ultimo si precisa che la chiusura del procedimento senza una pronuncia di merito non toglie efficacia all'accordo compromissorio, con l'art. 816-*septies* c.p.c. sembra, invece, volersi creare una vera e propria deroga alla generale regola di conservazione dell'efficacia della convenzione di arbitrato. Ciò attribuendo all'inadempimento delle parti per l'appunto anche l'effetto di rendere inoperante l'accordo compromissorio, quando la legittima rinuncia degli arbitri all'incarico, nonché il mancato funzionamento della solidarietà tra le parti per il pagamento dei costi della giustizia privata, e del principio dell'ac-

---

<sup>(32)</sup> *Ibidem*, cit., 273, rilevano come l'art. 816-*septies* c.p.c. non sia altro che la traduzione dell'art. 30 del *Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit* svizzero.

<sup>(33)</sup> Si riporta per intero il testo della norma: « Il tribunale arbitrale può esigere un anticipo delle spese processuali presumibili e far dipendere da questo la prosecuzione del procedimento./ Salvo diverso accordo tra le parti, esso determina l'importo a carico di ciascuna./ Se una parte non versa l'anticipazione, l'altra parte può a sua scelta pagare l'intera somma prevista o rinunciare al procedimenti arbitrale. Se rinuncia, in relazione all'oggetto della controversia le parti non sono più vincolate dalla convenzione di arbitrato ». Solo a livello informativo occorre evidenziare come la disposizione in parola sia stata sostituita dall'art. 378 del nuovo codice di procedura civile svizzero (19 dicembre 2008 entrato in vigore nel 2011). Più nel dettaglio la nuova disposizione prevede: « il tribunale arbitrale può esigere un anticipo delle spese procedurali presumibili e farne dipendere la continuazione del procedimento. Salvo diverso accordo tra le parti, esso ne determina l'importo a carico di ciascuna./Se una parte non versa l'anticipazione, l'altra può o a sua scelta anticipare lei stessa il totale delle spese o rinunciare al procedimento arbitrale. In quest'ultimo caso, essa può, per la stessa lite, avviare un nuovo procedimento arbitrale o promuovere una causa davanti al tribunale statale ».



collo della totalità degli anticipi ad opera di uno solo dei contendenti, renda di fatto impossibile l'attuazione dell'arbitrato <sup>(34)</sup>.

7. Se l'indicata interpretazione appare, dunque, poco aderente al dato normativo, chi scrive, al fine di fugare ogni dubbio in ordine alla qualificazione del mancato versamento anticipato delle « *spese prevedibili* » in termini di presupposto processuale impediente il proseguimento del giudizio ovvero di giusto motivo di rinuncia all'incarico arbitrale cui consegue l'inoperatività, *ex lege*, della convenzione di arbitrato, ritiene di dover partire da una spiegazione teorica del particolare rapporto che la disposizione in oggetto sembra prevedere tra contratto parti-arbitri e convenzione di arbitrato.

Convenzione di arbitrato e contratto parti-arbitri sono fattispecie contrattuali, ancorché autonome, tra loro *tendenzialmente* collegate. Il collegamento tra queste intercorrente può, *normalmente*, essere definito collegamento negoziale unilaterale <sup>(35)</sup>, atteso che solamente il mancato perfezionamento della convenzione di arbitrato o il suo successivo venire meno è idoneo a travolgere il contratto parti-arbitri.

Tale situazione si verifica, anche nella particolare ipotesi in cui l'attribuzione del giudizio ad un certo arbitro <sup>(36)</sup>, direttamente nominato nella convenzione di arbitrato, sia essenziale per la deroga alla giurisdizione statale, per cui, il suo rifiuto o *caducazione* dall'incarico comporti il venir meno della stessa scelta della via arbitrale <sup>(37)</sup>. E, infatti, anche in tal caso non si è di fronte ad un collegamento negoziale bilaterale tale per cui le vicende relative al negozio accessorio influiscono su quello principale, ma più semplicemente alla mancata realizzazione di un fatto determinante la validità e l'efficacia di entrambe le fattispecie contrattuali <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Nota LOVISE, *Sub art. 816-septies c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, ed. diretta da CONSOLO, a cura di CONSOLO e LUISSO, Milano, 2007, 5928, come l'attribuzione della facoltà della parte adempiente di pagare la totalità delle anticipazioni sia finalizzata ad evitare che l'inerzia dell'altra parte si ripercuota su di lei.

<sup>(35)</sup> Due negozi si dicono collegati quando mantengono la propria individualità e il fatto dell'unione in un unico atto, diretta alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, non tocca la disciplina dei singoli negozi. Sul collegamento negoziale v. per tutti: SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; DE PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

<sup>(36)</sup> BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 1998, 681, spec. 697.

<sup>(37)</sup> In tal senso v. in giurisprudenza App. Torino, 4 giugno 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3382, secondo cui « *la rinuncia all'incarico dell'arbitro irrituale designato intuitu personae da entrambe le parti all'atto del conferimento del mandato, ne determina l'inefficacia, legittimando le medesime parti ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria* ». Il principio in parola, espresso in tema di arbitrato libero, si ritiene possa essere esteso, in presenza di *eadem ratio*, anche all'arbitrato rituale.

<sup>(38)</sup> Il reciproco collegamento tra due negozi crea in tutti i casi una specie di dipendenza tale che le vicende del rapporto principale si riflettono necessariamente anche sul rapporto accessorio. Accanto, però, al collegamento negoziale unilaterale, si pone il c.d. collegamento negoziale bilaterale, per il quale il brocardo *simul stabunt, simul cadent* perde ogni rilievo. Per un'analisi delle diverse forme di collegamento tra negozi, sia per ciò che concerne la struttura,

Nel caso preso in considerazione dalla disposizione in commento, il mancato versamento degli anticipi è, però, indubbiamente vicenda indipendente dalla causa del ricorso alla giustizia privata che, se sicuramente sostanzia un inadempimento contrattuale tale da incrinare il rapporto parti-arbitri, non è facile comprendere perché dovrebbe, invece, cagionare anche l'inefficacia, ancorché limitata alla controversia che ha dato origine all'arbitrato, dell'altro contratto alla base dell'arbitrato, l'accordo compromissorio. Ciò a meno che non si ritenga che nell'ipotesi in parola, il legislatore — in deroga a quello che *normalmente* è il collegamento negoziale tra convenzione di arbitrato e contratto parti-arbitri — non abbia voluto introdurre nel sistema un'eccezione tale per cui le vicende estintive del rapporto tra giudici e contendenti si estendano all'accordo compromissorio.

8. Quanto da ultimo indicato non è, invero, alla base di quell'impostazione per cui l'inefficacia dell'accordo arbitrale dovrebbe configurarsi come conseguenza del *fatto-inadempimento* del versamento degli anticipi nel termine fissato dagli arbitri « *solo quando nella vicenda concreta emergano indizi che facciano ritenere come verificatasi un'altra fattispecie estintiva, non direttamente relativa al contratto tra le parti e gli arbitri, ma propriamente relativa al patto compromissorio* » <sup>(39)</sup>.

Tale impostazione trova, in altri termini, la sua base teorica nelle vicende estintive del patto compromissorio, in relazione a cui, pur non esistendo nel nostro ordinamento una disciplina organica, è possibile in via interpretativa ricostruirne la fattispecie fondandosi essenzialmente su argomenti di carattere sistematico tratti, oltre che dal sistema generale del processo arbitrale, dalle norme sostanziali sul contratto, o meglio dai principi in tema di cessazione degli effetti dei contratti <sup>(40)</sup>. E sulla base di tali principi potrebbero applicarsi al patto compromissorio le fattispecie estintive dei contratti per concorde volontà delle parti, ovvero, al di fuori della previsione di cui all'art. 1373 c.c., in presenza di una giusta causa, per volontà unilaterale di uno dei compromittenti.

In tal modo il versamento degli anticipi, situazione completamente rimessa alla discrezionalità dei singoli compromittenti, potrebbe legittimamente essere rifiutato dalla parte che non intende rinnovare, al momento dell'insorgere della controversia, la propria volontà compromisso-

---

sia per quanto riguarda gli effetti, v. MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 52 ss.; ORLANDO - CASCIO - ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1 s.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo al collegamento negoziale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, 428.

<sup>(39)</sup> Sono parole di BOVE, *La giustizia arbitrale*, cit., 62.

<sup>(40)</sup> Cfr. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, cit., 683-684; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, 422. In tal senso v. anche BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 30; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 765.

ria, rimanendo, comunque, in capo alla controparte, la facoltà d'impedire, versando la totalità delle anticipazioni, lo scioglimento del vincolo. A differenza dell'obbligazione di pagamento del compenso, il versamento degli anticipi non sembra costituire, infatti, un'obbligazione solidale, ma parziaria<sup>(41)</sup>, al cui totale adempimento la controparte di chi non abbia prestato la propria quota di anticipazione è, dunque, lasciata libera. E sarebbe proprio la libertà a valorizzare la volontarietà della scelta tra accettare le conseguenze del mancato pagamento anticipato delle « *spese prevedibili* » di cui all'art. 816-septies c.p.c., ovvero, versarne la totalità ed evitare lo scioglimento del vincolo compromissorio.

In altri termini, dal *fatto-mancato versamento* della totalità delle spese ad opera della controparte nel termine indicato dagli arbitri si potrebbe desumere la tacita manifestazione della volontà di sciogliere il vincolo compromissorio che si incontra con l'uguale tacita volontà di chi non ha provveduto al versamento della propria quota di spese prevedibili<sup>(42)</sup>. Causa di estinzione del patto compromissorio, contratto, sarebbe, dunque, in quest'ottica la concorde volontà delle parti di liberarsi dal vincolo compromissorio.

Ma si potrebbe anche ricollegare l'estinzione dell'accordo compromissorio non già alla volontà implicitamente espressa con il *fatto-inadempimento* del versamento degli anticipi nel termine fissato dagli arbitri, quanto piuttosto del verificarsi di altra fattispecie estintiva della stessa convenzione di arbitrato. Ipotesi quest'ultima che si concretizzerebbe quando dal mancato versamento delle anticipazioni possa desumersi che le parti si trovino « *in una situazione che rende ormai impossibile il raggiungimento dello scopo del patto compromissorio* »<sup>(43)</sup>. E tale situazione sarebbe cagionata dalla sopravvenuta impossibilità di uno dei contendenti, per il peggioramento della propria situazione economica, di sostenere i costi del giudizio arbitrale. Nel caso indicato, il mancato accollo della controparte della totalità delle anticipazioni, travolgendo

---

<sup>(41)</sup> Che si tratti di un'obbligazione parziaria può essere desunto dalla previsione normativa della possibilità di diverso accordo dei compromittenti, della facoltà concessa alla controparte di chi non ha prestato l'anticipazione richiesta di pagare la totalità delle spese prevedibili, nonché della determinazione, ad opera degli arbitri, della misura dell'anticipazione, gravante su ciascuna parte. In relazione a tale ultima questione preme altresì sottolineare come gli arbitri nella distribuzione pro-quota, non siano tenuti ad onerare le parti in misura uguale, ma solo al rispetto del criterio di ragionevolezza. Sulla necessaria presenza di tale criterio v. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, a cura di BONELLI EREDE PAPPALARDO, Milano, 2012, 100, nonché LUIISO, in LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 296.

<sup>(42)</sup> Sembra essere di tale avviso anche SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, cit., 185-186. V. anche OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale*, a cura di Cecchella, Milano, 2006, 84; NELA, *Sub art. 816-septies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1766; GRADI, *Anticipazione delle spese*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, vol. VII, 4, Torino, 2014, 483 ss.

<sup>(43)</sup> Sono parole di BOVE, *La giustizia privata*, cit., 62.

non già la singola controversia, ma la stessa devoluzione arbitrale della lite, comporterebbe, dunque, la riviviscenza della giustizia statale per impossibilità di raggiungere lo scopo dell'accordo compromissorio<sup>(44)</sup>.

L'indicata ricostruzione, indubbiamente, appare rispettare il principio, proprio delle codificazioni moderne, dell'autonomia ed indipendenza della scelta della via arbitrale dalle vicende relative al rapporto parti-arbitri. Tuttavia, questa, a sommosso avviso di chi scrive, non rappresenta, in considerazione soprattutto del suo scopo, la volontà del legislatore del 2006, che in alcun modo espressamente si riferisce né — a differenza della legge svizzera — all'esplicita rinuncia della via arbitrale della parte adempiente, né ad altre fattispecie di scioglimento del vincolo compromissorio.

Insomma, quest'ultimo, con il prevedere come conseguenza del mancato versamento delle anticipazioni nel termine indicato dagli arbitri l'inoperatività — peraltro limitata alla controversia in essere — della convenzione di arbitrato si ritiene ne abbia, invece, voluto introdurre nell'ordinamento una nuova peculiare ipotesi di inefficacia relativa<sup>(45)</sup> che, indipendente da altra causa estintiva del patto compromissorio, sembra piuttosto legata, probabilmente per ragioni di ordine pratico<sup>(46)</sup>, alle vicende del contratto parti-arbitri.

Diversamente, infatti, il legislatore non solo non avrebbe, collocando la disposizione al secondo comma dell'art. 816-septies c.p.c., ancorato lo scioglimento del vincolo compromissorio alla volontà degli arbitri di subordinare il procedimento al versamento anticipato delle spese del giudizio, atteso che l'ultimo comma della disposizione in oggetto non può che essere letto alla luce del suo primo comma, ma non ne avrebbe neanche previsto la limitazione « *alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale* » (art. 816-septies, ultimo comma, c.p.c.)<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Dello stesso avviso è anche il BGH, sentenza del 14 settembre 2000, n. 33, in *NJW*, 2000, 3720, nonché in *ZZP*, 2001 (114), 2001, 97 ss., con nt. WALTER, che ha desunto, dalle difficoltà economiche di una delle parti tali da comportarne l'incapacità di far fronte agli oneri della procedura, causa di non attuabilità (*Undurchführbarkeit*) del patto compromissorio.

<sup>(45)</sup> Si intende aderire all'orientamento maggioritario secondo cui nel caso di specie si verificherebbe una cessazione parziale degli effetti del patto compromissorio. Cfr. in tal senso MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 104; RICCI G.F., *Sub art. 816 septies*, cit., 465 s.; SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2013, 566.

<sup>(46)</sup> Come indicato da RICCI G.F., *Anticipazione delle spese*, cit., 466, a fronte delle critiche relative alle ricadute che l'inadempimento del rapporto parti-arbitri ha sul patto compromissorio, « *la legge è quella che è, e più che la logica, nel diritto contano molto spesso le esigenze pratiche* ».

<sup>(47)</sup> È proprio in relazione al fatto che il legislatore preveda la cessazione dell'efficacia della convenzione di arbitrato solo in riferimento alla controversia in corso che porta COMASTRI-MOTTO, *Sub art. 816-septies c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 277, a criticare la tesi in parola. In particolare nel loro scritto si legge: « *ora, se l'interpretazione corretta della norma fosse quella criticata, l'effetto estintivo dovrebbe riguardare l'intero patto compromissorio e non*

Sembra, invece, che l'inadempimento dei compromittenti dell'obbligo di versare le anticipazioni nei tempi richiesti non possa considerarsi, ancorché nei termini indicati, causa dell'inoperatività dell'accordo arbitrale, ma solamente motivo legittimante la rinuncia degli arbitri all'incarico. Rinuncia a cui consegue, con l'obiettivo ad un tempo di sanzionare il comportamento dei contendenti e di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, automaticamente, *ex lege*, l'inefficacia della convenzione di arbitrato in relazione alla sola controversia che ha dato origine al procedimento in corso.

Insomma, sembra che il legislatore con la disposizione in oggetto abbia voluto derogare a quello che *normalmente* è il collegamento negoziale tra convenzione di arbitrato e contratto parti-arbitri per introdurre nel sistema un'ipotesi in cui le vicende del rapporto tra giudici e contendenti si estendano all'accordo compromissorio (48).

9. La proposta ricostruzione appare, innanzitutto, supportata dallo scopo di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale seguito dall'art. 816-*septies*, comma 2, c.p.c., norma mirante a superare la situazione che si potrebbe verificare ove una parte, dopo aver bloccato con il suo inadempimento il procedimento arbitrale, proponesse domanda di fronte al giudice ordinario, sollevi in detta sede l'*exceptio compromissi*, impedendo, con gravi ripercussioni sull'effettività della tutela giurisdizionale, anche il processo statale (49).

Chi scrive è, infatti, dell'idea che scopo ultimo della norma sia consentire alla parte adempiente — una volta verificatasi, a causa del mancato pagamento anticipato delle spese prevedibili, l'impossibilità di proseguire il procedimento arbitrale — di agire di fronte al giudice ordinario, senza che sia fondatamente possibile innanzi a questo eccepire la presenza di una convenzione arbitrale ostativa alla pronuncia di merito.

Oltre a ciò sempre a sostegno della proposta interpretazione occorre evidenziare anche come il legislatore abbia espressamente previsto che lo

---

*si comprenderebbe, invece, una limitazione legale di tale effetto al solo oggetto della controversia che ha dato origine al procedimento ».*

(48) In proposito si ritiene di dover evidenziare come la dottrina (RUFFINI, *Patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 2005, 724 s.; BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2006, 221; BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, cit. 69 ss.; ID., *La giustizia privata*, cit., 65) abbia ritenuto incongrua la soluzione adottata nel testo.

(49) Come evidenziato da GRADI, *Anticipazione delle spese*, cit., 484, « lo scopo della disposizione è dunque quello di impedire comportamenti contraddittori, ovvero contrari al divieto di venire contra factum proprium, delle parti. In mancanza di una disposizione siffatta, la parte interessata alla risoluzione della lite sarebbe infatti costretta a proporre, ove volesse tutelare i suoi diritti, una nuova domanda di arbitrato, trovandosi, assai probabilmente, ancora di fronte al rifiuto dell'avversario di anticipare la propria quota di spese e quindi ad affrontare nuovamente il dilemma di dover anticipare la totalità dei costi dell'arbitrato o di non avere accesso alla tutela dei propri diritti ».

scioglimento del vincolo compromissorio sia il frutto, non già della volontà delle parti, ma degli arbitri essendo l'operatività dell'ultimo comma dell'art. 816-*septies* c.p.c. espressamente ancorata alla loro manifestazione di volontà di subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato dei costi del giudizio.

Più esplicitamente, quanto detto equivale a ritenere il mancato versamento degli anticipi incapace di per sé di produrre effetti sull'accordo arbitrale e/o sul procedimento in corso, atteso che ove gli arbitri non subordinino espressamente la continuazione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili, la procedura arbitrale può concludersi con la decisione della controversia <sup>(50)</sup>.

In tal senso si esprimono anche le prime pronunce sul tema che mettono chiaramente in evidenza come non sia nella libera disponibilità delle parti liberarsi dalle conseguenze negative emerse nel corso del giudizio arbitrale, con il semplice mancato versamento delle anticipazioni. E, infatti, più nel dettaglio la giurisprudenza specifica come l'art. 816-*septies* c.p.c. sia norma posta « a tutela degli arbitri e non delle parti », di guisa che, ove i primi non manifestino specificamente <sup>(51)</sup> « la volontà di condizionare la prosecuzione del procedimento al versamento delle somme dovute a titolo di anticipazione delle spese prevedibili » <sup>(52)</sup> e, dunque, non rappresentino di voler esercitare il potere di rinunciare all'incarico conferito, il *fatto-mancato versamento* degli anticipi di per sé non produrrebbe alcun effetto sulla convezione di arbitrato.

In altri termini, l'art. 816-*septies* c.p.c. fa dipendere l'inefficacia del vincolo compromissorio dall'espressa manifestazione della volontà degli arbitri che a tal fine dovranno fissare anche il termine perentorio di adempimento delle parti <sup>(53)</sup>.

Peraltro, si ritiene che il suddetto termine debba essere graduato in due momenti: un primo momento per consentire a ciascuna parte di adempiere in relazione alla quota di propria spettanza e un secondo momento, limitatamente al caso in cui una delle parti non abbia effettuato

---

<sup>(50)</sup> In tal senso LUIO, in LUIO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 296; BOVE, *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, cit., 69.

<sup>(51)</sup> Il provvedimento con cui gli arbitri richiedono gli anticipi assume la forma di ordinanza modificabile e revocabile in qualunque momento. Chiaro è che la revoca dell'ordinanza, mirante ad evitare il prodursi degli effetti dai cui all'art. 816-*septies* c.p.c., così come la sua modifica, dovrà avvenire prima della scadenza del termine finale per l'adempimento delle parti.

<sup>(52)</sup> Sono parole di Coll. Arb., (Iodo), 3 luglio 2008, cit., in cui si afferma: « diversamente argomentando si dovrebbe giungere all'aberrante conclusione che per una parte sarebbe sufficiente, per liberarsi dalle conseguenze negative emerse nel corso del giudizio arbitrale, non provvedere al versamento delle somme indicate per svincolarsi dalla clausola arbitrale (...) ».

<sup>(53)</sup> Come giustamente nota RICCI G.F., *Anticipazione delle spese*, cit., 465, si tratta dell'unico caso in cui gli arbitri hanno il potere di fissare un termine a pena di decadenza.

il versamento, per consentire all'altra di evitare gli effetti di cui al comma 2 del citato art. 816-*septies* <sup>(54)</sup>.

Ciò detto, se è, dunque, nella libera disponibilità degli arbitri subordinare la prosecuzione del giudizio al versamento anticipato delle spese prevedibili entro un determinato termine, il mancato verificarsi dell'evento comporta, invece, l'automatica cessazione dell'efficacia, per rinuncia, del contratto parti-arbitri, che, a sua volta produce l'inefficacia relativa, *ex lege*, della convenzione di arbitrato <sup>(55)</sup>.

10. Prima di concludere, nel silenzio della norma, occorre ancora risolvere la questione relativa alle conseguenze del verificarsi della fattispecie di cui all'art. 816-*septies* c.p.c. sul procedimento in corso: residua in capo agli arbitri l'obbligo di dichiarare la chiusura del procedimento con un lodo di rito? Ovvero il procedimento si arresta automaticamente con la rinuncia all'incarico dei giudici privati senza necessità di ulteriore attività?

Già, in altra sede <sup>(56)</sup>, attenta all'effetto prodotto dal mancato versamento delle anticipazioni sul contratto parti-arbitri, mi espressi in ordine all'arresto automatico del procedimento, disconoscendo in capo ai giudici privati il potere di pronunciarsi sulla sopravvenuta vincolatività della convenzione di arbitrato, considerazioni di carattere pratico mi conducono oggi a meglio specificare tale questione.

Innanzitutto, occorre evidenziare come allo scadere del termine fissato dagli arbitri il *fatto-mancato* versamento delle anticipazioni, sostanziando il realizzarsi della condizione a cui questi avevano subordinato la prosecuzione del procedimento, ne perfezioni la rinuncia all'incarico. Ciò, se indubbiamente comporta l'incapacità del versamento tardivo di pro-

---

<sup>(54)</sup> Cfr. SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, cit., 185, che evidenzia come « il legislatore ha poi stabilito che gli arbitri debbano fissare un termine perentorio per il pagamento degli anticipi sulle spese. Ciò significa che il meccanismo funziona attraverso la fissazione di un duplice termine: dapprima quello originario disatteso da almeno una delle parti e poi quello successivo che gli arbitri sono tenuti a fissare per dare modo all'unica parte adempiente di surrogarsi all'altra, oppure a entrambe le parti di pagare, pena la caducazione del vincolo arbitrale limitatamente alla causa già attivata ». In tal senso v. anche Cass., 11 settembre 2015, n. 17956, cit.

<sup>(55)</sup> La pronuncia dell'ordinanza ex art. 816-*septies*, comma 1, c.p.c. sembra produrre in relazione al procedimento in corso uno stato di « quiescenza », durante il quale gli arbitri potrebbero legittimamente rifiutarsi di compiere atti. Invero, come rilevato da GRADI, *Anticipazione delle spese*, cit., 488, non si sarebbe di fronte ad un'ipotesi di sospensione in senso tecnico, di guisa che il termine per la pronuncia del lodo continuerebbe a decorrere. Il citato Autore giunge dunque a sostenere: « appare quindi consigliabile, per un equilibrato esercizio della facoltà di cui all'art. 816-*septies* c.p.c., che il tribunale arbitrale disponga la richiesta di versamento degli anticipi, fissando contestualmente termini per il deposito delle memorie di parte, in modo da poter impiegare utilmente il necessario intervallo di tempo intercorrente fra l'una e l'altro, all'esito del quale verificare in apposita udienza l'adempimento delle parti ».

<sup>(56)</sup> Alcune riflessioni in merito all'art. 816-*septies* c.p.c. in nota a Coll. Arb. Napoli, 20 giugno 2013, cit., 197.

durre effetti sananti<sup>(57)</sup>, non impedisce, tuttavia, agli arbitri, automaticamente svincolati dal contratto di arbitrato, di verificare, nel contraddittorio delle parti, l'effettività dell'inadempimento e, dunque, lo scioglimento di ogni vincolo contrattuale con i compromittenti<sup>(58)</sup>.

Viceversa, dubbi restano in relazione alla possibilità che i giudici privati possano statuire in ordine alle sorti della convenzione di arbitrato.

Invero la posizione assunta tanto dalla prassi applicativa<sup>(59)</sup> che dall'opinione dottrinale<sup>(60)</sup> è quella per cui, in presenza di eccezione di parte, le conseguenze sul patto compromissorio del mancato versamento anticipato delle spese prevedibili dovrebbero essere dichiarate dagli stessi arbitri. Questi non dovrebbero limitarsi a dichiarare, a decorrere dalla scadenza del termine, l'intervenuta cessazione di ogni loro obbligazione contrattuale con i compromittenti, ma — in presenza dell'eccezione di parte circa il venire meno della propria *potestas iudicandi* — dovrebbero, invece, anche pronunciare lodo in rito dichiarativo dell'impossibilità di proseguire il giudizio, a causa della sopravvenuta inefficacia in relazione alla controversia che ha dato origine al procedimento del vincolo compromissorio.

Tale ricostruzione non appare, a causa del venire meno del vincolo contrattuale tra parti ed arbitri, convincente, come allo stesso modo non appaiono convincenti neanche quelle teorie per cui i giudici privati sarebbero nel caso in esame tenuti a dichiarare l'estinzione del procedimento<sup>(61)</sup>.

E, infatti, il mancato versamento degli anticipi non è espressamente

---

<sup>(57)</sup> In tal senso v. Coll. Arb. Napoli, 20 giugno 2013, cit., 197. Nel caso sottoposto all'attenzione del collegio la parte onerata aveva pagato le spese prevedibili, ivi compreso l'acconto sull'onorario del segretario, ma il pagamento era avvenuto dopo lo scadere del termine ultimo fissato dagli arbitri che, pertanto, non avevano attribuito al tardivo pagamento alcun effetto sanante a causa del venir meno di ogni vincolo dei compromittenti alla convenzione di arbitrato dal di della scadenza del termine fissato per il versamento anticipato delle spese prevedibili.

<sup>(58)</sup> Si ritiene che il provvedimento da adottare in tale sede sia un'ordinanza.

<sup>(59)</sup> Cfr. Coll. Arb. Napoli, 20 giugno 2013, cit., 197; Coll. Arb. Bari, 24 giugno 2014, cit., 175.

<sup>(60)</sup> SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, cit., 185, secondo cui « se le parti non provvedono al pagamento, gli arbitri possono poi emanare una pronuncia di rito, che al contempo dia atto dell'inadempimento delle parti e del determinarsi dell'operare della causa di non perseguibilità dell'arbitrato, con caducazione della convenzione di arbitrato limitatamente alla causa stessa ».

<sup>(61)</sup> Secondo NELA, *Sub art. 816-septies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, in Commentario a cura di CHIARLONI, cit., 1763 e ss., ancorché tecnicamente non ci si trovi di fronte ad un'ipotesi tipica, l'inadempimento delle parti dell'obbligo di versare nel termine l'anticipazione richiesta produrrebbe sul procedimento in corso effetti analoghi a quelli dell'estinzione del processo. Allo stesso modo RICCI G.F., *Anticipazione delle spese*, cit., 446 e nt. 4, il quale ritiene che l'art. 816-septies c.p.c. introdurrebbe nel sistema un'ipotesi di inefficacia sopravvenuta della convenzione di arbitrato che « da un lato determina la chiusura di quest'ultimo in rito e dall'altro ne impedisce la riproposizione ».



previsto dal legislatore quale motivo di estinzione del procedimento arbitrale <sup>(62)</sup>: l'estinzione consegue, oltre alla rinuncia dell'istante agli atti del giudizio, a forme d'inattività processuale, che non si presentano, invece, nel caso di specie in cui l'inattività dei compromittenti non si inserisce nella trama processuale, sviluppandosi piuttosto sul piano sostanziale del rapporto intercorrente tra le parti e gli arbitri.

A chi scrive sembra invece che i giudici privati, come in ogni altra ipotesi di scioglimento per rinuncia del contratto parti-arbitri, lungi dal doversi pronunciare sull'efficacia del patto compromissorio ovvero sull'estinzione del procedimento in corso, debbano più semplicemente dichiarare con ordinanza il realizzarsi della condizione a cui avevano subordinato la prosecuzione del procedimento, che, per l'effetto, entrerà, a causa del venire meno di tutti gli arbitri nominati, in uno stato di quiescenza.

Se ciò sembra, indubbiamente consentire alle parti, *ex art. 811 c.p.c.*, la sostituzione « *secondo quanto stabilito per la loro nomina nella convenzione di arbitrato* » <sup>(63)</sup> degli arbitri rinunciatari, non ne ostacola però, in presenza di un sistema che vede i rapporti tra processo arbitrale e statale correre su vie parallele <sup>(64)</sup>, anche la proposizione della domanda in sede ordinaria <sup>(65)</sup>. Conseguentemente, la dichiarazione dell'inefficacia sopravvenuta della convenzione di arbitrato con riguardo alla lite che ha dato origine al procedimento in cui le parti non hanno provveduto al versamento anticipato delle spese prevedibili può avvenire anche in altro diverso giudizio, ovvero, ad opera di un diverso tribunale arbitrale.

Segnatamente, si ritiene che questa possa essere dichiarata nell'ambito tanto del successivo processo ordinario, in cui sia eccepita la presenza del patto compromissorio, che nel procedimento arbitrale che, instaurato sulla base della originaria domanda avente ad oggetto la lite in relazione a cui si è verificato l'inadempimento, l'originario tribunale sia, ai sensi dell'art. 811 c.p.c., stato sostituito dalle parti e sempre che, di fronte ai nuovi giudici sia stata proposta eccezione relativa alla sua validità ed efficacia <sup>(66)</sup>.

---

<sup>(62)</sup> Negli art. 819-bis e 821 c.p.c. le ipotesi estintive del procedimento arbitrale sono espressamente previste.

<sup>(63)</sup> Il comma 2 dell'art. 811 c.p.c. prevede, inoltre, ove la parte a cui spetta o il terzo non vi provveda la sostituzione del membro o dei membri del tribunale arbitrale ad opera del Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c.

<sup>(64)</sup> Sui rapporti tra giudizio statale e arbitrato v., per tutti: LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in questa *Rivista*, 2005, 773 ss.; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in questa *Rivista*, 2007, 361 ss.

<sup>(65)</sup> Chiaro è che, se la nomina di un nuovo tribunale non comporta il venir meno dell'originaria litispendenza arbitrale, con conseguente salvezza degli effetti sostanziali della domanda, lo stesso non avviene nel caso in cui la domanda sia proposta di fronte al giudice ordinario.

<sup>(66)</sup> *Contra* SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, cit., 185, la quale afferma che le parti non possano concordare un nuovo ricorso alla giustizia privata anche implicitamente

Chiaro è, in ogni caso, come le due prospettive illustrate comportino sul piano applicativo diverse conseguenze.

Ciò non tanto in riferimento agli strumenti di reazione delle parti alla subordinazione arbitrale di proseguire il procedimento in corso al versamento, a titolo di anticipazione, di somme eccedenti l'importo delle spese ragionevolmente prevedibili <sup>(67)</sup>, quanto piuttosto in ordine alla liquidazione dei compensi e alla responsabilità arbitrale, posto che dalla pronuncia del lodo deriverebbe la possibilità, non solo di ottenere la liquidazione presidenziale di cui all'art. 814 c.p.c., ma anche di rendere più difficoltosa l'eventuale azione di responsabilità proposta nei confronti dei giudici privati.

Più specificamente, se le parti indubbiamente possono — nel caso in cui si riconosca agli arbitri il potere di pronunciare un lodo rito che dichiari ad un tempo l'improseguibilità del procedimento e l'inefficacia relativa della convenzione di arbitrato — ottenere in sede d'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 10 c.p.c. un sindacato in ordine al realizzarsi della fattispecie dell'art. 816-septies c.p.c., queste possono, chiaramente ove sia proposta la relativa eccezione, anche nell'ambito del successivo procedimento statale avente ad oggetto la controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale in cui le parti hanno mancato di versare gli anticipi ovvero in sede arbitrale di fronte al nuovo tribunale nominato in seguito alla sostituzione degli arbitri rinuncianti, ottenere il sindacato in ordine alla sopravvenuta inefficacia della convenzione di arbitrato.

Viceversa, in relazione alla liquidazione del compenso, se è indubbio che gli arbitri possano sempre agire in via ordinaria <sup>(68)</sup> per ottenere nei confronti dei compromittenti inadempienti il pagamento del corrispettivo relativo dell'attività espletata nell'ambito di un procedimento chiuso senza giungere alla pronuncia del lodo, in tale ultimo caso, non potrebbero, invece, a differenza del caso in cui il processo si chiuda con lodo,

---

attraverso « la mancata eccezione di attuale inesistenza del patto compromissorio di cui all'art. 817 c.p.c. ».

<sup>(67)</sup> LOVISE, *Sub art. 816-septies c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., 5928, ritiene che le parti possano anche nel corso del procedimento contestare la congruità della richiesta arbitrale e, in presenza di loro ingiustificata desistenza relativa alla mancata riduzione della richiesta, qualificabile come una forma di omissione e/o comunque ritardo nell'adempimento, accordarsi (*ex art. 813-bis*, comma 1, c.p.c.) per la decadenza ovvero, in assenza, unilateralmente, a tal fine, ricorrere al Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 813-bis, comma 2, c.p.c.

<sup>(68)</sup> Cass., 31 marzo 2006, n. 7623, in *Giur. it. Mass.*, 2006; Cass., 6 marzo 1998 n. 2494, in questa *Rivista*, 1998, 707, con nt. GROSSI, *I limiti del procedimento di liquidazione del compenso degli arbitri ex art. 814 c.p.c.*; Cass., 17 ottobre 1996, n. 9074, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 964; Cass., 14 marzo 1996, n. 2124, in *Riv. Trim. App.*, 1996, 706, con nt. GIACOBBE, *Le prestazioni delle parti nel contratto di arbitrato. In particolare la liquidazione giudiziale del compenso agli arbitri ed i limiti al potere di cognizione del presidente del tribunale, adito ai sensi dell'art. 814, 2° comma, c.p.c.*

secondo l'orientamento assolutamente maggioritario della giurisprudenza, agire di fronte al Presidente del Tribunale per ottenere la liquidazione *ex art. 814 c.p.c.* del proprio compenso <sup>(69)</sup>.

Oltre a ciò, attribuire agli arbitri la facoltà, anche ove abbiano subordinato la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle « *spese prevedibili* » di pronunciare, in presenza di eccezione di parte, lodo dichiarativo dell'improseguibilità del giudizio per la sopravvenuta inefficacia del patto compromissorio appare avere conseguenze anche sulla possibile proposizione di un giudizio di responsabilità nei loro confronti. E, infatti, se nel caso di rinuncia all'incarico, stante la mancata pronuncia del lodo, l'azione di responsabilità degli arbitri può essere proposta senza ostacoli <sup>(70)</sup>, viceversa, ove questi abbiano pronunciato il lodo, la sua proposizione è, invece, ai sensi dell'art. 813-ter, comma 4, c.p.c., subordinata all'« *accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata proposta* » <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> Presupposto per attivare lo speciale procedimento camerale, che consente agli arbitri di ottenere in tempi assai ridotti un provvedimento immediatamente esecutivo, è, infatti, secondo la giurisprudenza, la risoluzione della controversia con la pronuncia del lodo. Cfr.: Cass., 6 marzo 1998, n. 2494, cit.; Cass., 17 ottobre 1996, n. 9074, cit.; Cass., 14 marzo 1996, n. 2124, cit.; Cass., 17 settembre 2002, n. 13607; Cass., 17 ottobre 1996, n. 9074, in *Foro it.*, 1996, I, 3578 ss.; Cass., 4 giugno 2008, n. 14799, in questa *Rivista*, 2008, 361 ss., con nt. VACCARELLA ROV., *Merito del giudizio arbitrale e pronunce giudiziali sul contratto di arbitrato*; Cass., 14 aprile 2006, n. 8872. Nel caso in cui il procedimento si concluda senza la pronuncia del lodo, gli arbitri possono, invece, servirsi del procedimento di cognizione ordinario. In altri termini, a questi non si nega il diritto al compenso per l'opera prestata, ma solo il diritto di servirsi dello speciale strumento tutela di cui all'art. 814, comma 2, c.p.c. Cfr.: Cass., 7 aprile 2006, n. 8222, in *Giur. It. Mass.*, 2006; Cass., 31 marzo 2006, n. 7623, cit. Peraltro, secondo Cass., 26 agosto 2002, n. 12536, in *Giust. Civ.*, 2003, 1039, con nt. critica di RUFFINI, *Equivoci sulla determinazione giudiziale delle spese e degli onorari degli arbitri che si siano limitati a risolvere questioni di competenza o di ammissibilità del procedimento arbitrale*, anche nel caso di pronuncia di un lodo non definitivo su questione pregiudiziale, gli arbitri non potrebbero chiedere la liquidazione giudiziale del compenso *ex art. 814*, comma 2, c.p.c. Tale orientamento si fonda sulla considerazione che, là dove non sia pronunciato lodo definitivo, al Presidente del Tribunale manchino gli elementi necessari di valutazione per la determinazione del compenso spettante agli arbitri.

<sup>(70)</sup> In particolare il comma 2 dell'art. 813-ter c.p.c. prevede che l'azione di responsabilità arbitrale nel caso in cui gli arbitri abbiano senza giusto motivo rinunciato all'incarico può essere proposta anche nel corso del procedimento.

<sup>(71)</sup> Nessuna significativa differenza si riscontra, invece, nonostante a prima vista potrebbe non apparire così, in ordine agli effetti sostanziali e processuali della domanda arbitrale. La pronuncia che dichiara la sopravvenuta inefficacia della convenzione di arbitrato consente, dopo la celeberrima Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223 (in *Diritto & Giustizia* 2013, con nt. VALERINI; in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, 4, 1330 e in *Foro it.*, 2013, 10, I, 2690, con nt. D'ALESSANDRO, ACONE e FRASCA), con la riassunzione della causa di fronte al giudice statale nei termini di cui all'art. 50 c.p.c., la salvezza degli effetti sostanziali della domanda arbitrale. Se, anche nel caso di nomina di un nuovo tribunale si assiste al permanere dell'originaria litispendenza, viceversa, l'instaurazione della causa in sede ordinaria, nelle more del procedimento arbitrale, sospeso per il venire meno di tutti i membri dell'organo giudicante, comporta una nuova litispendenza con perdita degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda. Tuttavia, qui siamo di fronte ad una scelta di parte. Sarà, dunque, asseconda delle situazioni ovvero degli aspetti sostanziali relativi a possibili decadenze o prescrizioni che le parti calibreranno la scelta di instaurare una nuova litispendenza in sede ordinaria ovvero di nominare un nuovo tribunale

*The author analyses the scope of Article 816-septies of the Italian Code of Civil Procedure. Particularly, this provision, included in the Code by the Legislative Reform of 2006, deals with practical issues: on the one hand, the validity of the arbitrator's resignation from the appointment and, on the other, the effective legal protection of individual rights through an invalid arbitration agreement. Indeed, when a request for an advance on costs has not been complied with by the parties, it has a significant impact on the arbitration procedure in its entirety. To these and other issues, the author seeks to find solutions in line with the arbitration practice.*

---

arbitrale magari con il solo scopo di chiedergli la pronuncia di un lodo in rito dichiarativo della sopravvenuta inefficacia della convenzione arbitrale.

## La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?

MONICA DELSIGNORE (\*)

1. La disponibilità come limite, codificato ma incerto, al ricorso all'arbitrato e alla transazione. — 2. Pregiudizi, ostacoli e nuovi orizzonti per il riconoscimento della disponibilità degli interessi legittimi. — 3. Il superamento del principio della statualità della giurisdizione. — 4. L'esercizio del potere in forme convenzionali. — 5. L'arricchimento della tutela dell'interesse legittimo, il suo avvicinamento al diritto e le conseguenze in tema di applicabilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative. — 6. Il ricorso alla transazione nelle controversie amministrative. — 7. La centralità del ruolo del giudice amministrativo anche per la soluzione della controversia fuori dal giudizio.

1. La disponibilità delle posizioni giuridiche è richiamata quale presupposto per il ricorso a strumenti di auto-composizione delle liti, come la transazione, o di etero-composizione delle controversie, come l'arbitrato.

In particolare, alla disponibilità dei diritti rimandano sia l'art. 806 c.p.c., per l'applicazione dell'arbitrato, sia l'art. 1966 c.c., per la transazione, nonostante le critiche della dottrina abbiano messo in luce la fragilità della nozione.

Non esiste, infatti, una definizione univoca di disponibilità, né la Costituzione contiene riferimento alcuno ai fini dell'utilizzo dei rimedi non giurisdizionali.

Si tratta, al contrario, di un limite « *assai incerto e discutibile che la legge può a sua volta derogare, sia pure sempre esercitando una ragionevole discrezionalità, fondata su apprezzabili ragioni, cioè su interessi meritevoli secondo il sistema ordinamentale* » <sup>(1)</sup>, limite che « *apre notevoli problemi*

---

(\*) Professore associato nella Università degli Studi di Milano Bicocca.

(1) P. PERLINGIERI, *Lectio magistralis, La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *La giustizia arbitrale*, a cura di V. Putorti, Napoli, 2015, 1, qui 2 e i numerosi richiami dottrinali ivi contenuti.

*di natura interpretativa a causa della estrema indeterminatezza del concetto di disponibilità* » (2).

Così si potrebbe dire, prendendo a prestito le parole di altro illustre studioso (3), che si tratta di criterio in verità « *solo orientativo, perché rovescia senza rispondervi il quesito in un altro* ».

Nella Costituzione l'art. 24 riconosce il diritto di azione, anche in senso negativo: « *l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale* » (4).

Il presupposto della disponibilità della controversia ai fini della sua soluzione al di fuori del circuito giurisdizionale è, invece, affatto privo di rilievo (5).

Del resto, la scelta delle parti, che si esprime attraverso l'opzione per l'auto-composizione o per l'etero-composizione della lite, si incentra nel favore per il giudice privato anziché dello Stato. A tale scelta dovrebbe perciò essere estranea la disciplina del rapporto sostanziale, salva la garanzia che quella disciplina adotti e applichi anche il giudice privato.

Diversamente, la Corte di Cassazione assegna all'inderogabilità delle norme applicabili il ruolo di indice della indisponibilità dei diritti oggetto della lite (6). In proposito, l'art. 1966 c.c. indica, al secondo comma, la nullità della transazione che cada su diritti indisponibili « *per loro natura o per espressa disposizione di legge* »: l'interpretazione del supremo giudice non trova, dunque, conforto nel dettato di legge.

L'inderogabilità delle norme non solo non è affatto chiamata in causa dall'art. 1966 c.c., ma dall'improprio accostamento sorge una ulteriore ambiguità. La nullità virtuale ovvero per violazione di norme imperative o inderogabili è, infatti, nozione anch'essa equivoca e incerta (7). Il ragionamento del giudice confonde i piani: la transazione è nulla quando

---

(2) P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 17.

(3) Così si esprime A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 1999, 2155, qui 2166, in relazione all'allora vigente art. 806 c.p.c che conteneva il richiamo alle controversie passibili di transazione per definire i rapporti arbitrabili.

(4) Come si legge nella sentenza della Corte Costituzionale 13 aprile 1977, n. 63, punto 3.

(5) In proposito si rinvia alle considerazioni di M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, nel capitolo I.

(6) Tale interpretazione trova conforto anche in dottrina. Si permetta ancora il rinvio a M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 91 ss.

(7) Si rinvia A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003. Sulla nozione di nullità degli atti si segnala anche M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 851.

i diritti sono indisponibili per loro natura o perché una disposizione di legge *espressamente* ne indica la indisponibilità; e allora dalla norma inderogabile non può *implicitamente* ricavarsi la indisponibilità del diritto.

Sgombrato così il campo da ragionamenti consolidati ma poco convincenti, sembra corretto affermare che vi sia diritto o interesse disponibile anche a fronte di norme inderogabili che ne disciplinino l'esercizio.

Resta da comprendere quale sia il senso da attribuire alla indisponibilità.

La nozione di disponibilità esprime la dinamicità delle posizioni giuridiche, da intendersi non tanto quanto capacità di spogliarsi della situazione e di rinunciarvi, ma, invece, quale possibilità di conformare, di adattare e modellare le pretese di cui si compone la posizione e che sono l'oggetto della controversia.

In questo senso, la disponibilità ben si correla anche all'interesse legittimo e al potere che con lo stesso dialoga: il dialogo esprime, infatti, questa capacità di dar forma alla relazione, di una collaborazione fattiva del cittadino con l'amministrazione<sup>(8)</sup>, così da giungere, attraverso il confronto, all'assetto di interessi più conveniente nel rispetto dei vincoli dell'ordinamento.

In chiave sistematica, si è di recente osservato che la surrogabilità in denaro della soddisfazione degli interessi legittimi muove nella direzione della loro disponibilità e compromettibilità<sup>(9)</sup>.

L'intento, allora, è di ragionare su quali siano, posto che si ritiene esistano, gli spazi per affermare la disponibilità degli interessi legittimi e, di conseguenza, per l'utilizzo degli strumenti extragiudiziali idonei a risolvere controversie sull'esercizio del potere, che nella disponibilità trovano il loro presupposto. La riflessione dovrà condursi alla luce delle « *trasformazioni epocali che hanno contraddistinto il diritto amministrativo in questo ultimo quarto di secolo* »<sup>(10)</sup>.

2. Certamente occorre dare atto che l'arbitrato convive da sempre con il pregiudizio della « *superiorità della giustizia statale* »<sup>(11)</sup>.

Ancora di recente si registra un nuovo intervento del legislatore atto a « *sterilizzare il ricorso all'arbitrato* »<sup>(12)</sup> proprio nel settore dei contratti

---

<sup>(8)</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3.

<sup>(9)</sup> L. FERRARA, *L'arbitrato nelle controversie amministrative. In particolare, la compromettibilità degli interessi legittimi*, in *La giustizia arbitrale*, cit., 245, qui 250.

<sup>(10)</sup> A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototsching*, Milano 13 aprile 2013, Napoli, 2014, 11, qui 16.

<sup>(11)</sup> Così P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>(12)</sup> Come afferma A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205.

pubblici, ambito di tradizionale utilizzo dello strumento<sup>(13)</sup>. Come noto, infatti, la c.d. legge anti corruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190) ha introdotto, all'art. 1, co. 18-25, l'obbligo della preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria. Al nuovo onere si somma la previsione del dirigente quale preferibile arbitro di parte per la PA<sup>(14)</sup> e del divieto per i magistrati e per gli avvocati dello Stato di far parte di collegi arbitrali.

Parte della dottrina, in virtù del contesto nel quale si colloca la disposizione, ha ritenuto necessaria un'interpretazione particolarmente rigorosa della stessa, tale da « *includere nel divieto anche i magistrati collocati a riposo* »<sup>(15)</sup>, facendo salvi i soli contratti di arbitrato perfezionati prima dell'entrata in vigore della legge e ritenendo di conseguenza invalide le nomine effettuate prima dell'entrata in vigore in mancanza della costituzione del collegio.

La Corte costituzionale<sup>(16)</sup> ha avuto modo di precisare che la disposizione « *là dove prevede la preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria, è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti. Essa si applica ... anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.* »<sup>(17)</sup>.

Le previsioni finiscono così per trasformare in ipotesi residuale e eccezionale l'utilizzo del rimedio in un ambito in cui da sempre lo stesso

---

<sup>(13)</sup> Si permette di rinviare in merito a M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, tomo II, p. 2041.

<sup>(14)</sup> Per alcune riflessioni in merito E. ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. Dir. proc.*, 2014, 937, in particolare par. 8 ove si esamina la questione della ricusabilità dell'arbitro ai sensi dell'art. 815, comma 1, n. 5 c.p.c. rispetto all'arbitro dirigente nominato dalla pubblica amministrazione.

<sup>(15)</sup> E. ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, cit., qui par. 3. Diversamente S.S. SCOCA ritiene che il divieto valga solo per le nomine successive all'entrata in vigore della legge, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, 2013, Art. 241, p. 2425.

<sup>(16)</sup> Cfr. Corte Cost. 9 giugno 2015, n. 108, confermata dall'ord. Corte Cost. 6 maggio 2016, n. 99. Per un commento alla decisione F. DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 239.

<sup>(17)</sup> L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione del 18 dicembre 2013, n. 6 (per un commento alla quale si rinvia a P. COSMAI, *Le direttive dell'Avcp sull'arbitrato dopo la legge anticorruzione, nelle more della riforma del Codice di rito civile*, in *Azienditalia*, 2014, 598) aveva diversamente ritenuto il divieto inefficace sia rispetto agli incarichi arbitrali conferiti a magistrati o avvocati dello Stato per procedimenti già in corso o per collegi comunque già costituiti alla data del 28 novembre 2012, ovvero all'entrata in vigore della norma, sia rispetto a provvedimenti di designazione per i quali sia già intervenuta l'accettazione, pur ove il collegio arbitrale non si fosse ancora insediato.



ha trovato applicazione, in quanto meccanismo in grado di risolvere senza gli strappi propri del giudizio le controversie nascenti in un rapporto contrattuale tra due soggetti spesso aventi altri rapporti in essere o comunque con l'auspicio di possibili collaborazioni in futuro.

Anche la transazione conosce ostacoli non minori. Essa, infatti, si scontra con il minaccioso rischio della responsabilità contabile. La transazione in quanto contratto è, infatti, sottoposta al controllo della Corte dei Conti e la scelta di transigere o meno può comportare in capo agli amministratori una specifica responsabilità per danno erariale <sup>(18)</sup>. Anche nelle controversie patrimoniali conosciute dal giudice ordinario, ove l'amministrazione è senz'altro libera di stipulare accordi transattivi sulla base dell'art. 1965 c.c. <sup>(19)</sup>, l'amministrazione non è considerata come un soggetto pienamente autonomo <sup>(20)</sup>; anzi, il giudice contabile esercita un controllo attento sull'equilibrio e la coerenza con l'interesse pubblico della soluzione transattiva. È chiaro, perciò, che tanto più la giurisprudenza si assesti nel ritenere responsabile il dipendente pubblico in ipotesi di dubbia congruità della transazione, tanto meno frequente risulterà il ricorso ad uno strumento che mette a rischio il patrimonio personale del dipendente <sup>(21)</sup>. Ciò anche a fronte della constatazione che nessuna responsabilità in genere deriva, invece, dalla scelta in favore della partecipazione ad un procedimento giurisdizionale lungo e costoso, quando più facilmente al di fuori del processo la controversia avrebbe trovato soluzione <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> In tal senso A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione e atti a funzione transattiva*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi*, a cura di G. Falcon, B. Marchetti, Napoli, 2015, 227, qui 235 e G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 nonché in *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. II, Milano 2008, 183. Della responsabilità per una transazione intervenuta (in assenza della reciprocità delle concessioni) successivamente alla esecutività del lodo arbitrale che definisce una controversia fra Comune ed impresa appaltatrice si occupa Corte Conti, sez. II, 20/06/2007, n. 204 e sulla responsabilità per danno (indiretto) conseguente all'erogazione di somma disposta a seguito di transazione tra P.A. e terzo danneggiato si veda, ad esempio, Corte Conti, sez. I, 30/07/1990, n. 162.

<sup>(19)</sup> Si pensi, da ultimo, alle controversie in tema di risarcimento del danno da emotrasfusioni e alle transazioni previste anche in via generale con atto regolamentare.

<sup>(20)</sup> Cfr. A. CASSATELLA, *op.ult. cit.*, 239 e la pronuncia Corte Conti Piemonte, sez. contr., 26 settembre 2013, n. 344 dallo stesso ricordata.

<sup>(21)</sup> Offre una rassegna aggiornata degli orientamenti della Corte dei Conti M. DE PAOLIS, *Responsabilità per transazione nelle attività della PA*, in *Azienditalia*, 2015, 427. Non si nasconda che talora, con riguardo a controversie di natura privatistica, la Corte dei conti si è mostrata favorevole allo strumento come si legge nella decisione della sez. giurisd. Reg. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719 ove si sottolinea l'importanza della rapidità della composizione attraverso la transazione "sia per evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile..., sia per rimediare al notevole danno di immagine subito dall'azienda causa del clamore mediatico suscitato dalla particolarità della vicenda". Si trattava di un caso di malasanità, in cui il medico che ha rifiutato la firma dell'accordo transattivo è stato condannato per responsabilità erariale nei confronti dell'azienda ospedaliera. In proposito si rinvia alle considerazioni di M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481, qui 503.

<sup>(22)</sup> La Corte Conti (nella decisione, sez. II, 2 ottobre 2003, n. 266) ritiene che l'annullamento dell'atto di esproprio per mancato finanziamento pubblico non comporta alcuna

Tuttavia tali pregiudizi e ostacoli si debbono confrontare con l'esistenza di alcune recenti evoluzioni nell'ordinamento, in parte certamente ancora in atto, che hanno interessato i rapporti tra poteri pubblici e cittadino, autorità e autonomia privata, in modo da assumere senz'altro rilievo nella ricostruzione della disponibilità dell'interesse legittimo e delle pretese oggetto della controversia. Ci si riferisce, certo, al fenomeno del superamento del principio della statualità della giurisdizione, alla possibilità dell'esercizio del potere non più esclusivamente nella forma autoritativa e all'arricchimento delle forme di tutela dell'interesse legittimo, su cui si sono concentrate le riflessioni della dottrina nei tempi più recenti.

L'analisi va condotta anche considerando quei poteri, quelle situazioni e ipotesi, di fatto già presenti e possibili nell'ordinamento, in cui il privato e l'amministrazione, talora su sollecitazione dello stesso giudice, talora sulla base di nuove previsioni normative, definiscono l'assetto degli interessi al di fuori del giudizio, individuando una soluzione condivisa in grado di risolvere o, comunque, ridurre il contenzioso, posto che "*né la risoluzione di una controversia né lo sviluppo del procedimento in forme contenziose sembrano, invero, caratteristiche tipiche ed esclusive della funzione giurisdizionale*"<sup>(23)</sup> e tenuto conto dell'esistenza da tempo di una proposta, da parte di presidenti TAR, che valorizza nel giudizio di primo grado gli strumenti conciliativi per le vertenze di tipo bilaterale (ossia che non coinvolgano interessi istituzionali di altri soggetti)<sup>(24)</sup>.

A corroborare l'esigenza di certezza del diritto e l'intento di ridurre la conflittualità vanno anche le osservazioni nella ultima relazione di inaugurazione dell'anno giudiziale del presidente Pajno, che ha messo in luce<sup>(25)</sup> l'opportunità di nuovi spazi per il ricorso alle funzioni consultive del Consiglio di Stato, non riservato soltanto alle componenti dello Stato-apparato, ma consentito anche a quelle dello Stato-comunità.

---

responsabilità del rappresentante dell'ente comunale, né può allo stesso essere imputata la responsabilità per transazione intervenuta successivamente al giudizio a causa della non disponibilità dell'espropriato. Nella condotta del sindaco che si è adoperato per riottenere il finanziamento, che ha ottemperato immediatamente alla decisione del giudice amministrativo e che ha corrisposto le somme richieste dal danneggiato non è ravvisabile la colpa grave, intesa giuridicamente come un atteggiamento di grave disinteresse nell'esercizio delle funzioni, ovvero di sprezzante trascuratezza dei propri doveri. Non può ritenersi danno ma piuttosto ipotesi di danno quello valutato in via equitativa con riferimento ai possibili margini di successo che avrebbero potuto conseguire con una transazione anticipata.

<sup>(23)</sup> Così M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, 2ª ed., Napoli, 1953, 16 e 22.

<sup>(24)</sup> Come riferisce A. TRAVI, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 173, qui 174.

<sup>(25)</sup> Pubblicata sul *Giorn. dir. amm.*, 2017, 147, qui 157. La valorizzazione della funzione consultiva svolta dal Consiglio di Stato già si annunciava nella relazione dell'anno precedente cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 139, qui 149.

3. Così come Paolo Grossi <sup>(26)</sup> ha criticato la monopolizzazione del diritto da parte dello Stato per tutto il periodo che va dal codice di Napoleone fino ad oggi, allo stesso modo si è evidenziato risulta ormai superato e spezzato « ... *il collegamento inscindibile tra sovranità e giurisdizione, collegamento che risale all'epoca della formazione dello Stato moderno e del quale sono state messe in luce la storicità e relatività* » <sup>(27)</sup>.

Lo Stato di diritto è per sua natura autoreferenziale: non accetta limiti diversi da quelli che esso stesso si pone e coerentemente invoca il monopolio della giurisdizione, non ammettendo più che istituti o persone diverse possano istituire giudici, come nel medioevo e nell'*Ancien Régime* poiché sovranità e giurisdizione risiedono esclusivamente nello Stato. A partire dagli anni novanta, però, il principio del monopolio statale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la giurisdizione non è più esclusiva funzione dello Stato; gli organi cui sono affidate le funzioni giurisdizionali non sono sempre organi dello Stato <sup>(28)</sup>.

Emerge prepotentemente la coesistenza, accanto alla giurisdizione statale, di numerose forme di giustizia: comunitaria, internazionale e, più in generale, non statale <sup>(29)</sup>.

Il ruolo del giudice e della giurisdizione risente anche della trasformazione in atto nei rapporti tra autonomia privata e pubblici poteri. L'assetto degli ordinamenti giuridici contemporanei presenta caratteri ulteriori ed innovativi: è la *jurisdictio* a subire la trasformazione più radicale, diversificandosi in una pluralità di modelli (giudiziari, paragiudiziari e arbitrali) che sembrano disporsi non più secondo una struttura gerarchica, bensì in una sorta di rete con continui rimandi tra le decisioni dell'uno e dell'altro <sup>(30)</sup>.

Come già ricordato, la nostra Costituzione non contiene una disposizione espressa in merito all'arbitrato <sup>(31)</sup>, ma dalle relazioni all'assemblea costituente esso risulta considerato quale valida alternativa all'istanza di sindacato giurisdizionale, niente affatto lesiva della sovranità dello Stato. Ciò naturalmente a patto che, come ha ripetutamente precisato la

---

<sup>(26)</sup> Per la prima volta nel volume *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

<sup>(27)</sup> C. PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 1. Sempre in merito alla percezione del cambiamento in atto in ordine al ruolo occupato dalla giurisdizione in favore di rimedi alternativi lo scritto di M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481.

<sup>(28)</sup> Come accuratamente spiega la precisa ricostruzione di N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. 172 e 181 ss.

<sup>(29)</sup> C. PUNZI, *Le nuove frontiere*, cit.

<sup>(30)</sup> Cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*, Roma, 2009.

<sup>(31)</sup> Certo l'arbitrato è citato all'art. 80 Cost., ma ciò non ha alcun rilievo in questa sede.

stessa Corte costituzionale <sup>(32)</sup>, si tratti di arbitrato e non di mascherata ipotesi di giurisdizione speciale, ciò che accade ogni volta non residui facoltà di scelta in capo alle parti in ordine al deferimento della controversia al collegio arbitrale.

Le considerazioni precedenti, in tema di superamento della statualità della giurisdizione, si riflettono sugli spazi di applicabilità del rimedio. L'arbitrato è istituito che « può essere studiato anche come un reagente per esaminare situazioni di carattere più generale » e, in particolare « come strumento di valutazione del rapporto tra Stato e Società, rapporto nel quale l'arbitrato si colloca » <sup>(33)</sup>.

L'unicità della giurisdizione, portato dell'illuminismo, e il contrasto alle giurisdizioni speciali, quali strumenti di tutela del cittadino nei confronti dello Stato, rappresentano valori certamente acquisiti nell'ordinamento, mentre il principio di autonomia che si è affermato con lo Stato pluralista e con il progressivo riconoscimento e la stabilità nell'assetto delle libertà costituzionali « assume la sua massima estensione proprio attraverso l'arbitrato il quale è un modo privato di risoluzione delle controversie: esso si contrappone, quindi, alla giurisdizione statale come giurisdizione domestica » <sup>(34)</sup>.

Ciò è manifesto nel sistema della giustizia sportiva, ove la ben nota aspirazione all'autogoverno e autodichia dell'ordinamento sportivo spiega l'ampio ricorso all'arbitrato <sup>(35)</sup>.

Il superamento della esclusiva della giurisdizione dello Stato e della sua pretesa centralità è destinato, ove accolto e fatto proprio dallo stesso giudice, ad aprire nuovi spazi all'utilizzo del rimedio.

La trasformazione in corso nel sistema della giustizia indica allora la direzione verso la valorizzazione di questo rimedio, così come di altri strumenti ugualmente in grado di soddisfare la richiesta di tutela del privato di fronte all'amministrazione.

La società postmoderna ha bisogno, infatti, se non di sostituire, di affiancare all'autorità dello Stato e alla cogenza della sua giurisdizione, l'autorevolezza della giustizia dei privati e la pervasività delle sue deci-

---

<sup>(32)</sup> Ci si riferisce qui alle ricorrenti pronunce in cui la Corte ha censurato disposizioni di arbitrato obbligatorio. Si permette il rinvio in proposito al volume già citato, *La compromettibilità degli interessi legittimi*, 7 ss.

<sup>(33)</sup> In questo senso F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e Società*, ora in *Scritti giuridici*, vol. V, 4227.

<sup>(34)</sup> Come precisa ancora F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 4235.

<sup>(35)</sup> In proposito da ultimo G. MANNUCCI, *L'arbitrato nel diritto sportivo: le ragioni della specialità e il modello italiano*, in *La giustizia arbitrale*, cit., 257. Si permetta anche di rinviare alle proprie considerazioni in merito ai rapporti tra giustizia sportiva e giustizia statale di cui allo scritto *Sanzioni sportive: considerazioni sulla giurisdizione da parte di un giudice privo della competenza funzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1128, nonché alla dottrina ivi citata.

sioni, tanto che, come da altri <sup>(36)</sup> attentamente precisato, occorre oggi « *un cambiamento di mentalità radicale anzi un rovesciamento di prospettiva: se il diritto è chiamato a ordinare più che a comandare si può aggiungere lo scopo ordinatorio solo se si cercano o si registrano i valori, gli interessi, i bisogni circolanti nella società ed avvertiti come tali dalle parti interessate, come avviene appunto nelle figure giuridiche della mediazione e dell'arbitrato* ».

Alcuni interventi recenti del legislatore sembrano collocarsi in questo filone della valorizzazione di strumenti extra giudiziali anche per la soluzione di controversie che vertono sul corretto esercizio del potere amministrativo, pur suscitando non poche perplessità quanto alla reale capacità di perseguire l'intento. In particolare, ci si riferisce alla disposizione che disciplina gli istituti di precontenzioso introdotta dall'art. 211 del nuovo Codice dei contratti pubblici <sup>(37)</sup>; essa, in parte intervenendo sul modello già in precedenza in vigore, prevede il parere di precontenzioso rilasciato da ANAC su istanza di parte per risolvere controversie insorte durante lo svolgimento della procedura di gara. Il comma 2, oggi abrogato, prevedeva la raccomandazione vincolante <sup>(38)</sup>, istituto, cui qui basta un semplice cenno, che si collocava assai problematicamente nella sistematica generale, suscitando fondati dubbi quanto ai poteri esorbitanti attribuiti sempre a ANAC, che in presenza di un supposto vizio invitava la stazione appaltante ad agire in autotutela pena sanzioni monetarie e reputazionali.

Occorre sottolineare che il parere, richiesto ad ANAC anche attraverso un'istanza singola, è vincolante solo nei confronti dei soggetti che intendano aderirvi. A tal fine chi presenta l'istanza è tenuto a darne comunicazione a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa. L'ANAC si pronuncia entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, ovvero entro un termine che coincide con il termine per la proposizione del ricorso non solo per l'impugnazione dell'aggiudicazione, ma, in base al nuovo rito speciale, anche per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione o ammissione alla gara <sup>(39)</sup> adottati appunto nello svolgimento della procedura di gara.

---

<sup>(36)</sup> M. PALAZZO, *L'arbitrato nel quadro dei sistemi ADR e le clausole multistep*, in *La giustizia arbitrale*, a cura di V. Putortì, Napoli, 2015, 43 qui p. 50.

<sup>(37)</sup> Per un approfondimento in merito si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 749 e la dottrina ivi citata. Da ultimo si segnala L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, 301.

<sup>(38)</sup> In estrema sintesi ANAC ogni volta che, nell'esercizio delle sue funzioni, ravvisava la sussistenza di un vizio di legittimità nelle procedure di gare, rivolgeva all'amministrazione un atto di raccomandazione, che nella sostanza appariva piuttosto un ordine, con cui la invitava ad agire in via di autotutela entro 60 giorni pena la sanzione pecuniaria del dirigente responsabile e la declassazione della amministrazione nel nuovo sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

<sup>(39)</sup> Come prevede il comma 2 *bis*, introdotto dallo stesso Codice nell'art. 120 del c.p.a. In particolare, si ricordi che la norma dispone che "Il provvedimento che determina le esclusioni

La “*principale novità introdotta*” è considerata, anche a dire del Consiglio di Stato <sup>(40)</sup>, il vincolo, ma né l’art. 211, né il successivo Regolamento di ANAC che disciplina il procedimento ne spiegano il significato. In aggiunta manca altro elemento essenziale perché di alternatività possa parlarsi, ovvero l’assimilazione dell’istanza alla proposizione del ricorso giurisdizionale in ordine agli effetti sul decorso dei termini di decadenza. Il parere, per come disciplinato, non è, dunque, tanto alternativo al contenzioso, ma fornisce l’interpretazione autentica di ANAC sulla questione, quando le parti decidano di interrogarla in proposito. Lo strumento, però, non si coordina affatto con i concorrenti rimedi giurisdizionali, stante l’assenza di effetti interruttivi del termine per ricorrere. Il vero ostacolo all’introduzione o al buon funzionamento del parere precontenzioso deriva, infatti, dalla disciplina dei termini molto brevi per il ricorso giurisdizionale, che indurrebbero a collocare la mediazione all’interno del giudizio, piuttosto che in una fase preventiva <sup>(41)</sup>. La tutela giurisdizionale, inoltre, ove si decidesse di intraprendere la strada del parere vincolante sarebbe ancor più gravosa e ingiustamente costosa, poiché, anche per la eventuale impugnazione del parere cui non intenda conformarsi, il ricorrente dovrebbe pagare il contributo unificato <sup>(42)</sup>, già considerato troppo elevato e tale da dissuadere le piccole e medio imprese.

La scelta del legislatore di introdurre il rimedio precontenzioso, non dettata dagli obblighi di attuazione delle direttive europee <sup>(43)</sup>, pur poco attenta nei contenuti e quindi destinata a scarso successo, indica, tuttavia, da un lato, la sicura attenzione alla necessità di un dialogo tra amministrazione e privato per tentare di limare il conflitto al suo sorgere, prima che le posizioni si consolidino per il passare del tempo, e, dall’altro, l’apertura all’utilizzo di strumenti non giurisdizionali anche quando venga

---

dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività”.

<sup>(40)</sup> Come si legge nel Parere Cons. St., comm. spec. 14 settembre 2016, n. 1920 sullo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>(41)</sup> Per una trattazione dettagliata si rinvia ancora a M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 766.

<sup>(42)</sup> Si ricordi che la Corte di Giustizia, Sez. V, 6 ottobre 2015 (causa C-61/14), ha ritenuto compatibile con la normativa europea il contributo unificato in materia di appalti pubblici. La decisione si trova pubblicata in *Urb. app.*, 2016, 138 con il commento di L. PRESUTTI, *Contributo unificato e diritto europeo degli appalti*.

<sup>(43)</sup> In proposito si rinvia ancora a M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 753.

in gioco il potere amministrativo, il cui esercizio, come si preciserà nel prossimo paragrafo, è sempre più conformato dalla norma a garanzia dell'aspettativa del cittadino.

È vero anche che il legislatore nell'introdurre questi strumenti riserva il ruolo di mediatore imparziale ad ANAC che resta, nonostante la connotazione tecnica, pur sempre soggetto dell'amministrazione pubblica, così, in qualche modo, superando il problema della disponibilità del potere, posto che all'atto amministrativo viziato si sostituisce un nuovo provvedimento amministrativo, impugnabile di fronte al giudice.

4. Come noto, l'autorità e l'imperatività dell'intervento dello Stato non solo va contenendosi e trasformandosi nell'esplicarsi del potere giurisdizionale, lasciando spazio a forme espressione dell'autonomia privata, ma, anche l'attività di pubblica amministrazione conosce nuove manifestazioni, mostrandosi penetrabile alle osservazioni e al confronto con il cittadino e gli interessi privati. In particolare, gli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 rappresentano lo strumento con cui anche la cura degli interessi pubblici viene fatta rientrare nell'area del disponibile giuridico <sup>(44)</sup>.

L'introduzione degli accordi pubblicistici « *trasforma il volto del potere amministrativo* » <sup>(45)</sup>. Con la disciplina di tale strumento, infatti, il regime di diritto amministrativo diviene riferibile anche a rapporti non generati da atti unilaterali. Si tratta di figure convenzionali, nelle quali il consenso delle due parti è egualmente essenziale ai fini della produzione dell'effetto complessivo, ma, al contempo, ogni parte mantiene le caratteristiche d'azione che gli sono proprie, o che sono proprie dell'oggetto che essa deduce in convenzione <sup>(46)</sup>.

La dottrina <sup>(47)</sup> ha suggerito che tali accordi, sostitutivi o integrativi del provvedimento, sarebbero in grado di assumere talora anche le stesse finalità della transazione di diritto privato. Criticamente <sup>(48)</sup> si sono individuate alcune condivisibili difficoltà ad ammettere che l'art. 11 possa legittimare e disciplinare un accordo procedimentale con funzione transattiva.

Oggetto dell'accordo è, infatti, l'esercizio del potere discrezionale, attraverso la cooperazione pubblico-privato nell'apprezzamento degli interessi rilevanti al fine dell'individuazione della miglior soluzione per il

---

<sup>(44)</sup> Da ultimo affronta il tema degli accordi G. DE MAIO, *Gli accordi fra privato e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 744.

<sup>(45)</sup> Così efficacemente afferma M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1, qui 17.

<sup>(46)</sup> Secondo la nota definizione di convenzione di G. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 201, qui 204.

<sup>(47)</sup> Cfr. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 223 ss.

<sup>(48)</sup> A. CASSATELLA, *op. ult. cit.*, 244 ss.

soddisfacimento dell'interesse pubblico. La transazione ha, invece, il diverso scopo di risolvere una controversia esistente, che deriva dalla diversa interpretazione e applicazione al caso concreto delle norme che disciplinano l'esercizio del potere. A tale interpretazione e applicazione corrisponde già una specifica e distinta ricostruzione quanto alla titolarità delle pretese e alla qualificazione delle posizioni giuridiche in capo ai litiganti, amministrazione e privato. L'oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica, ma la controversia che trova origine nella difforme interpretazione delle norme e alla quale le parti intendono porre fine con le reciproche concessioni. In altre parole, se alla base dell'art.11 nella legge sul procedimento vi è l'idea di un potere che ancora deve esplicarsi e che nella sua esplicazione si definisce attraverso il dialogo con il cittadino, la transazione (e la controversia che ne è oggetto) presuppone, in genere, che il potere si sia già esercitato in via unilaterale, a volte anche attraverso il dialogo con il cittadino, ma senza giungere ad una soluzione condivisa. L'esistenza di posizioni contrapposte alla base della transazione sembra compromettere il ricorso ad uno schema come quello dell'accordo che presuppone l'assenza di una controversia e che mira a definire un rapporto che ancora non è sorto, né si è definito tra le parti.

L'accordo, sempre in base all'art. 11, si colloca, infatti, all'interno di un procedimento amministrativo, in cui ancora non esiste una precedente decisione in capo all'amministrazione. La dottrina<sup>(49)</sup> prospetta, invece, l'avvio di un procedimento per l'esercizio discrezionale del potere di autotutela, ma è chiaro che in questo caso lo stesso avvio del procedimento già troverebbe ragione nell'intervenuta transazione della controversia in capo alle parti. Le parti dell'accordo esprimono valutazioni convergenti sul successivo contenuto del provvedimento, sicché solo impropriamente l'accordo vale transazione, ovvero in quei casi in cui le reciproche concessioni di fatto coincidano con la scelta soddisfacente dell'interesse pubblico concreto cui l'amministrazione si sarebbe in ogni caso determinata.

La disciplina del recesso unilaterale prevista al comma 4 dell'art. 11 si pone, inoltre, in piena contraddizione con lo scopo ed il valore tipico della transazione, che è quello di mettere fine alla controversia, certo senza lasciare ad una delle parti coinvolte la possibilità di rendere unilateralmente vana la soluzione individuata, pur a fronte della sopravvenienza di interessi pubblici.

Sembra allora preferibile non accostare gli accordi alla transazione, trattandosi di istituti diversi soprattutto quanto al loro presupposto iniziale, rappresentato, nel primo caso, da un comune sentire, da un'affinità

---

(49) Ci si riferisce sempre a G. GRECO, *op. ult. cit.*



tra le parti e, nel secondo, al contrario, dall'esistenza di una controversia che vede i soggetti contrapposti.

In favore del distinguo si indirizza anche la qualificazione alla stregua di accordi delle decisioni con impegni previste nella disciplina a tutela della concorrenza proposta da altra dottrina<sup>(50)</sup>, che distingue chiaramente gli accordi e la transazione. Gli impegni, infatti, sono stati considerati rimedi più creativi ed effettivi di quelli consentiti dal provvedimento sanzionatorio, in parte assimilabili all'accordo sostitutivo, ma, al contempo, "*senz'altro distinti dalla vera e propria transazione con l'impresa oggetto del procedimento*". Essi precedono e prevengono il provvedimento, espressione del potere dell'amministrazione, esprimendo la convergenza diretta e immediata delle volontà dei due soggetti coinvolti, che sono portatori di interessi contrapposti, di modo che la soluzione indicata dal privato è fatta propria e accettata dall'Autorità: in questo senso si possono avvicinare agli accordi sostitutivi, pur presentando una disciplina più articolata. Le decisioni che accettano gli impegni tuttavia non sono transazioni. Non è sufficiente, in altre parole, che si eviti lo scontro o la via giurisdizionale per parlare di transazione. Piuttosto potrebbero considerarsi strumenti deflattivi del contenzioso.

Nonostante il fenomeno degli accordi non si presti, se non in modo improprio, a dar vita a transazioni di controversie amministrative, certamente esso è il frutto di un dialogo in cui anche il potere si mostra disponibile, secondo l'accezione fatta propria in questo scritto, in base alla quale la disponibilità esprime la capacità del potere di assumere forme diverse e esercitarsi offrendo soluzioni molteplici all'assetto degli interessi in gioco. L'amministrazione resta, però, il titolare del potere posto che la proposta di impegni deve essere in ogni caso valutata conforme agli interessi pubblici in gioco e, in tal caso, validata attraverso l'esercizio del potere.

Non si dimentichi, in aggiunta, che proprio le controversie nascenti dagli accordi, in cui, si conceda la ripetizione e l'enfasi, si esercita il potere amministrativo, sono espressamente passibili di arbitrato.

L'accordo, infatti può anche contenere una clausola compromissoria con la quale le eventuali liti relative al contenuto stesso dell'accordo sono deferite ad un collegio arbitrale<sup>(51)</sup>.

In particolare, l'art. 34 TUEL in tema di accordi di programma tra soggetti pubblici riconosce alle parti la facoltà di inserire nell'accordo la

---

<sup>(50)</sup> L. DE LUCIA e V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Conc. merc.*, 2011, 509.

<sup>(51)</sup> In merito si rinvia a M. VITALE, *L'arbitrato*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 1333, qui 1337.

clausola compromissoria <sup>(52)</sup>. Il comma 2 dispone, infatti, che « *L'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti* ».

In una recente pronuncia <sup>(53)</sup> il Consiglio Stato ha precisato che « *l'accordo di programma si ascrive al paradigma di cui all'art.15 L.241, rispetto al quale la posizione dei soggetti privati comunque interessati all'attuazione dell'accordo a fronte del cattivo uso del potere pubblicitario nei loro confronti ha consistenza di interesse legittimo. In particolare per il caso in cui partecipino privati, nella veste di attuatori dell'accordo di programma, tali pattuizioni vanno inquadrare, anche secondo la Corte di Cassazione nella tipologia degli accordi tra amministrazione e privati previsti nel primo comma dell'art. 11 L. n. 241.* ».

La clausola compromissoria contenuta nell'accordo certamente può deferire all'arbitro la cognizione delle controversie che involgano questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo di programma.

Nel caso di specie il soggetto privato, che aveva realizzato la progettazione esecutiva ed i lavori, lamentava il mancato pagamento del corrispettivo per la realizzazione di opere aggiuntive rispetto al progetto definitivo. Il giudice precisa che l'accertamento della pretesa non implica « *alcuna verifica circa il corretto esercizio di potestà amministrative* » e fa salvo l'arbitrato, annullando la sentenza con cui il giudice di primo grado aveva ritenuto invalida la clausola compromissoria, anche sulla base del « *contenuto pubblicitario* » della controversia.

In realtà è chiaro che per conoscere della fondatezza della pretesa patrimoniale occorre conoscere del precedente esercizio del potere discrezionale che si cristallizza nell'accordo, poiché da ciò deriva la consistenza o inconsistenza della pretesa. Ecco, allora, che, pur con una specifica disposizione di legge, controversie di diritto amministrativo sono senz'altro arbitrabili e, di conseguenza, si ammette che anche giudici privati possano sindacare la correttezza nell'esercizio del potere.

5. Certamente non solo i mutamenti nelle relazioni tra amministrazione e cittadino, avvenuti a seguito dell'adozione della legge sul procedimento del 1990, ma anche le trasformazioni realizzate attraverso interventi correttivi sul processo giurisdizionale, ad opera sia della giurisprudenza sia

---

<sup>(52)</sup> Per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della Regione o il presidente della Provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento.

<sup>(53)</sup> Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1053.

del legislatore, sono destinati a incidere sulla disponibilità, in quanto modificano in parte i tratti dell'interesse legittimo.

Il profilo dell'interesse legittimo che risulta più profondamente trasformato è rappresentato dalla sua strumentalità rispetto al c.d. potere dell'amministrazione<sup>(54)</sup>: la carenza di una tutela risarcitoria e la prospettiva essenzialmente annullatoria a lungo non sono stati percepiti come limiti che circoscrivevano le potenzialità della figura soggettiva, ma rappresentavano delle espressioni naturali, appropriate e coerenti con i caratteri della figura stessa<sup>(55)</sup>.

Del resto la strumentalità non è nemmeno del tutto estranea al diritto soggettivo, proprio nella prospettiva della sua tutela processuale: l'azione nel processo civile è infatti intesa come « diritto potestativo col quale il singolo coopera nel proprio interesse all'attuazione della legge »<sup>(56)</sup>, secondo l'idea della collocazione del processo civile nell'ordinamento delle garanzie costituzionali di Calamandrei, ovvero della « relazione mediatrice di reciprocità complementare tra l'idea individuale e l'idea sociale, tra il diritto soggettivo e l'esigenza collettiva della giustizia »<sup>(57)</sup>.

Questa complementarità e, insieme, inevitabile contrapposizione tra prospettiva individuale e interesse generale ben si adatta a esprimere anche la tensione tra potere e interesse legittimo, azione amministrativa e sfera del singolo.

L'assetto, sempre che tale sia mai stato, nella rappresentazione dell'interesse legittimo ha subito una vera trasformazione nell'ultimo quarto di secolo.

Oggi l'interesse legittimo non consiste soltanto nella capacità di influenzare il provvedere dell'amministrazione, ma in una posizione che le disposizioni caratterizzano e che la normativa di settore permette di ricostruire nella sua fondatezza e nei suoi tratti<sup>(58)</sup>. Il giudizio ha come oggetto la definizione della spettanza del ricorrente, la sua pretesa nei confronti dell'amministrazione, attraverso la dialettica processuale tra le parti.

In particolare, il progressivo arricchimento delle modalità di tutela dell'interesse legittimo ha fatto parlare di un suo avvicinamento alla posizione di diritto. L'introduzione in via generale dell'azione di adempimento comporta una esigibilità della pretesa del cittadino con modalità che precedentemente erano tipiche della obbligazione<sup>(59)</sup>. Se la spettanza

---

<sup>(54)</sup> Così A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 12.

<sup>(55)</sup> Ancora A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>(56)</sup> Così I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 401, qui 403.

<sup>(57)</sup> Come ricorda la stessa I. PAGNI, *op. ult. cit.*, citando appunto P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1937, 290.

<sup>(58)</sup> Come si legge nella nota sentenza Cass. S.U. n. 500 del 1999.

<sup>(59)</sup> Sempre A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 18.

di un bene della vita è già riconosciuta dalla legge <sup>(60)</sup>, ai diritti finiscono col risultare assimilabili anche gli interessi legittimi pretensivi, quando sia riconosciuta per essi la garanzia del soddisfacimento del bene della vita. Certamente si è acquisito che il giudice, nel sindacare valutazioni anche molto complesse il cui frutto risulti essere un provvedimento illegittimo, possa rettificare le scelte dell'amministrazione procedendo talora anche a definire compiutamente l'assetto del rapporto controverso, trattandosi non di sostituzione, ma di applicazione della legge, attività certo attribuita ai giudici.

Quando si discute dell'esercizio del potere il rispetto delle regole che lo disciplinano e contengono è lo strumento attraverso cui risolvere la controversia, salvo casi eccezionali in cui ci si concentri sull'esattezza del risultato conseguito.

La riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi incide nella relazione tra amministrazione e cittadino, rafforzando naturalmente la posizione di quest'ultimo a fronte di una disciplina sostanziale del potere con regole sempre più attente a conformarlo.

Una grande questione non risolta è il problema della relazione tra lo spazio della responsabilità civile della P.A. e lo spazio del potere amministrativo; di un rapporto, cioè, che è lungi dall'essere definito in modo univoco e che la estrema varietà delle possibili fattispecie di danno mette costantemente alla prova <sup>(61)</sup>. Si distingue la responsabilità dentro l'esercizio del potere da quella che, nella sua prospettiva, si può identificare immediatamente al di fuori di esso.

Al contempo, la possibilità di formulare richieste riparatorie autonome di fronte al giudice amministrativo comporta la trasformazione del giudizio amministrativo sull'atto a giudizio sul rapporto <sup>(62)</sup>.

Anche la discussione circa il risarcimento quale forma di tutela dell'interesse legittimo, in base alla nota soluzione di compromesso contenuta nella decisione della Corte costituzionale n. 204 del 2004, pur fatta propria da rigorosa dottrina <sup>(63)</sup>, non convince pienamente una volta che si individui nell'art. 2043 c.c., pur con tutte le correzioni ad opera della giurisprudenza, la fattispecie da applicare.

---

<sup>(60)</sup> Come nota G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 369.

<sup>(61)</sup> F. CORTESE, *La responsabilità dell'amministrazione tra illegittimità del provvedimento e illiceità delle condotte dannose*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 665.

<sup>(62)</sup> La teoria (afferzata da illustre dottrina come G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; B. SASSANI, *Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008) è stata fatta propria anche dal giudice amministrativo nella nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 23 marzo 2011, n. 3.

<sup>(63)</sup> In tal senso, tra gli altri, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2016.

Nell'affermare la disponibilità dell'interesse legittimo, la risarcibilità del danno ingiusto anche a mezzo della corresponsione di una somma di denaro, rende più semplice l'assimilazione con la posizione di diritto e, dunque, meno problematica la ricostruzione.

La figura dell'interesse legittimo parte dalla giurisdizione di diritto oggettivo e si muove “*verso una concezione sostanzialistica dell'interesse legittimo, una concezione cioè che guarda alla relazione tra le norme che l'amministrazione deve osservare e la possibilità che l'utilità avuta di mira dal singolo sia realizzata grazie all'osservanza di queste norme*”. La controversia di cui è investito il giudice, privato o pubblico, attiene all'osservanza delle norme e alla loro interpretazione, posto che anche il giudizio amministrativo rappresenta una parantesi nell'attività dell'amministrazione<sup>(64)</sup> che interviene successivamente sull'assetto degli interessi esercitando il potere secondo le indicazioni del giudice.

Di fronte a questi sviluppi, ormai in via di assestamento dell'ordinamento e certamente in grado di ampliare lo spazio in favore della disponibilità degli interessi legittimi oggetto delle controversie amministrative, ci si interroga se esistano nuove aree per l'applicazione di istituti che appunto nella disponibilità trovano il loro presupposto.

Considerando anzitutto l'arbitrato, le norme di riferimento restano l'art. 806 c.p.c e l'art. 12 c.p.a.<sup>(65)</sup>

Occorre allora verificare a che punto sia il cammino dell'arbitrato nel diritto amministrativo<sup>(66)</sup>, ovvero se, riconosciuta all'arbitrato la natura di istituto del diritto comune, esso possa rappresentare, alla luce delle disposizioni vigenti e delle trasformazioni avvenute o ancora in atto, uno strumento diverso dall'azione davanti al giudice amministrativo per la composizione delle controversie in cui il privato contesti lo scorretto esercizio del potere amministrativo.

In proposito il Consiglio di Stato ancora di recente, nel parere sul Codice dei contratti pubblici, ha assunto una posizione di chiusura fondata proprio sul testo dell'art. 12 c.p.a. Infatti « *il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo* »<sup>(67)</sup> sarebbe « *da ultimo confermato dall'art. 12 del codice del processo (che limita alle posizioni aventi la consistenza di diritto*

---

<sup>(64)</sup> Come magistralmente spiegato da M. NIGRO, nell'introduzione al volume *La giustizia amministrativa*, Bologna, ult. ed.

<sup>(65)</sup> Per un primo commento si rinvia a M. DELSIGNORE, *Rapporti tra giudizio amministrativo e arbitrato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Torino, 2011, 173 nonché a M. VITALE, *L'arbitrato*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit.

<sup>(66)</sup> Rispetto alle tappe individuate da S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 321.

<sup>(67)</sup> Come si legge a p. 221 del parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, 2016, n. 855.

*soggettivo la compromettibilità in arbitri delle controversie devolute al giudice amministrativo) ».*

La disposizione, come noto, prevede che « *Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile* ».

La presenza, quanto meno in potenza, dell'esercizio del potere amministrativo — che, secondo la già ricordata sentenza della Corte cost. n. 204/2004, deve necessariamente essere all'origine dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo — non rappresenta di per sé indice di non compromettibilità, dovendosi invece andare a verificare, di volta in volta, quale sia la situazione giuridica controversa.

Appaiono quindi ormai compromettibili in arbitri controversie attinenti a diritti soggettivi, attinenti a materie nelle quali, in quanto rientranti nella giurisdizione esclusiva, opera pur sempre l'amministrazione autorità, sicché l'area della compromettibilità in arbitri delle controversie amministrative lambisce certamente l'esercizio del potere amministrativo, ed in ultima analisi, sia pure con riferimento a rapporti paritari che su tale potere trovano il loro presupposto, lo tocca indirettamente<sup>(68)</sup>. « *La cittadella del potere amministrativo, dunque, ne risulta violata o, quanto meno, scalfita.* »<sup>(69)</sup>.

Si tratterebbe, ancora una volta, di distinguere quali siano, nella materia di giurisdizione esclusiva, le questioni concernenti diritti suscettibili di essere rimessi ad arbitrato e, cioè, se debba prevalere un orientamento più ampio o più ristretto nella ricostruzione delle posizioni in gioco alla stregua di diritti o di interessi.

In aggiunta, sulla nozione di controversia amministrativa è destinata ad operare, in modo non secondario, la diffusione di quel fenomeno che vede, nel diritto amministrativo, il perseguimento di finalità di interesse generale attraverso una disciplina giuridica di diritto comune. Il ricorso ad una disciplina giuridica del genere è destinato ad ampliare il numero delle controversie compromettibili in arbitrato<sup>(70)</sup>. Così, ad esempio, di recente<sup>(71)</sup> la Corte di Cassazione ha ritenuto che le controversie relative alla nomina o revoca di amministratori o sindaci di società a totale o parziale partecipazione pubblica, c.d. *in house*, siano sottoposte alla giu-

---

<sup>(68)</sup> In questo senso A. PAJNO, voce *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. Giur.*, qui 6.

<sup>(69)</sup> Così A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205, qui 206-207.

<sup>(70)</sup> Così A. PAJNO, voce *Arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 14.

<sup>(71)</sup> Cass., S.U., ord. 1 dicembre 2016.

risdizione del giudice ordinario, e dunque anche compromettibili in arbitri laddove lo statuto societario preveda questa possibilità <sup>(72)</sup>.

Senz'altro, inoltre, « *dovrebbero potersi ammettere, tra le controversie compromettibili in arbitri, anche quelle relative ai c.d. diritti patrimoniali consequenziali che rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo* » <sup>(73)</sup>.

Considerazione distinta meritano, invece, le controversie relative al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi o da ritardo nell'esercizio della funzione.

Con l'adozione dell'art. 6 della L. n. 205/2000 tali controversie si consideravano senz'altro compromettibili, posto che il senso della disposizione era di consentire la risoluzione mediante arbitrato rituale di tutte le controversie risarcitorie e quindi anche quelle legate al risarcimento di interessi legittimi <sup>(74)</sup>. In tale ipotesi, infatti, non risulterebbe compromessa in arbitri una questione concernente la legittimità o illegittimità dell'esercizio del potere pubblico, ma la diversa questione riguardante le conseguenze sul patrimonio dell'interessato di tale eventuale illegittimo esercizio o della sua illegittima omissione.

L'entrata in vigore dell'art. 12 del codice del processo amministrativo e l'assetto della giustizia amministrativa ivi delineato avrebbero, invece, mutato il quadro.

In particolare, in senso contrario alla compromettibilità si è affermato che il codice distingue con chiarezza le controversie attinenti interessi legittimi e quelle riguardanti diritti soggettivi, e, soprattutto, le forme di tutela dell'interesse legittimo da quella del diritto soggettivo <sup>(75)</sup>.

L'art. 12 c.p.a. rappresenterebbe « *un punto di arrivo di un processo, ... una disposizione generale volta a disciplinare tutti i casi di arbitrato con la pubblica amministrazione* » <sup>(76)</sup>.

La disposizione si riferisce alle controversie concernenti diritti devolute « *alla giurisdizione del giudice amministrativo* » e una considerazione della norma in esame nell'ambito della complessiva disciplina del codice indurrebbe a ritenere preferibile una interpretazione che escluda dall'ambito delle controversie compromettibili in arbitri le questioni attinenti al risarcimento del danno.

---

<sup>(72)</sup> In merito G. VARRASI, *Rapporto di amministrazione e arbitrato societario tra vecchio e nuovo diritto*, in *Giur. it.*, 2016, 1648.

<sup>(73)</sup> Così sempre A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 208.

<sup>(74)</sup> In tal senso A. PAJNO, M. ANTONIOLI, L. R. PERFETTI, come si ricorda in M. DELSIGNORE, *Rapporti tra giudizio amministrativo e arbitrato*, in *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 175 ss.

<sup>(75)</sup> Questo il diverso orientamento di A. PAJNO, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, a cura di A. Sandulli, 90 ss. Nello stesso senso conviene A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 209.

<sup>(76)</sup> A. PAJNO, *Diritto processuale amministrativo*, cit., 94.

La ricostruzione pare, però, fin troppo rigorosa, soprattutto ove si consideri la non semplice definizione del risarcimento del danno agli interessi legittimi nella giurisprudenza, legata alla difficoltà della Corte costituzionale di giustificare nell'assetto della giurisdizione il risarcimento alla stregua di un diritto.

Se, però, la cognizione sulla pretesa al risarcimento richiede la valutazione solo incidentale dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, che si assume dannoso, l'arbitrato deve ritenersi senz'altro ammissibile. L'art. 819 c.p.c. prevede infatti che gli arbitri risolvano senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia anche se vertano su materie che non possono essere oggetto di convenzioni di arbitrato (77).

Si è anche ipotizzato che, essendo ormai codificato come criterio generale di compromettibilità, quello della disponibilità *ex art.* 806 c.p.c., il riferimento contenuto nell'art. 12 c.p.a. ai diritti soggettivi possa essere associato a qualunque posizione giuridica disponibile, così da consentire di deferire agli arbitri le controversie inerenti a situazioni disponibili, a prescindere dalla loro stretta qualificazione (78).

Si ricordi, inoltre, che, come di recente precisato anche dalla Cassazione (79), certo di regola la tutela dei diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, ma è tuttavia consentito alle parti, « *nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo "a tutela dei propri diritti" davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalle legge, in presenza di determinate garanzie. L'autonomia delle parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato "contrattuale") come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso. L'autonomia delle parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come presupposto del potere, loro attribuito, di far decidere controversie ad arbitri privati, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico* ».

L'arbitrato ha sì il fondamento nell'autonomia privata, ma questa si esprime qui con atti aventi contenuto valutativo-decisorio, non già attuativo-dispositivo-innovativo di interessi, legati allo svolgimento di un'azione

---

(77) Su questo profilo e per una trattazione più generale del tema si permette di rinviare ancora a M. DELSIGNORE, *Rapporti tra giudizio amministrativo e arbitrato*, cit. 176.

(78) In questo senso M. VITALE, *op. ult. cit.*, 1340, che prosegue spiegando come una simile operazione presenterebbe un duplice vantaggio, in quanto, innanzitutto, verrebbero ampliate le occasioni per compromettere in arbitri le controversie in cui sia parte la P.A., con ogni conseguente beneficio deflattivo del carico giudiziario amministrativo; in secondo luogo si eviterebbe la complicazione di dover scriminare le questioni risarcitorie derivanti da lesione di un diritto soggettivo, arbitrabili, e questioni risarcitorie da lesione di un interesse legittimo, precluse al sindacato non togato.

(79) Cass. civ. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153.



giuridica ordinante<sup>(80)</sup>. Una volta che il potere è stato esercitato rileva esclusivamente il rispetto o meno della legge, da cui soltanto dipende la soddisfazione oppure la lesione dello stesso interesse legittimo<sup>(81)</sup>.

Che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, che l'azionabilità sia garantita a chiunque non sono principi incompatibili con l'ottenimento di un provvedimento di merito dall'arbitro con valenza di decisione vincolante, sussistendo verso di essa un adeguato sistema di impugnative a garanzia delle parti. Impugnative che devono tendere a garantire il rispetto non soltanto del giusto processo, inteso come procedimento, ma anche dei principi e delle regole di diritto sostanziale che sono a fondamento dell'ordine pubblico nel quale si identifica la legalità costituzionale come sistema aperto al diritto europeo e al diritto internazionale<sup>(82)</sup>.

La risoluzione della controversia richiede, al giudice come all'arbitro, l'applicazione delle disposizioni sostanziali che disciplinano il caso concreto e dalle quali si ricava un determinato assetto di interessi, nel caso di specie in discussione tra le parti, ma che, appunto, attraverso l'interpretazione e l'applicazione della norma, conduce alla sistemazione della questione e alla definizione delle reciproche pretese e richieste. Il confine tra legalità e merito si riflette, dunque, a indicare anche l'ambito di intervento dell'arbitro.

Il vero limite al rimedio deriva piuttosto dalla questione degli effetti del lodo.

Attenta dottrina<sup>(83)</sup> già segnalava l'assenza del potere di annullamento in capo agli arbitri. La disposizione costituzionale (art. 113, ultimo comma) stabilisce che spetti alla legge “*determinare gli organi di giurisdizione, che possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla stessa legge*”. Certamente, l'arbitro non è un organo giurisdizionale, ma il lodo è senz'altro in grado di acquistare natura di sentenza, tanto più alla luce dell'art. 824 *bis* c.p.c. che espressamente riconosce al lodo gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, anche in assenza del decreto esecutivo.

Ecco allora che solo quando il legislatore investirà per legge l'arbitro della potestà di annullamento, l'annullamento contenuto nel lodo sentenza equivarrà a quello disposto in una sentenza del giudice. In assenza di una tale espressa attribuzione al riguardo manca ancor oggi all'arbitrato

---

<sup>(80)</sup> Così si esprime, F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazioni*, in *La giustizia arbitrale*, a cura di V. Putortì, Napoli, 2015, 33, qui 35.

<sup>(81)</sup> L. FERRARA, cit., 254.

<sup>(82)</sup> P. PERLINGIERI, *Lectio magistralis, La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., 30-31.

<sup>(83)</sup> A. AMORTH, *op. ult. cit.*, 2172.

quella sostanziale parità di livello con la pronuncia del giudice amministrativo, che invece esiste con il giudice ordinario.

6. Forse qualche spiraglio, pure in assenza di un intervento legislativo, può aprirsi invece per il ricorso ad uno strumento di autocomposizione della lite ovvero la transazione. Le disposizioni in questione, come noto e già ricordato, sono gli artt. 1965 e 1966 c.c. che richiedono la disponibilità dei diritti oggetto della transazione.

Già Guicciardi<sup>(84)</sup> riteneva possibile che l'Amministrazione, dubitando della validità di un suo atto e quindi circa l'esito del giudizio, di fronte all'eventualità dell'accoglimento del ricorso, avesse « *interesse ad indurre, transigendo, il ricorrente a desistere dall'impugnativa, rinunciando definitivamente all'accertamento giudiziale della validità dell'atto* ».

Lo strumento probabilmente oggi conosce applicazione, nonostante, come già notato dalla dottrina<sup>(85)</sup>, non sia facile trovare traccia dello stesso stante la mancata pubblicità dell'atto transattivo e la sola notizia della rinuncia al giudizio da parte del ricorrente che ne deriva.

Difficile, dunque, resta una piena conoscenza del fenomeno: solo l'eventuale successivo contenzioso permetterebbe, infatti, al giudice di conoscere l'oggetto dell'accordo delle parti e pronunciarsi sulla validità della transazione, contenzioso che si auspica in genere invece si risolva proprio con la transazione.

Eppure può accadere che, nonostante l'accordo raggiunto, anche in via ufficiosa, tra amministrazione e privato, lo stesso non venga poi rispettato da una delle parti, come verificatosi nel gennaio 2015 in Francia.

L'autorizzazione per la costruzione di un centro commerciale era impugnata dal comune di Montrouge, limitrofo al comune di Arcueil che l'aveva rilasciata, con *recours pour excès de pouvoir*, lamentandone l'irragionevolezza per lo sproporzionato impatto economico sulle attività commerciali insediate nel suo territorio. Alcuni mesi dopo la società, titolare dell'autorizzazione, e il comune di Montrouge con una transazione si accordavano prevedendo che il comune ricorrente rinunciasse al giudizio a fronte dell'impegno della società di realizzare uno studio di fattibilità per l'insediamento di una struttura nello stesso comune di Montrouge, nonché del deposito di una garanzia di 1.000.000 di euro. In particolare, se nei tre anni successivi all'apertura del magazzino nel comune di Arcueil, non si fosse realizzata equivalente struttura nel comune di Montrouge per cause imputabili al comune medesimo, allora l'intera somma sarebbe stata recuperata dalla società; diversamente, in assenza di tali motivi, il comune avrebbe escusso metà della somma

---

<sup>(84)</sup> *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 277.

<sup>(85)</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, A. CASSATELLA, *op. ult. cit.*

versata a garanzia. A fronte dell'escussione di 500.000 euro da parte del comune ricorrente nel dicembre 2010 e della successiva vana richiesta di restituzione da parte della società, il giudice amministrativo veniva investito della controversia per l'annullamento della transazione e la restituzione della somma. Nella sentenza il *tribunal administratif* di Cergy Pontoise ha, per la prima volta in Francia, espressamente ammesso che il ricorrente possa validamente transigere su un ricorso per eccesso di potere senza incorrere in violazione di regole di ordine pubblico.

La rinuncia al giudizio amministrativo ad opera del ricorrente non ha, dunque, come necessaria contropartita un compromesso sulla legalità del provvedimento amministrativo impugnato.

Esistono, certo, controversie in cui l'Amministrazione ha interesse ad evitare il giudizio amministrativo mediante una transazione, « *senza per questo venire meno al principio della necessaria conformità dei suoi atti all'interesse pubblico* »<sup>(86)</sup>.

In aggiunta, sempre in Francia, nella riforma del contenzioso urbanistico del 2013, si è introdotta una disposizione che prevede, a pena di nullità, l'obbligo della registrazione fiscale delle transazioni con le quali il ricorrente abbia rinunciato al giudizio di impugnazione di un permesso di costruire a fronte di un corrispettivo in denaro o in natura<sup>(87)</sup>. Come si legge nei lavori preparatori, la nuova norma dà atto della frequenza del fenomeno e ne individua alcuni correttivi. In particolare la transazione viene descritta come “*un instrument utile permettant de construire et consolider des compromis raisonnables entre des intérêts initialement divergents*”. Per evitare l'abuso dello strumento, ovvero “*moraliser le régime des transactions*”, si sottolinea la necessità di evitare i casi, non infrequenti né marginali, in cui il ricorrente impugni il titolo edilizio con l'intento di esercitare pressione sul titolare del permesso: la sua consueta sospensione in via cautelare con l'instaurarsi del giudizio induce, infatti, i costruttori a sobbarcarsi i costi della transazione per dare avvio al più presto ai lavori. Di qui la scelta di introdurre l'obbligo di registrazione<sup>(88)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> E. GUICCIARDI, *op. ult. cit.*, 277.

<sup>(87)</sup> Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile DUFLOT, ministre de l'égalité des territoires et du logement, Construction et droit au recours. Pour un meilleur équilibre. In particolare p. 18-20.

<sup>(88)</sup> L'articolo L. 600-8 del Code de l'urbanisme prevede oggi « Toute transaction par laquelle une personne ayant demandé au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'engage à se désister de ce recours en contrepartie du versement d'une somme d'argent ou de l'octroi d'un avantage en nature doit être enregistrée conformément à l'article 635 du code général des impôts ». « La contrepartie prévue par une transaction non enregistrée est réputée sans cause et les sommes versées ou celles qui correspondent au coût des avantages consentis sont sujettes à répétition. L'action en répétition se prescrit par cinq ans à compter du dernier versement ou de l'obtention de l'avantage en nature ». « Les acquéreurs successifs de biens ayant fait l'objet du permis mentionné au premier alinéa peuvent également exercer l'action en répétition prévue à l'alinéa précédent à raison du préjudice qu'ils ont subi ».

Ciò che sembra potersi ricavare dalle osservazioni precedenti è che l'ambito elettivo della transazione in Francia sia quello dell'attività amministrativa nel settore dell'urbanistica con riferimento ai permessi di costruire, ove di regola esistono soggetti terzi controinteressati coinvolti. A ben vedere, si tratta di controversie in cui i soggetti terzi assumono la veste di ricorrente nel giudizio e la controversia deriva dal contrasto tra il ricorrente e il controinteressato quanto alla correttezza della scelta dell'amministrazione. La transazione risolve la controversia nel senso della rinuncia al giudizio a fronte di un accordo tra ricorrente e controinteressato, che non incide affatto sull'efficacia degli atti adottati dall'amministrazione, né coinvolge l'amministrazione che ha adottato il provvedimento. Piuttosto, a fronte del riconoscimento di un premio monetario o di una modifica nella progettazione delle opere, che avviene pur sempre su iniziativa del ricorrente sulla base dell'accordo con il controinteressato, si giunge ad un assetto condiviso sulla base di sacrifici accettabili e accettati da entrambe le parti.

L'utilità della transazione si manifesta, comunque, laddove non esista una tangibile multipolarità della controversia. Quando, infatti, la controversia coinvolge un solo controinteressato, allora è più facilmente immaginabile la soluzione attraverso l'accordo con il ricorrente.

Si tratta, dunque, di una prospettiva nuova e diversa in cui guardare la transazione delle controversie amministrative, ma che forse può portare a risultati positivi, vista l'esperienza oltralpe, anche attraverso l'intervento del giudice amministrativo, il cui ruolo, come si argomenterà nel paragrafo seguente, resta centrale nell'utilizzo di questi rimedi.

7. Come è stato efficacemente affermato <sup>(89)</sup>, il passaggio ultimo da compiere è assumere come punto di vista ordinante anche nel diritto amministrativo non più il potere, bensì il diritto oggettivo che regola e circoscrive l'esercizio di quel potere. L'entità dell'interesse legittimo deriva certo dal potere, ma è commisurata alle leggi che ne disciplinano l'esplicarsi.

Laddove le norme rimettano ad autorità amministrative la valutazione dell'interesse pubblico, cui si rapporta un provvedimento amministrativo, tale valutazione resta riservata, in maniera esclusiva, alle autorità medesime, cui nessun'altra può sovrapporsi. *“Una riserva consimile non sussiste invece per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa, la legalità essendo un metro di valore estrinseco, cioè valido per tutti ed idoneo ad essere da tutti accertabile, pur se l'effetto di un tale accertamento*

---

<sup>(89)</sup> M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 18.

di conformità alla legge sia ben diverso, a secondo del soggetto che la compie e da cui provenga”<sup>(90)</sup>.

La situazione soggettiva precede l'azione che la tutela, anche se, a seconda dello spazio della tutela, si accentuano gli spazi interpretativi rimessi al giudice: dove l'azione non arriva, perché il legislatore esclude determinati rimedi, si ha una ricaduta sulla situazione soggettiva che è « conseguenza indiscutibile dell'opzione normativa in punto di tutela »<sup>(91)</sup>. L'arricchimento delle forme di tutela dell'interesse legittimo non muta l'oggetto della controversia amministrativa che sempre verte sulle modalità di esercizio del potere nei confronti del privato, ma il potere dell'amministrazione diviene sempre più controllabile dal cittadino, anche attraverso il dialogo con il privato e l'arricchimento della conoscenza della situazione reale che ne deriva. Al contempo il potere si mostra sempre più in grado di modificarsi ed adattarsi quando la soluzione sia scorretta o comunque sussistano dubbi quanto al fatto essa sia la migliore per soddisfare gli interessi in gioco.

In questa ottica, come si è visto, alcuni recenti interventi del legislatore valorizzano il potere di autotutela dell'amministrazione, accogliendo alcuni spunti mossi dalla dottrina<sup>(92)</sup>, già fatti propri dal supremo giudice amministrativo<sup>(93)</sup>. Il nuovo momento di manifestazione degli interessi attraverso il procedimento di riesame permette gli aggiustamenti necessari nella definizione dell'interesse pubblico concreto e la composizione degli interessi controversi.

Basti pensare alla ricordata disciplina del precontenzioso introdotta dall'art. 211 del Codice dei contratti pubblici.

In tal senso un ruolo potrebbe svolgere anche il giudice, magari nel primo incontro con le parti in sede cautelare.

Promuovere la mediazione endoprocessuale a carico di un soggetto, giudice che abbia acquisito abilità specifiche, è, però, compito assai difficile in capo al legislatore. Occorre, infatti, assicurare l'imparzialità del soggetto decidente e non invadere il potere di bilanciamento tra interessi pubblici e privati che l'amministrazione esercita in sede di autotutela. Recentemente il legislatore belga ha introdotto, sull'esempio dell'ordinamento olandese, il c.d. *administrative loop*, ovvero il potere in capo al giudice amministrativo di rinviare il provvedimento impugnato all'amministrazione invitandola a provvedere a emendarlo ogni volta che l'atto presenti vizi formali tali da non incidere sul contenuto dell'atto. Il provvedimento corretto non sarebbe passibile di successive impugnazioni. La

---

<sup>(90)</sup> A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., qui 2165.

<sup>(91)</sup> I. PAGNI, cit., 414-415.

<sup>(92)</sup> In tal senso M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 29.

<sup>(93)</sup> G. GIOVANNINI, *Inaugurazione anno giudiziario 2015*, sul sito [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

Corte costituzionale ha, però, dichiarato l'incostituzionalità della disposizione, posto che, da un lato, il giudice, invitando l'amministrazione a intervenire, già si esprimerebbe quanto alla sussistenza del vizio, difettando, nel caso il giudizio prosegua, della necessaria terzietà, e, in aggiunta, il privato non avrebbe modo di impugnare il provvedimento corretto dall'amministrazione ogni volta che il giudice, applicato il *loop*, ritenga cancellato il vizio lamentato <sup>(94)</sup>.

Già Nigro sottolineava che utile a ridurre le liti giurisdizionali è introdurre “*il filtro di una fase amministrativa in cui possono trovare sfogo le ragioni degli interessati*” <sup>(95)</sup> e, sul solco di quel ragionamento, si è affermato che “*l'interesse pubblico sottostante all'impiego di forme di ADR pubblicistiche s'identifica in quel viluppo tra funzione di efficienza dell'attività amministrativa primaria e funzione di assicurazione della giustizia*” <sup>(96)</sup>.

Allora la soluzione della controversia amministrativa fuori dal giudizio conosce ostacoli non tanto per l'affermata indisponibilità delle situazioni giuridiche, quanto piuttosto per la difficoltà di giungere ad una soluzione diversa da quella che si è formata attraverso un procedimento partecipato in cui le parti già dovrebbero aver modo di dialogare e di confrontarsi, sicché il rimedio resta quello giurisdizionale, che, in fondo, concorre sempre con la possibilità dell'amministrazione di porre fine alla controversia, riconoscendo l'errore in via di autotutela.

Come ben è stato evidenziato “*Ciò che hanno a disposizione i cittadini è un processo giurisdizionale, i cui vantaggi ... si riassumono nella possibilità di difendersi adeguatamente davanti a un terzo imparziale, che ha una notevole formazione giuridica, il quale verifica previamente la realtà dei fatti. Se le ADR vogliono offrire qualcosa, perché sia realmente alternativo deve essere qualcosa di ugualmente buono o migliore, perché al contrario non varrebbe la pena*” <sup>(97)</sup>.

Nell'arbitrato i vantaggi stanno nella scelta di un soggetto terzo molto specializzato che è in grado di risolvere controversie complesse, che richiedono competenze che non sempre il giudice ha a disposizione e, dunque, implicherebbero tempi più lunghi per procurarle nel giudizio. Ciò ne spiega l'applicazione nei contratti pubblici, stante il rilevante valore economico.

---

<sup>(94)</sup> Per un approfondimento in merito alla decisione e al suo possibile impatto nell'ordinamento italiano si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *The Italian Legal System and the Possible Implications of the Belgian Constitutional Court's Rulings on the Administrative Loop* (March 31, 2017), in *Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2017-5*, consultabile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2943941>.

<sup>(95)</sup> *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, 110.

<sup>(96)</sup> Così M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 499.

<sup>(97)</sup> J. NEIVA FENOLL, *Mediazione e arbitrato: una illusione deludente?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 127, qui 142.

La transazione nelle controversie che coinvolgono l'amministrazione e il privato, se trova scarsa applicazione nel caso la controversia coinvolga l'amministrazione e il privato, potrebbe forse conoscere nuovi spazi applicativi quando, tenuto fermo il provvedimento amministrativo impugnato, il ricorrente e il controinteressato attraverso reciproche concessioni riescano a individuare il miglior assetto di interessi nel caso concreto, che l'amministrazione non ha saputo riconoscere attraverso il procedimento.

Ciò che occorre evitare è che i rimedi extra processuali diventino un modo per lo Stato di lasciar credere che si occupi dei problemi del cittadino, in realtà rimettendoli ad un semplice *do it yourself*: ciò ha storicamente condotto a farsi giustizia da sé che è ciò che voleva evitare il processo giurisdizionale <sup>(98)</sup>.

L'auspicio, allora, è che l'amministrazione e i privati siano sempre più consapevoli, anche grazie a una spinta gentile del giudice amministrativo, di questi strumenti di sicura utilità, ma, al contempo, che gli stessi non siano percepiti come la soluzione ad un problema "*di povertà di risorse e di mezzi che contraddistinguono, e da sempre, l'apparato giudiziario amministrativo*", come ha avuto modo di sottolineare in più occasione e nei suoi scritti la magistratura amministrativa <sup>(99)</sup>.

*The article addresses the issue of alternative dispute resolutions in administrative law conflicts.*

*Recent evolutions in the Italian law system (that have affected relations between public and private individuals, public authorities and private autonomy) ask to rethink the traditional prejudices and obstacles to arbitration and settlement outside the court for administrative disputes.*

*This new approach, open to the use of alternative remedies in administrative litigation, can be found in some latest legislative acts and even in solutions coming from other legal systems. This suggest for a new role of the judge as mediator, recommending the settlement of the judicial dispute outside the court.*

---

<sup>(98)</sup> J. NEIVA FENOLL, *op. ult. cit.*, 135.

<sup>(99)</sup> M. L. CALVERI *L'inaugurazione dell'anno giudiziario presso le giurisdizioni amministrative: maggiore visibilità di un "giudice scomodo"*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2016*, cit., che, a p. 152, parla di "*contingenti difficoltà di funzionamento*".





## I) ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un. civili, sentenza 6 luglio 2016, n. 13722; RORDORF Pres.; DIDONE Est.; PRATIS P.M. (concl. diff.); Società cooperativa di abitazione Edera S.r.l. (avv. Fiermonte) c. Ciommi, Di Giovanni, Di Luigi (avv.ti Nuzzo, Di Biagio, Nisii).

#### **Arbitrato - Società cooperativa - Delibera di esclusione del socio - Opposizione - Clausola compromissoria statutaria - Domanda d'arbitrato - Decadenza.**

*Il termine decadenziale di trenta giorni, entro cui a norma dell'art. 2527 c.c. (applicabile razione temporis alla fattispecie) il socio escluso dalla società cooperativa può proporre opposizione dinanzi al Tribunale, non è incompatibile con la struttura del procedimento arbitrale, il quale, in seguito agli interventi riformatori di cui alla L. n. 25 del 5 gennaio 1994 e al D.Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, si considera pendente per effetto della notifica della domanda d'arbitrato, senza che a tale fine possa rilevare la successiva costituzione dell'organo giudicante. Pertanto, la presenza di una clausola compromissoria statutaria per la decisione delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione della delibera di esclusione non comporta il superamento del suddetto termine.*

CENNI DI FATTO. — Nel luglio del 2003 viene impugnata dinanzi agli arbitri la delibera di esclusione di alcuni soci di una società cooperativa. L'avvio del procedimento fa seguito a una decisione del Tribunale di Teramo, il quale, investito della medesima controversia, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo. Con lodo del 24 maggio 2005 il collegio arbitrale dichiara la nullità della delibera impugnata, sulla scorta del rilievo che, nel caso di specie, sarebbe mancata la prova certa della morosità dei soci esclusi. La decisione arbitrale viene impugnata per nullità dinanzi alla Corte d'appello dell'Aquila, per aver gli arbitri pronunciato su una controversia appartenente alla giurisdizione esclusiva, nonché per violazione del termine di trenta giorni previsto dall'art. 2527, 3° comma, c.c. applicabile razione *ratione temporis* alla fattispecie. La Corte aquilana rigetta l'impugnazione, rilevando l'inidoneità al giudicato della sentenza declinatoria resa a suo tempo dal giudice ordinario, nonché l'incompatibilità fra il predetto termine decadenziale e il procedimento

arbitrale. Avverso tale decisione viene proposto ricorso per cassazione. Il ricorso, assegnato alla Prima Sezione civile, viene rimesso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 376, 3° comma, c.p.c., in considerazione della sussistenza di una consolidata giurisprudenza orientata in senso conforme alla decisione resa dalla Corte d'appello e della ritenuta necessità di superare tale orientamento alla luce delle più recenti modifiche legislative.

MOTIVI DELLA DECISIONE: (*Omissis*). — 1. Con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di L'Aquila ha rigettato l'impugnazione proposta dalla società cooperativa di abitazione Edera s.r.l. nei confronti dei soci nomini Ada, Di Luigi Felice e Di Giovanni Mauro, avverso il lodo arbitrale emesso in data 24 maggio 2005, con il quale — sulla base del rilievo che mancasse la prova certa della loro morosità — era stata dichiarata la nullità delle delibere di esclusione dalla società.

1.1. Per quanto in questa sede maggiormente rileva la corte territoriale, escluso il profilo di inefficacia della clausola compromissoria fondato sulla dedotta appartenenza della controversia alla cognizione del giudice amministrativo, a tal fine rilevando che, trattandosi di giudizio promosso dopo l'entrata in vigore della norma di cui all'art. 6, comma 2 della l. n. 205 del 2000, venivano in considerazione posizioni di diritto soggettivo dei soci, ha ritenuto infondata l'eccezione di giudicato sollevata dalla cooperativa sulla base della pronuncia del Tribunale di Teramo che aveva affermato il proprio difetto di giurisdizione, in base al rilievo dell'idoneità di tale pronuncia, non inerente al merito, rispetto alla formazione della cosa giudicata.

1.2. Quanto alla deduzione della violazione del termine di trenta giorni previsto per l'impugnazione della delibera di esclusione ai sensi dell'art. 2527, terzo comma, cod. civ., si è osservato che tale prescrizione ha natura dispositiva e può essere oggetto di rinuncia, nella specie desumibile dalla previsione di una clausola compromissoria, stante l'incompatibilità del procedimento arbitrale con detto termine decadenziale.

1.3. È stata poi esclusa la fondatezza del motivo di impugnazione proposto ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 9, cod. proc. civ., per non aver i difensori ricevuto l'avviso inerente ad un'udienza riservata all'assunzione di prove, rilevandosi che nessuna osservazione era stata sollevata in merito a quanto affermato dal Collegio arbitrale circa la comunicazione del provvedimento di fissazione dell'udienza ad entrambe le parti tanto a mezzo di posta prioritaria quanto tramite telefax.

1.4. Per la cassazione di tale decisione la società cooperativa Edera propone ricorso, affidato a quattro motivi, cui la Ciommi, il Di Luigi e il Di Giovanni resistono con controricorso, illustrato da memoria.

2.1. Con il primo motivo, denunciandosi violazione dell'art. 2527, comma 3, c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., si sostiene che la natura decadenziale del termine previsto dall'art. 2527, comma 3, c.c. nella sua formulazione applicabile "*ratione temporis*", erroneamente sarebbe stata giudicata incompatibile con il giudizio arbitrale.

2.2. Con il secondo mezzo si denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio: la corte territoriale non avrebbe adeguatamente valutato le risultanze deponenti nel senso

dell'incompatibilità del comportamento processuale della Cooperativa con la rinuncia ad avvalersi della decadenza di cui all'art. 2527, comma 3, c.c.

2.3. Con la terza censura, deducendosi violazione degli artt. 323, 324 e 325 c.p.c., 131 e ss. del R.D. n. 1165 del 1938 e 5 e 7 del d.P.R. n. 655 del 1964, si sostiene l'erroneità del rigetto dell'eccezione di giudicato sollevata dalla Cooperativa in relazione alla sentenza del Tribunale di Teramo n. 480 del 2000.

2.4. Con l'ultimo motivo la ricorrente si duole della violazione dell'art. 131 e ss. del R.D. n. 1165 del 1938 e degli artt. 5 e 7 del d.P.R. n. 655 del 1964 sotto il profilo della riconducibilità della vertenza nella giurisdizione amministrativa, con conseguente carenza di *potestas iudicandi* in capo al Collegio arbitrale.

3. Con ordinanza interlocutoria n. 20101 del 7 ottobre 2015, la Prima Sezione Civile della S.C. ha rilevato, con riferimento al primo motivo, che deve trovare applicazione nel caso di specie la vecchia formulazione dell'art. 2527, comma 3, c.c., antecedente alla modifica intervenuta, a far data dal 01/01/2004, ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003 (« Contro la deliberazione di esclusione il socio può, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione, proporre opposizione davanti al tribunale. Questo può sospendere l'esecuzione della deliberazione »), oggi parzialmente riprodotta dall'art. 2533, comma 3, c.c. (« Contro la deliberazione di esclusione il socio può proporre opposizione al tribunale, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione »); ha, quindi, evidenziato che la decisione della Corte d'appello di L'Aquila trova fondamento in alcuni arresti giurisprudenziali (Cass., 12 novembre 1998, n. 11436; Id., 7 marzo 1995, n. 2657; Id., 30 marzo 1984, n. 2084) che, sebbene siano stati emessi con riferimento all'art. 2287 c.c. in materia di società semplice, trovano sicura applicazione anche alle società cooperative, atteso che si tratta di stabilire se la previsione di una clausola compromissoria comporti l'elisione del termine di decadenza, rendendo di fatto dispositiva la previsione del richiamato art. 2527, comma 3, c.c.

Il Collegio ha ritenuto che tale orientamento sia meritevole di rimeditazione e, pertanto, ha rimesso la questione, di massima importanza, al Primo Presidente per l'assegnazione della trattazione della causa alle Sezioni Unite. In particolare, ha osservato il Collegio rimettente:

con riferimento alla prima censura, vale bene premettere che risulta pacifico fra le parti che la clausola contenuta nell'art. 36 dello Statuto della Cooperativa, con la quale la decisione di qualsiasi controversia insorta tra i soci e la cooperativa o fra i soci fra di loro, viene rimessa a un Collegio arbitrale composto da tre membri, configura un arbitrato rituale. Depone in tal senso la statuizione contenuta nella decisione impugnata, secondo cui “i soci esclusi hanno adito il Collegio arbitrale in forza della clausola compromissoria di cui all'art. 36 dello statuto della società” ... la quale “configura arbitrato rituale”. È stato così rigettato il motivo di impugnazione proposto dalla Cooperativa secondo cui si sarebbe trattato di un ricorso al giudizio dei probiviri sulla base del nuovo statuto approvato in epoca successiva all'esclusione dei soci: tale questione, che, ove fondata, avrebbe comportato l'affermazione della natura endosocietaria del ricorso al Collegio di probiviri, con significative ricadute in relazione al termine per la proposizione del giudizio di opposizione davanti al giudice ordinario (Cass., 28 maggio 2012, n. 8429; Id., 25 giugno 2008, n. 17337), non è stata riproposta in questa sede, così come non risultano censurati i rilievi della corte territoriale circa la validità della

clausola compromissoria. Anche nel controricorso, d'altra parte, è espressamente riconosciuta (pag. 5) la natura rituale dell'arbitrato.

Giova altresì rilevare, sotto il profilo del diritto intertemporale, che nella specie deve trovare applicazione, *ratione temporis*, la disciplina di cui all'art. 2527, comma 3, c.c., e non quella successivamente introdotta dall'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 6 del 2003, ora prevista dall'art. 2533 cod. civ. (Cass., 22 novembre 2013, n. 26211; Id., 5 dicembre 2011, n. 25945).

La decisione impugnata ha escluso la decadenza dei soci dalla proposizione dell'opposizione, ancorché avanzata a distanza di anni dalla comunicazione della delibera di esclusione, richiamando uno specifico orientamento di legittimità (Cass., 12 novembre 1998, n. 11436; Id., 30 marzo 1984, n. 2084), secondo cui la relativa previsione normativa avrebbe carattere dispositivo: la previsione della clausola compromissoria comporterebbe rinuncia a tale disciplina, con conseguente inapplicabilità del termine di decadenza di trenta giorni per la proposizione dell'opposizione.

Osserva il Collegio che, sebbene il principio richiamato dalla Corte territoriale (poi confermato da Cass., 7 marzo 1995, n. 2357) riguardi l'art. 2287 c.c. (in materia di società semplice), la sostanza non muta rispetto alla disciplina di cui all'art. 2527, comma 3, c.c., in quanto si tratta di stabilire se la previsione di una clausola compromissoria comporti l'elisione del più volte richiamato termine di decadenza. Il citato orientamento appare meritevole di rieditazione e, pertanto, si ritiene che la questione, di massima importanza, debba essere rimessa al Primo Presidente per la valutazione di una sua rimessione alle Sezioni unite di questa Corte, per le seguenti ragioni.

Secondo il costante orientamento di questa Corte, l'opposizione disciplinata dall'art. 2527, comma 3, c.c. costituisce l'unico rimedio giudiziale di cui dispone il socio escluso, essendo del tutto distinto dai normali mezzi di impugnazione delle delibere assembleari di cui agli artt. 2377-2379 c.c. (Cass., 26 marzo 1996, n. 2690; Id., 17 aprile 1982, n. 2339; Id., 18 dicembre 1978, n. 6053) in funzione del rito prescelto dalle parti. In linea generale, questa Corte ha posto in rilievo come il giudice in sede di opposizione, sia esso il tribunale o il collegio arbitrale chiamato per via statutaria a decidere la controversia, deve verificare l'effettiva sussistenza del fatto addebitato al socio e la sua inclusione fra le cause previste dalla legge o dallo statuto, prescindendo da ogni valutazione sull'opportunità della deliberazione (Cass., 15 ottobre 2002, n. 14665): il rispetto delle regole di diritto, non solo da parte del giudice ordinario, ma anche ad opera degli arbitri, non può prescindere dalla verifica circa il consolidamento dell'esclusione per mancata impugnazione della relativa delibera entro il termine di decadenza.

Non può omettersi di rilevare, sempre in via generale, che le Sezioni unite di questa Corte (Cass., 25 ottobre 2013, n. 24153) hanno di recente riaffermato la natura giudiziale dell'arbitrato rituale, ponendo in evidenza, per quanto in questa sede maggiormente rileva, che "anche per ciò che riguarda la prescrizione, il *novum* è dato non tanto dalla espressa previsione che la prescrizione è interrotta dall'atto introduttivo del giudizio arbitrale (in base all'emendamento portato all'art. 2943 c.c.), quanto dalla attribuzione (testo novellato dell'art. 2945, ult. comma, c.c.), alla notifica dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, dell'effetto interruttivo-sospensivo (o di interruzione permanente fino all'acquisto di stabilità del lodo, o al passaggio in giudicato formale della sentenza resa sull'im-

pugnazione) che è proprio soltanto della domanda giudiziale, e che integra un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria, "neutralizzando" l'incidenza della durata del procedimento di cognizione, che si conclude con pronuncia di merito (favorevole o meno all'attore) ai fini del decorso del termine prescizionale del diritto azionato. Soltanto il riconoscimento della "giurisdizionalità" del processo arbitrale consente di estendere l'effetto interruttivo della domanda al termine di decadenza, anche in quella vasta area di fattispecie in cui la decadenza è impedita non con il semplice esercizio del diritto, ma con l'esercizio dell'azione in giudizio. Mette altresì conto di richiamare, sempre nell'ambito dell'evoluzione dei rapporti fra giudizio ordinario ed arbitrale, la rilevante portata della pronuncia n. 223 del 19 luglio 2013 della Corte costituzionale, con la quale, è stata dichiarata l'illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., l'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 c.p.c., così determinando, in caso di pronuncia del giudice ordinario di diniego della propria competenza a favore di quella dell'arbitro (o anche nell'ipotesi inversa), l'impossibilità di far salvi gli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda proposta dall'attore davanti al giudice ordinario (oppure all'arbitro, nel caso opposto). Si è osservato che la norma censurata non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

Pur non ravvisandosi, nella specie, la possibilità dell'applicazione del principio della *translatio iudicii* (il giudizio arbitrale, intrapreso nel luglio del 2003, non può intendersi una riassunzione della causa conclusasi con sentenza n. 480/2000 del Tribunale di Teramo, con la quale era stata dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo), la richiamata pronuncia del Giudice delle leggi — scaturita, fra l'altro, da un procedimento in cui veniva in considerazione proprio l'eventuale decadenza dal termine per impugnare una delibera assembleare — assume significativo rilievo, per i fini che qui interessano, sotto il profilo della sostanziale equipollenza, ad essa sottesa (potendosi configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale: Corte cost., 29 novembre 2001, n. 376), rispetto agli effetti sostanziali della domanda, dell'azione intrapresa davanti al giudice ordinario rispetto a quella avanzata in sede arbitrale.

Deve da ultimo osservarsi che l'orientamento al quale si ispira la decisione impugnata si fonda, fra l'altro, sulla seguente considerazione "Gli arbitri, se la loro nomina non è contenuta nel compromesso o nella clausola compromissoria, devono essere nominati dalle parti ed in alcuni casi la loro nomina richiede l'intervento del Presidente del Tribunale (cfr. artt. 809 ed 810 c.p.c.), il che può comportare tempi tecnici superiori a trenta giorni. Pertanto, il termine di trenta giorni, previsto dall'art. 2287, secondo comma, cod. civ. per proporre opposizione avanti al tribunale avverso la delibera di esclusione del socio, non appare compatibile con il giudizio arbitrale" (Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in motivazione). Orbene, premesso che "*adducere inconueniens non est solvere argumentum*", non può prescindersi dal principio secondo cui il giudizio arbitrale si propone, al pari di quello ordinario, con domanda (sulla cui indefettibilità cfr. Cass. 14 settembre 2012, n. 15445, in motivazione; Id., 20 febbraio 2012, n. 2400; cfr. anche l'art. 2943, comma 4, c.c.), che, risolvendosi nella notificazione dell'atto con cui si manifesta

l'intenzione di promuovere il giudizio arbitrale, con eventuale nomina del proprio arbitro, non è pregiudicata, anche sotto il profilo cronologico, dagli adempimenti, ad essa successivi, indicati nella sentenza testé richiamata.

4.1. Il terzo e il quarto motivo di ricorso, implicando la risoluzione di questioni di giurisdizione, devono essere esaminati in via preliminare. Le censure sono infondate.

Il terzo motivo è infondato perché le sentenze dei giudici ordinari di merito, o dei giudici amministrativi, che statuiscano sulla sola giurisdizione — diversamente da quelle delle sezioni unite della Suprema Corte, alla quale, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, spetta il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna — non sono idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese, salvo che la decisione, sia pur implicita, sulla giurisdizione si rapporti con una statuizione di merito (Cass., Sez. un., 21 luglio 2015, n. 15208). È infondato anche il quarto motivo perché in tema di cooperative edilizie, anche fruente di contributi pubblici, il riparto di giurisdizione è fondato sulle comuni regole correlate alla posizione giuridica soggettiva prospettata, sicché nella fase pubblicistica, caratterizzata dall'esercizio di poteri tesi al perseguimento di interessi pubblici e corrispondentemente da posizioni di interesse legittimo del privato, le controversie, relative a pretesi vizi di legittimità dei provvedimenti, sono devolute al giudice amministrativo, mentre nella fase privatistica sono riconducibili alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alle vicende del rapporto, sorto per effetto del provvedimento di assegnazione, come quella tendente a far valere, tramite la contestazione della deliberazione di esclusione, i diritti inerenti alla qualità di socio, tra cui il diritto al godimento dell'alloggio, a nulla rilevando che sia già stato stipulato o no il mutuo individuale (Cass., 9 ottobre 2013, n. 22917; Id., Sez. un., 24 maggio 2013, n. 12898): in materia di edilizia economica e popolare pubblica, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia insorta successivamente all'assegnazione degli alloggi ai soci da parte di cooperativa edilizia fruente di contributo erariale).

4.2. Il quesito posto alle Sezioni unite è se il termine di decadenza di trenta giorni per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio di una società cooperativa previsto dall'art. 2527, comma 3, c.c., nella sua formulazione antecedente alla modifica introdotta dall'art. 8 d.lgs. n. 6 del 2003, debba ritenersi in ogni caso applicabile ovvero la previsione di una clausola compromissoria nello statuto ne comporta l'elisione, rendendo, di fatto, dispositiva la relativa previsione.

Il P.G., nel corso della discussione, ha rilevato che il primo motivo di ricorso — il quale pone la questione di diritto rimessa a queste Sezioni unite — dovrebbe essere dichiarato inammissibile alla luce della giurisprudenza di legittimità secondo la quale, a seguito delle modifiche apportate all'art. 829 c.p.c. dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, gli "*errores in iudicando*" degli arbitri possono essere fatti valere come causa di nullità del lodo solo se questa sia espressamente disposta dalle parti o dalla legge; ne consegue l'inammissibilità del motivo d'impugnazione relativo alla violazione del termine di decadenza previsto dal terzo comma dell'art. 2533 c.c., non rientrando tra i casi di nullità enunciati dal legislatore ed esulando dalla previsione dell'art. 36 d.lgs. 17 gennaio 2003, salvo che tale ipotesi di nullità fosse contemplata dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto della società (Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400).

Nella concreta fattispecie — alla quale si applica la disciplina previgente — il principio sarebbe tuttavia applicabile in forza della medesima clausola arbitraria che, come si desume dalla sentenza della Corte distrettuale, prevede l'inappellabilità del lodo, con conseguente operatività dei limiti di cui al previgente art. 829 c.p.c.

4.3. La Corte ritiene infondato il rilievo del P.G., posto che sul punto si è formato il giudicato interno per omessa impugnazione da parte dei contro ricorrenti i quali non hanno proposto ricorso incidentale contro l'implicita qualificazione del motivo di impugnazione del lodo come denunciante un *error in procedendo* anziché un *error in iudicando*. Distinzione affrontata nella sentenza impugnata a pag. 4, ove, dopo avere riportato il contenuto della clausola compromissoria ed avere qualificato l'arbitrato come rituale, la Corte di merito ha precisato che, in forza dell'esclusione dell'appellabilità del lodo, disposta dalle parti, avrebbe potuto esaminare soltanto gli *errores in procedendo* e, tuttavia, ha esaminato nel merito il motivo che denunciava la violazione del termine di trenta giorni, rigettandolo, così implicitamente qualificandolo e ritenendolo ammissibile. Accertamento che avrebbe dovuto formare oggetto di ricorso incidentale.

4.4. Le argomentazioni esibite a fondamento dell'ordinanza di rimessione alle SSUU sono pienamente condivisibili. Ad esse la Corte non può che manifestare adesione, anche in considerazione di ciò, che già la pronuncia più recente acriticamente fatta propria dalla corte di merito conteneva il richiamo ad almeno una norma deponente per l'applicabilità del termine di decadenza anche nell'ipotesi di clausola compromissoria (art. 2652, ult. comma, c.c.; v., in motivazione, Cass., 12 novembre 1998, n. 11436) e che, inoltre, l'assimilazione *in toto* alla domanda giudiziale, attribuita all'atto introduttivo dell'arbitrato, quanto alla prescrizione e alla trascrizione delle domande giudiziali, postulano l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale (Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153).

Al quesito sopra riportato, del resto, già questa Corte — con la più recente giurisprudenza: Cass., 3 aprile 2014, n. 7877 — aveva fornito risposta affermando il condivisibile principio per il quale « poiché (salvo ... il caso che lo statuto societario preveda la facoltà del socio di rivolgersi ad un collegio di probiviri in funzione di prevenzione della lite) la legge fa discendere il decorso del termine di decadenza unicamente dall'avvenuta comunicazione del provvedimento di esclusione, non ricorrono altre ipotesi di sospensione, al di fuori di quelle appena menzionate, che consentano al socio di impugnare la delibera oltre il trentesimo giorno dal ricevimento di detta comunicazione. Che poi la causa di impugnazione spetti alla cognizione del giudice ordinario od a quella degli arbitri, in virtù dell'eventuale clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, è questione affatto diversa, che attiene alla competenza (cfr. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153) e che nulla ha a che vedere con il decorso del termine decadenziale ». — (*Omissis*).

6. Il ricorso, dunque, deve essere accolto.

Il principio di diritto applicato è il seguente: il termine di decadenza di trenta giorni per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio di una società cooperativa previsto dall'art. 2527, comma 3, c.c. nella sua formulazione antecedente alla modifica introdotta dall'art. 8 d.lgs. n. 6 del 2003, è in ogni caso applicabile anche in presenza di una clausola compromissoria nello statuto.

La sentenza impugnata, pertanto, deve essere cassata e, non occorrendo ulteriori accertamenti in fatto, la Corte può decidere la causa nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., dichiarando la nullità del lodo.

Le spese processuali, anche delle fasi di merito, possono essere integralmente compensate in considerazione del mutato orientamento giurisprudenziale.

(*Omissis*).

### **Considerazioni su arbitrato e decadenza: il caso dell'impugnazione della delibera di esclusione del socio.**

1. Con il provvedimento in epigrafe le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono pronunciate sull'impugnazione della delibera di esclusione del socio di società cooperativa nell'ipotesi in cui lo statuto preveda una clausola compromissoria; più precisamente sulla compatibilità fra le norme che presiedono all'introduzione del procedimento arbitrale e il termine entro il quale, a pena di decadenza, il socio destinatario di una delibera di esclusione ha l'onere di proporre opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria <sup>(1)</sup>.

Nel caso di specie, i soci destinatari della delibera di esclusione avevano proposto opposizione attivando, a distanza di alcuni anni dalla comunicazione della delibera, la clausola compromissoria contenuta nello statuto della società. Dall'esame del provvedimento emerge che il procedimento arbitrale era stato preceduto da un giudizio davanti al Tribunale di Teramo, il quale si era concluso con una declinatoria di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, alla quale, tuttavia, la parte attrice non aveva dato seguito, preferendo instaurare il procedimento arbitrale. Chiamato a decidere sulla delibera, il collegio arbitrale aveva accolto la domanda degli opposenti, ritenendo insussistente la prova del motivo che aveva condotto all'esclusione. Il lodo era stato quindi impugnato per nullità dinanzi alla Corte d'appello dell'Aquila, di fronte alla quale la cooperativa aveva fatto valere l'inefficacia della clausola compromissoria in ragione dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, aveva sollevato un'eccezione di giudicato sulla base della pro-

---

<sup>(1)</sup> Nel caso deciso dalle Sezioni Unite la fattispecie risulta soggetta, *ratione temporis*, all'art. 2527, 3° comma, c.c., in forza del quale il socio escluso aveva l'onere di impugnare la delibera entro trenta giorni dalla sua comunicazione. Oggi, in seguito alla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 3 del 17 gennaio 2003, la fattispecie è disciplinata dall'art. 2533, 3° comma, c.c., che prevede un termine di sessanta giorni. Una previsione di tenore analogo è contenuta nell'art. 2287, 2° comma, c.c. il quale, con riferimento alle società di persone, dispone che la delibera di esclusione del socio abbia effetto decorsi trenta giorni dalla data della comunicazione e che entro il medesimo termine il socio escluso possa proporre opposizione dinanzi al Tribunale. Come vedremo a breve, la casistica giurisprudenziale sul tema oggetto del presente contributo riguarda, in massima parte, proprio l'applicazione di tale ultima disposizione.



nuncia con cui il Tribunale di Teramo aveva declinato la propria giurisdizione ed aveva infine dedotto la violazione dell'art. 2527, 3° comma, c.c. La Corte d'appello respingeva l'impugnazione.

Nei confronti di tale decisione veniva proposto ricorso per cassazione. Fra le varie censure, la società cooperativa deduceva l'erroneità della sentenza nella parte in cui i giudici aquilani avevano ritenuto che la presenza di una clausola compromissoria nello statuto determinasse un'implicita rinuncia al termine decadenziale previsto dall'art. 2527, 3° comma, c.c., ritenuto di per sé incompatibile con il procedimento arbitrale. La ricorrente censurava poi la decisione laddove la Corte d'appello aveva escluso la sussistenza della giurisdizione amministrativa e rigettato l'eccezione di giudicato.

Sul primo motivo di ricorso i Giudici della Prima Sezione Civile, attesa la sussistenza di un pregresso e consolidato orientamento conforme alla decisione resa dalla Corte d'appello dell'Aquila e ritenuta l'opportunità di rimeditarlo, hanno rimesso gli atti al Primo Presidente affinché questo deferisse alle Sezioni Unite la decisione sulla compatibilità fra la clausola compromissoria statutaria e il termine di decadenza previsto dall'art. 2527, 3° comma, c.c.

Al quesito il Supremo Collegio dà una risposta positiva.

Dopo aver rigettato le censure formulate con riferimento all'eccezione di giudicato e alla questione di giurisdizione ed aver superato i rilievi formulati dal Procuratore Generale in ordine ai pretesi profili d'inammissibilità del ricorso <sup>(2)</sup>, i Giudici di legittimità, facendo proprio l'*iter* argo-

---

(2) Inammissibilità che, stando alla prospettazione del Procuratore, sarebbe stata fondata sull'attuale disposto dell'art. 829, 2° comma, c.p.c., a mente del quale gli *errores in iudicando* degli arbitri sono censurabili in sede d'impugnazione per nullità del lodo solo se ciò sia espressamente previsto dalla legge oppure dalle parti. Secondo il Procuratore Generale, il motivo di ricorso sarebbe stato inammissibile in quanto avente ad oggetto la violazione di una norma sostanziale, esulando la fattispecie concreta dal disposto dell'art. 36 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 e non essendo ravvisabile alcuna previsione statutaria che legittimasse una simile censura. Secondo il Supremo Collegio, questi rilievi sarebbero stati superati dal giudicato interno formatosi in conseguenza della mancata impugnazione della sentenza resa dalla Corte d'appello su tale punto: il fatto che i Giudici aquilani, dopo aver qualificato l'arbitrato come rituale ed aver dato atto che la clausola compromissoria statutaria qualificava il lodo come inappellabile, avessero nondimeno esaminato la questione relativa alla violazione del termine di trenta giorni, rigettando il motivo d'impugnazione formulato dalla società, avrebbe gravato il controricorrente dell'onere di proporre ricorso incidentale al precipuo fine di far valere l'errore commesso della Corte d'appello. Ora, *nulla quaestio* rispetto a tali ultimi rilievi, i quali hanno evidentemente carattere assorbente. Quanto ai profili d'inammissibilità sollevati dal Procuratore Generale, ci pare che l'affermazione per cui la fattispecie non sarebbe suscettibile nella previsione di cui all'art. 36 D.Lgs. 5 del 2003 (secondo il quale, indipendentemente dal tenore della clausola compromissoria, gli arbitri devono decidere con lodo rituale di diritto, impugnabile per violazione delle norme relative al merito della controversia, ogni qual volta conoscano di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari) sia corretta, posto che, come risulta dalla motivazione del provvedimento che si annota, il procedimento arbitrale era stato introdotto nel luglio del 2003, dunque in epoca anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 5 del 2003 e, pertanto, ai sensi di

mentativo dalla Prima Sezione seguito nell'ordinanza di rimessione, rilevano nell'ordine che: *a*) lo strumento dell'opposizione di cui all'art. 2527 c.c. (o dell'art. 2287 c.c.) rappresenta l'unico rimedio giudiziale di cui dispone il socio escluso al fine di provocare un controllo giudiziale (o arbitrale) circa la sussistenza di una causa di esclusione o sulla validità della relativa delibera; *b*) tale strumento deve essere attivato entro il termine decadenziale di trenta giorni (oggi sessanta) dalla comunicazione dell'esclusione, il cui inutile decorso determina il consolidamento della delibera; *c*) l'attuale disciplina dell'arbitrato ricollega alla notifica della domanda di arbitrato l'effetto interruttivo istantaneo e permanente della prescrizione proprio della domanda giudiziale, il cui scopo è quello di "neutralizzare" la durata del procedimento; *d*) l'equivalenza fra la domanda d'arbitrato e la domanda giudiziale è inoltre confortata da quanto affermato dalla sentenza delle medesime Sezioni Unite n. 24153 del 25 ottobre 2013 in ordine alla natura giurisdizionale dell'arbitrato, nonché dalla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui la norma esclude(va) l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. dai rapporti fra arbitri e giudici; *e*) l'argomento su cui si fondava il pregresso orientamento giurisprudenziale, cioè l'impossibilità di conciliare il termine di trenta giorni previsto dalla disciplina sostanziale con le modalità di avvio del procedimento arbitrale, deve ritenersi superato dal fatto che il procedimento arbitrale viene instaurato, al pari di quello ordinario, attraverso la notifica di un atto con cui la parte manifesta l'intenzione di promuovere il giudizio arbitrale, i cui effetti non sono pregiudicati dagli incombenti successivi, fra i quali rientra la nomina di arbitro.

2. Sulle premesse del ragionamento svolto dalla Corte di cassazione (*sub a* e *sub b*), ossia sulla natura decadenziale del termine previsto dall'art. 2527 c.c. (oggi dall'art. 2533 c.c.) o dell'art. 2287 c.c. non è il caso

---

quanto previsto dall'art. 41, non era soggetto alle disposizioni contenute in tale decreto. Inoltre, la clausola compromissoria, redatta sotto l'impero dell'art. 829 c.p.c. nella formulazione antecedente all'ultima riforma — in argomento v. le sentenze nn. 9284, 9285 e 9341 rese dalle Sezioni Unite in data 9 maggio 2016, edite in *Giur. arbitrale*, 2016, con nota di CERRATO, *Quando Ponzio Pilato siede a palazzo Cavour: il caso della retroattività "fittizia" del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c. (con una divagazione in tema di arbitrato societario)* — qualificava espressamente il lodo come inappellabile; il che, in ossequio a quanto previsto dalla norma, escludeva la possibilità di censurare il lodo per violazione di legge sostanziale. Ciò detto, l'errore commesso dalla Corte d'appello appare però — ci sia consentito — provvidenziale, avendo esso permesso alla Corte di cassazione di prendere posizione su un tema, quale quello del momento a partire dal quale si producono gli effetti della domanda di arbitrato, d'importanza primaria; ciò in un contesto in cui le scelte compiute dal legislatore della riforma del 2006, limitando fortemente la possibilità dell'autorità giudiziaria di interloquire sull'interpretazione e sull'applicazione, da parte degli arbitri, delle norme sostanziali, rendono particolarmente difficile la creazione di orientamenti condivisi e consolidati su questioni rispetto alle quali è innegabile l'esigenza di nomofilachia.

di soffermarsi: nel prevedere che il socio colpito dalla delibera di esclusione possa (*rectius*, debba) impugnare la stessa dinanzi al Tribunale entro un certo termine (oggi di sessanta giorni per le società cooperative e di trenta per le società di persone), la legge pone in capo a tale soggetto un preciso onere <sup>(3)</sup> che, se disatteso o assolto tardivamente, determina il consolidamento della delibera e la conseguente impossibilità per il socio escluso di farne valere in altre sedi gli eventuali vizi o di contestare la sussistenza delle cause di esclusione <sup>(4)</sup>.

Allo stesso modo, non sembra discutibile l'arbitrabilità delle controversie in tema di esclusione del socio <sup>(5)</sup>, anche se di ciò si è dubitato con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2287, 3° comma, c.c., ossia quando una società di persone sia composta da due soli soci, in considerazione della ritenuta non compromettibilità delle liti riguardanti le cause di scioglimento della società, le quali coinvolgerebbero (anche) gli interessi di soggetti esterni alla società <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Secondo lo schema normativo, l'atto impeditivo della decadenza comminata dagli artt. 2287 e 2533 c.c. è rappresentato, infatti, dalla notifica della domanda giudiziale, che deve intervenire entro il termine previsto dalla legge; cfr. Cass., 17 aprile 1982, n. 2339, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2368. In tempi recenti e proprio con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2533 c.c., la Corte di cassazione ha tuttavia precisato che l'effetto impeditivo della decadenza può essere conseguito anche attraverso il deposito di un ricorso ex art. 700 c.p.c., volto ad ottenere la declaratoria d'inefficacia della delibera di esclusione; ciò sulla scorta della natura anticipatoria dello strumento cautelare e, dunque, del carattere meramente eventuale del giudizio di merito (quale emerge dall'art. 669 *octies* c.p.c., come modificato dal legislatore del 2005), nonché del convincimento che un'interpretazione la quale richiedesse, ai fini dell'impedimento della decadenza, l'esperimento di un'azione idonea a dare luogo al giudicato finirebbe con il dilatare oltremisura la portata delle norme sulla decadenza, le quali, come noto, sono di stretta interpretazione; cfr. Cass., 25 maggio 2016, n. 10840, in *Juris data*.

<sup>(4)</sup> Cass., 3 aprile 2014, n. 7877, in *Juris data*; Id., 8 giugno 2005, n. 12001, in *Giur. it. Rep.*, 2005, voce *Impresa cooperativa*, n. 9; Id., 15 settembre 2004, n. 18556, in *Giur. it. Mass.*, 2004, 1429; Id., 24 agosto 2004, n. 16727, in *Giur. it. Rep.*, 2004, voce *Società*, n. 841; Id., 26 marzo 1996, n. 2690, in *Giur. comm.*, 1996, II, 736, con nota di COLELLI. Legittimata passiva nel giudizio di opposizione all'esclusione del socio è unicamente la società, in persona del legale rappresentante, sebbene per quanto riguarda le società personali sia consentita, come modalità equipolente d'instaurazione del contraddittorio, la citazione di tutti i soci, con la precisazione che, non trattandosi di un'ipotesi di litisconsorzio necessario, la citazione entro il termine previsto dall'art. 2287 c.c. soltanto di alcuni di essi non impedisce il consolidarsi della decadenza; cfr. Cass., 8 aprile 2009, n. 8570, in *Giur. it. Rep.*, 2009, voce *Società*, n. 1011; Id., 18 dicembre 1978, n. 6053, in *Giur. it. Mass.*, 1978, 1451; Id., 23 maggio 1972, n. 1577, in *Giur. it. Rep.*, 1972, voce *Società*, n. 40; fra le pronunce di merito App. L'Aquila, 15 dicembre 2010, n. 456, in *Juris data*; App. Catania, 18 giugno 1996, in *Giur. comm.*, 1998, II, 216; Trib. Torino, 26 settembre 1978, *ivi*, 1979, II, 268.

<sup>(5)</sup> Salvo alcune incertezze iniziali, tanto la giurisprudenza di legittimità quanto quella di merito hanno riconosciuto la piena compromettibilità di tali controversie, in ragione della natura disponibile dei diritti ad esse sottesi; cfr. Cass., 3 agosto 1988, n. 4814, in *Foro it.*, 1989, I, 2042; Id., 30 marzo 1942, n. 850, in *Giur. it. Mass.*, 1942, 295. Più recentemente Id., 2 marzo 2009, n. 5019, in *Giur. it. Rep.*, voce *Società*, n. 952; Trib. Trani, 6 febbraio 2007, n. 89 in *Juris data*; Trib. Belluno, 26 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1639, con nota di RESTANO; Trib. L'Aquila, 7 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2005, 121, con nota di OCCHIPINTI, *Quale pubblicità per il lodo irrituale che delibera l'esclusione di un socio?*

<sup>(6)</sup> Cfr. Trib. Reggio Emilia, 5 febbraio 2008, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 14-15, 77, con nota di BERGAMASCHI; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 865, con nota di CORSINI;

Quanto alla derogabilità dei termini previsti dalla disciplina sostanziale, può osservarsi, in via generale, che in materia di decadenza l'ordinamento riconosce all'autonomia privata un certo margine di operatività, sia pur nei limiti previsti dagli artt. 2965 e 2968 c.c.; sicché, laddove la materia sia ritenuta disponibile, non dovrebbero sussistere ostacoli — almeno in teoria — al potere delle parti di derogare, in sede statutaria, a tali termini (7).

---

Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 1088, con nota di RESTANO. In generale, sulla non compromettibilità delle liti riguardanti le cause di scioglimento della compagine sociale v. Trib. Salerno, 10 aprile 2007, in *Corr. del merito*, 2007, 707. In senso favorevole al deferimento in arbitrato delle controversie di cui all'art. 2287, 3° comma, c.c. si è però valorizzata la natura individuale degli interessi coinvolti, unitamente al disposto dell'art. 2272, 1° comma, n. 4, c.c., a mente del quale lo scioglimento della società si verifica non già come effetto immediato dell'esclusione, ma per l'inutile decorso del semestre entro il quale la pluralità dei soci può essere ricostruita; cfr. Cass., 13 gennaio 1987, n. 134, in *Giust. civ.*, 1987, I, 843; App. Trento, 20 marzo 1999, in *Società*, 1999, 957, con nota di STESURI.

(7) L'art. 2968 c.c. impedisce, infatti, alle parti di modificare la disciplina legale della decadenza o di rinunciare ad essa laddove questa sia stabilita dalla legge « in materia sottratta alla disponibilità delle parti »; locuzione, questa, non lontana da quella impiegata dall'art. 806 c.p.c. in tema di arbitrabilità delle controversie. Nel senso della derogabilità del termine previsto dall'art. 2287 c.c. in ragione della disponibilità delle controversie relative all'esclusione dalla società di persone si sono espresse Cass., 30 marzo 1984, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3076 e, successivamente, Id., 7 marzo 1995, n. 2657, in *Società*, 1995, 1285, con nota di SOAVE; in dottrina GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 582 e 583. Una simile deroga alla previsione legale trova ovviamente un contrappeso nel disposto dell'art. 2290 c.c., in forza del quale il socio resta responsabile verso i terzi per le obbligazioni sociali fintanto che non si verifichi lo scioglimento e, dunque, fintanto che non sia decorso il termine per l'opposizione. Più complesso, invece, il tema della derogabilità dei termini di decadenza previsti per le società di capitali (sull'argomento v. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Torino, III, 2, 1993, 336 e 337). Per quanto riguarda la derogabilità *in peius* per i soci (cioè la possibilità di abbreviare il termine previsto dalla legge), non sembra discutibile la possibilità per questi ultimi di rinunciare al loro interesse a disporre di un termine congruo per l'esercizio del proprio diritto di impugnazione o di opposizione dinanzi all'autorità giudiziaria, fermo restando che l'autonomia statutaria non può comunque spingersi fino a rendere eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto (cfr., in dottrina, ZANARONE, *op. loc. ult. cit.*) dal momento che la deroga pattizia dei termini decadenziali previsti dalla legge trova un limite nel disposto dell'art. 2965 c.c.; cfr. Cass., 24 gennaio 1987, n. 672, in *Giur. it. Rep.*, 1987, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 736. Quanto alla derogabilità *in melius*, occorre ricordare che, come chiarito anche dalla Corte di cassazione (cfr. Cass., 26 agosto 1997, n. 8014, in *Giur. it. Rep.*, 1997, voce *Opere pubbliche*, n. 521), nel nostro ordinamento sono configurabili delle situazioni in cui, pur essendo i diritti disponibili, le decadenze previste dalla legge sono strumentali alla tutela di un interesse superiore a quello delle parti, tale da precludere a queste ultime la possibilità di intervenire a modifica della disciplina legale. Ora, nelle società di capitali il prolungamento del termine decadenziale previsto dalla legge per l'impugnativa delle delibere potrebbe ritenersi astrattamente ammissibile laddove si opini nel senso che esso sia diretto a tutelare solo l'interesse dei soci di maggioranza (o della società) al consolidamento delle delibere (così, dubitativamente, ZANARONE, *op. loc. ult. cit.*); per contro, esso dovrebbe considerarsi precluso ove si ritenga che tale termine sia posto a garanzia di un interesse generale al buon funzionamento delle imprese e alla stabilità delle situazioni giuridiche o, comunque, di un interesse trascendente quello delle parti (in tal senso v. Cass., 9 luglio 1958, n. 2466, in *Giur. it. Mass.*, 1958, 556). Peraltro, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale poc'anzi richiamato non sarebbe comunque possibile derogare alla disciplina legale della decadenza ogni qual volta la controversia sulla delibera coinvolga (anche) interessi di soggetti terzi, come nel caso di quella avente ad oggetto l'approvazione del bilancio, ritenuta non suscettibile di compromesso (cfr. Cass., 25 giugno 2014, n. 14337, in *Juris data*).

3. Nella motivazione resa dai Giudici di legittimità l'argomento portante è rappresentato dalla qualificazione dell'arbitrato come istituto avente natura giurisdizionale, come riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione con la sentenza n. 24153 del 25 ottobre 2013 <sup>(8)</sup> e dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 223 del 19 luglio 2013 <sup>(9)</sup> (*sub d*), mentre il tema degli incumbenti successivi alla notifica della domanda di arbitrato (*sub e*) viene liquidato in poche battute. Sennonché, è proprio quest'ultimo ad aver costituito il caposaldo dell'orientamento giurisprudenziale di cui l'ordinanza di rimessione ha sollecitato il ripensamento.

Come ricordato anche dalla Corte d'appello dell'Aquila nella sentenza oggetto d'impugnazione, tale orientamento, muovendo dalla derogabilità dei termini decadenziali previsti dall'art. 2287, 2° comma, c.c. o dall'art. 2527 c.c. (applicabile *ratione temporis*) e della ritenuta incompatibilità fra il termine decadenziale di trenta giorni ivi sancito e le modalità d'instaurazione del giudizio arbitrale (le quali presupponevano tempi necessariamente più lunghi), era giunto alla conclusione che l'inserimento di una clausola compromissoria nello statuto della società determinasse una rinuncia implicita al suddetto termine <sup>(10)</sup>.

Tale affermazione era il frutto di quella che, nel regime anteriore alla novella del 1994, era l'opinione prevalente circa l'individuazione del momento iniziale del procedimento arbitrale.

Come noto, fatta eccezione per alcune scarse e disorganiche disposizioni, sparse qua e là nel codice di rito, il legislatore del 1940 non aveva disciplinato l'istituto della domanda d'arbitrato e, soprattutto, non aveva dettato alcuna norma sulla cui base potesse identificarsi con certezza il momento a partire dal quale il procedimento arbitrale dovesse considerarsi pendente <sup>(11)</sup>. In tale contesto, l'idea che ai fini dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale fosse indispensabile l'individuazione del-

---

<sup>(8)</sup> Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, *Corr. giur.*, 2014, 84, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*; in *Foro it.*, 2013, I, 3048, con nota di D'ALESSANDRO.

<sup>(9)</sup> Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in questa *Rivista*, 2014, 81, con note di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI e SASSANI; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, di ACONE, « Translatio iudicii » tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?; in *Corr. giur.*, 2013, 1107, con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*.

<sup>(10)</sup> Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in questa *Rivista*, 1999, 269, con nota di DALEFFE, *Sulla presunta incompatibilità fra il termine per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio, ex art. 2287 c.c., ed il procedimento arbitrale*; *Id.*, 7 marzo 1995, n. 2657, *cit.*; *Id.*, 30 marzo 1984, n. 2084, *cit.*

<sup>(11)</sup> Per una panoramica sulla situazione antecedente alla riforma del 1994 v. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 54 ss.; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806-840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 304 ss.; *Id.*, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 911.

l'organo cui rivolgere la richiesta di tutela aveva portato i più a ritenere che la pendenza del procedimento arbitrale fosse data solo dalla costituzione dell'organo chiamato a dirimere la controversia, dunque dall'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri nominati, momento a partire dal quale il patto compromissorio avrebbe prodotto tutti i propri effetti<sup>(12)</sup>. Da ciò derivava che l'atto di avvio del procedimento arbitrale, contenente la manifestazione della volontà della parte di attivare l'arbitrato, l'eventuale formulazione delle domande e la nomina dell'arbitro non sarebbe stato altro che un atto preparatorio rispetto all'instaurazione del rapporto processuale, non parificabile, quanto ad effetti, alla domanda giudiziale ed al quale avrebbero potuto essere riconosciuti, al più, gli effetti della messa in mora<sup>(13)</sup>. Peraltro, l'unica norma che riguardava più intimamente la fase iniziale del procedimento, l'art. 810 c.p.c., non forniva alcuna indicazione in ordine al contenuto dell'atto di accesso, se non che esso dovesse contenere la nomina dell'arbitro e l'invito, rivolto alla controparte, a fare altrettanto e che esso dovesse essere trasmesso alla controparte mediante notifica. Non necessariamente, quindi, all'atto di nomina si accompagnava l'enunciazione delle domande, le quali potevano essere formulate o precisate con un atto atipico e comunque diverso dall'atto di nomina, anche

---

<sup>(12)</sup> Cass., 20 febbraio 1999, n. 1452, in *Giur. it. Rep.*, 1999, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1366; Id., 8 luglio 1996, n. 6205, in questa *Rivista*, 1997, 325, con nota di VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*; Id., 9 marzo 1982, n. 1519, in *Giur. it. Rep.*, 1982, voce *Arbitrato*, n. 41; Id., 28 settembre 1973, n. 2439, in *Foro it.*, 1974, I, 438, con nota di MAGRONE; Id., 23 luglio 1964, n. 1989, in *Giust. civ.*, 1965, I, 811; Id., 29 luglio 1963, n. 2127, in *Giur. it. Mass.*, 1963, 719; Id., 22 febbraio 1961, n. 409, *ivi*, 1961, 104. In dottrina CARNACINI, voce « *Arbitrato rituale* », in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 881; REDENTI, voce « *Compromesso* », in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957, 792; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 513; FAZZALARI, voce « *Processo arbitrale* », in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 307; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 439 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 141 e 142. In senso contrario SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 229.

<sup>(13)</sup> Cass., 10 gennaio 1977, n. 74, in *Foro it.*, 1977, I, 853, con nota di A. LENER. Peraltro, in tale contesto era dubbia non solo l'idoneità della domanda d'arbitrato a determinare l'effetto interruttivo permanente della prescrizione, ma, in caso di risposta affermativa, anche l'individuazione del momento a partire dal quale tale effetto si sarebbe determinato; sul punto v. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 903; SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 657 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1994, 5. In senso affermativo v. ANDRIOLI, *Arbitrato rituale ed effetti sostanziali della domanda giudiziale* (nota a Cass., 22 febbraio 1964, n. 384), in *Riv. dir. proc.*, 1964, 481; NICOTINA, *Arbitrato e giurisdizione*, Milano, 1990, 130 ss.; CECHELLA, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale mentre la produzione dell'effetto interruttivo istantaneo sarebbe conseguita alla notificazione dell'atto di nomina, la produzione dell'effetto interruttivo permanente sarebbe stata determinata solo dalla costituzione dell'organo arbitrale; analogamente SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 443. Per coloro che, invece, negavano la possibilità di riconoscere l'effetto interruttivo permanente della prescrizione, l'unica possibilità di conseguire un risultato di fatto analogo a quello garantito dall'art. 2945 c.c. sarebbe stata quella di riconoscere a quegli atti interni al procedimento arbitrale contenenti un'affermazione o un riconoscimento del diritto controverso il medesimo effetto interruttivo istantaneo attribuito all'atto di avvio; cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, I, 2000, 526.

successivo alla costituzione dell'organo arbitrale, contenente i c.d. quesiti<sup>(14)</sup>.

Per cui, se, come nel caso di specie, la decadenza comminata dalla disciplina sostanziale poteva considerarsi impedita soltanto per effetto dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale e se tale rapporto poteva considerarsi instaurato solo con la costituzione dell'organo arbitrale, il termine previsto dalla medesima disciplina non poteva che rivelarsi inadeguato, soprattutto in considerazione del fatto che la costituzione del collegio rimaneva sottratta al dominio della parte attrice, dipendendo dal momento in cui gli arbitri avessero formalizzato l'accettazione della propria designazione e quindi, indirettamente, dalla collaborazione della parte convenuta e/o dalla solerzia dell'autorità giudiziaria eventualmente adita ai sensi dell'art. 810, 2° comma, c.p.c. Di fronte a tale inadeguatezza non vi era alternativa se non quella di ritenere l'impugnativa arbitrale della delibera di esclusione sottratta al termine di decadenza previsto dalle norme poc'anzi citate<sup>(15)</sup>. Tuttavia, sarebbe stato impossibile stabilire *a priori* quale potesse essere un termine congruo ai fini del compimento di tutti gli incumbenti necessari all'instaurazione del procedimento arbitrale; tanto ciò è vero che le pronunce ascrivibili all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, dopo aver negato l'applicabilità del termine decadenziale di cui all'art. 2287, 2° comma, c.c., non si preoccupavano di chiarire entro quali limiti temporali dovesse essere proposta l'impugnazione della delibera di esclusione. Sicché, in difetto di una diversa previsione, l'unica soluzione possibile sarebbe stata quella di ritenere applica-

---

<sup>(14)</sup> PUNZI, *op. cit.*, 506; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 911; VECCHIONE, *op. cit.*, 515 ss.

<sup>(15)</sup> Del resto, a conclusioni analoghe si era pervenuti con riferimento al sequestro conservativo. Infatti, nel contesto anteriore alla riforma del 1990 (nel quale l'art. 680 c.p.c. prevedeva l'onere per il sequestrante di instaurare sia il giudizio di convalida sia la causa di merito entro quindici giorni dal compimento del primo atto esecutivo, mentre l'art. 683 c.p.c. sanzionava il mancato avvio di entrambi i procedimenti con l'inefficacia della misura cautelare e l'art. 818 c.p.c. precisava che, in caso di controversia devoluta in arbitrato, il giudice dovesse pronunciarsi sulla convalida senza pregiudizio della causa di merito) una parte della giurisprudenza aveva affermato che la presenza di una convenzione arbitrale avrebbe determinato *tout court* l'inapplicabilità di qualsivoglia termine decadenziale tanto per l'introduzione del giudizio di merito quanto per l'introduzione del giudizio di convalida, con la conseguenza che sarebbe stato onere del sequestrato agire in sede arbitrale ed ottenere, successivamente, l'eventuale revoca del sequestro (cfr. Cass., 28 gennaio 1993, n. 1973, in *Giur. it. Rep.*, 1993, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1317; Id., 3 maggio 1968, n. 1377, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 647), mentre altre pronunce si erano limitate a ritenere non necessario che entro il predetto termine fosse instaurato il procedimento arbitrale, essendo sufficiente che lo stesso fosse risultato pendente al momento della decisione sulla convalida (cfr. Id., 20 dicembre 1982, n. 7056, in *Giur. it. Mass.*, 1982, 1684; Id., 17 maggio 1979, n. 2820, *ivi*, 1979, 693). Su posizioni diverse una parte della dottrina (CARNACINI, *op. loc. ult. cit.*) e della giurisprudenza (App. Milano, 3 ottobre 1989, n. 1544, in questa *Rivista*, 1991, 295, con nota di VERDE, *Effetti processuali e sostanziali dell'atto di domina dell'arbitro*), secondo le quali sarebbe stato sufficiente che entro il termine la parte facesse quanto in suo potere per attivare il processo arbitrale.

bile il termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2949 c.c. in materia societaria.

4. L'orientamento giurisprudenziale in parola avrebbe dovuto essere sottoposto ad un vaglio critico già all'indomani della novella del 1994 (e qui veniamo ai rilievi *sub c* e *sub e*). In tale occasione, infatti, il legislatore introdusse, tanto nel tessuto del codice civile quanto in quello del codice di rito, una serie di disposizioni volte a normare una fase del procedimento che fino a quel momento era rimasta priva di disciplina, con le quali si attribuirono alla notifica dell'atto con cui una parte, in presenza di convenzione arbitrale, avesse dichiarato la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, proposto la domanda e proceduto, per quanto di sua competenza, alla nomina degli arbitri, gli effetti propri della domanda giudiziale <sup>(16)</sup>.

Nell'introdurre tali disposizioni, il legislatore del 1994 non disciplinò, però, compiutamente l'istituto della litispendenza arbitrale <sup>(17)</sup>, ma si limitò — almeno formalmente — a parificare la domanda di arbitrato alla domanda giudiziale ai fini del conseguimento di determinati effetti sostanziali e processuali, fra cui l'effetto interruttivo della prescrizione (art. 2943 e 2945 c.c.), della trascrizione della domanda (artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c.) e della conservazione dell'efficacia della misura cautelare concessa *ante causam* (art. 669 *octies* c.p.c.). Il tenore delle nuove disposizioni determinò quindi l'insorgere di un dibattito sulla portata dell'intervento riformatore, cioè sull'idoneità della domanda d'arbitrato a conseguire tutti gli effetti (sostanziali e processuali) propri della domanda giudiziale (anche quelli non espressamente previsti dalla legge), nonché sulla possi-

---

<sup>(16)</sup> SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in questa *Rivista*, 2002, 667.

<sup>(17)</sup> Nonostante l'opinione espressa da una certa parte della dottrina (BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 298, 300 e 305; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 444; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in questa *Rivista*, 1996, 255; SALVANESCHI, *op. cit.*, 667) e le posizioni inizialmente assunte da una parte della giurisprudenza (Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in questa *Rivista*, 1997, 515, con nota di LUISSO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*; Id., 8 luglio 1996, n. 6205, cit.) l'effetto principale della litispendenza, ossia la preclusione rispetto all'instaurazione della medesima controversia dinanzi a un diverso organo, era rimasto escluso dall'ambito dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario; cfr. Id., 30 luglio 2004, n. 14557, in *Giur. it. Rep.*, 2004, voce *Competenza e giurisdizione civ.*, n. 912; Id., 13 dicembre 2001, n. 15753, in questa *Rivista*, 2003, 81, con nota di BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*, in alcuni passaggi della motivazione; Id., 9 aprile 1998, n. 3676, *ivi*, 1998, 501, con nota di BOVE, *Arbitrato e litispendenza*; Trib. Verona, 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409; Coll. Arb. Salerno, 25 giugno 2001, in questa *Rivista*, 2003, 525, con nota di RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*; Coll. Arb., 9 marzo 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 267, con nota di VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*; Coll. Arb. Roma, 2 marzo 1996 e Coll. Arb. Bergamo, 20 luglio 1995, entrambi in questa *Rivista*, 1996, 353 e 375, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* In dottrina E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 502 e 509.



bilità di considerare le disposizioni introdotte in tale occasione alla stregua di una disciplina generale e inderogabile dell'atto introduttivo del procedimento arbitrale, piuttosto che di una disciplina istitutiva di un semplice onere strumentale al conseguimento degli effetti specificamente previsti dalla legge.

Su quest'ultimo punto ritorneremo più avanti nel testo.

Per quanto riguarda la possibilità che la domanda notificata producesse (anche) effetti diversi da quelli previsti dalle norme sopra richiamate, una risposta positiva avrebbe potuto fondarsi sulla considerazione che, avendo il legislatore equiparato la domanda di arbitrato alla domanda giudiziale, sarebbe stato irragionevole negare la produzione degli altri effetti conseguenti alla domanda giudiziale, ivi compreso, ad esempio, l'impedimento della decadenza<sup>(18)</sup>. E — come del resto affermato dalla Corte di cassazione nel provvedimento che si annota — proprio il riconoscimento in capo dalla domanda d'arbitrato degli effetti intimamente connessi alla pendenza della lite (fra cui l'effetto interruttivo permanente della prescrizione) avrebbe legittimato la convinzione che, per effetto della novella del 1994, la proposizione della domanda d'arbitrato determinasse *tout court* la pendenza del procedimento arbitrale, di talché la costituzione del giudice arbitrale avrebbe rilevato soltanto a diversi fini, fra cui il decorso del termine per la pronuncia del lodo<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, 174; TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 2003, 712 e 713; SALETTI, *op. cit.*, 678; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, 222. In giurisprudenza v. Cass., 28 maggio 2003, n. 8532, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1540, con cui la Corte di cassazione ha ritenuto impedita la decadenza comminata dall'art. 64 del r.d. n. 350 del 1895 per effetto della notifica della domanda di arbitrato. Diversamente opinando, si sarebbe dovuto concludere nel senso che la produzione di tutti gli effetti non espressamente disciplinati dalla legge sarebbe stata "rimandata" al momento della costituzione dell'organo arbitrale (momento che, secondo l'orientamento tradizionale, segnava la pendenza della lite), con la conseguenza che essa sarebbe stata lasciata in balia di elementi indipendenti dalla volontà delle parti; così, criticamente, SALVANESCHI, *op. cit.*, 666. Fra gli effetti della domanda d'arbitrato diversi da quelli disciplinati dalle norme di cui al testo segnaliamo la previsione recentemente inserita nell'art. 1284 c.c. Come noto, nel disciplinare il regime degli interessi legali, la norma prevede, al quarto comma, che « *se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* ». Con il D.L. n. 132 del 12 settembre 2014 il legislatore ha aggiunto alla norma un ultimo comma, a mente del quale « *la disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale* ».

<sup>(19)</sup> TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 705 e 708; CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in questa *Rivista*, 1994, 663; SALETTI, *op. cit.*, 678 e 679; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 906 ss.; SALVANESCHI, *op. cit.*, 665 ss. In particolare, la tradizionale obiezione secondo la quale la mancanza di un giudice preconstituito avrebbe impedito la configurazione della litispendenza in epoca anteriore alla nomina degli arbitri sarebbe stata superabile in considerazione del fatto che l'affermazione della preesistenza del giudice rispetto alla controversia, se non sia una mera astrazione, avrebbe comunque una consistenza non dissimile da quella di un collegio arbitrale non ancora costituito e del fatto che la garanzia del giudice naturale preconstituito per legge sarebbe offerta non dalla preesistenza del giudice rispetto alla controversia, ma dall'esistenza di una regola che consenta di individuare l'organo abilitato a deciderla; cfr. TRISORIO LIUZZI, *op.*

Con specifico riferimento all'istituto della decadenza, fra le disposizioni introdotte nel 1994 non vi era una previsione *ad hoc*: a differenza di quanto stabilito dagli artt. 2943 e 2945 c.c. (che identificano con precisione l'atto cui consegue l'effetto interruttivo della prescrizione), gli artt. 2964 e seguenti c.c. e, in particolare, l'art. 2966 c.c. non recavano e non recano tuttora alcuna disposizione in ordine all'impedimento della decadenza in caso di devoluzione della controversia in arbitrato; inoltre, sempre l'art. 2964 c.c. sancisce il divieto di applicazione analogica delle norme sull'interruzione della prescrizione. Ciò nondimeno, l'addentellato normativo per riconoscere alla notifica della domanda di arbitrato (anche) l'effetto impeditivo delle decadenze previste dalla legge avrebbe potuto essere individuato nel disposto dell'art. 669 *octies*, 5° comma, c.p.c., con cui il legislatore, ricollegando alla notifica della domanda d'arbitrato la conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare concesso *ante causam*, aveva espressamente riconosciuto all'atto introduttivo del procedimento l'effetto impeditivo di una decadenza, sia pur di natura processuale (20).

Come noto, la *ratio* ispiratrice degli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c.

---

*cit.*, 705; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, *cit.*, 907. In giurisprudenza v. Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in questa *Rivista*, 2005, 523, con nota di G. SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*; Id., 12 dicembre 2003, n. 19025, *ibid.*, 71, con nota di G. GRASSO, *Istituzione del procedimento arbitrale, carenza di potestas iudicandi e fase rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità*; Id., 8 aprile 2003, n. 5457, in *Giur. it.*, 2004, 1392, con nota di RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (brevi rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*; Id., 25 luglio 2002, n. 10922, in *Foro it.*, 2002, I, 2919, nella cui motivazione la Corte, pur essendo consapevole della specificità delle disposizioni inserite in occasione della novella del 1994, ha ritenuto che le stesse attribuissero « alla domanda di accesso agli arbitri una valenza generale, idonea a far desumere, a tutti gli effetti sostanziali e processuali del rapporto intercorrente fra le parti, il principio per cui la notifica della domanda di accesso agli arbitri segna l'inizio del giudizio arbitrale ». In senso contrario v. però PUNZI, *op. cit.*, 502, per il quale anche dopo la riforma la pendenza della lite sarebbe stata comunque data dalla costituzione dell'organo arbitrale, mentre solo alcuni effetti sarebbero stati anticipati al momento della proposizione della domanda.

(20) SALVANESCHI, *op. cit.*, 666. Peraltro, già a seguito delle modifiche alla disciplina del procedimento cautelare apportate dalla legge n. 353 del 26 novembre 1990, gli interpreti avevano opinato nel senso che l'atto da compiersi entro il termine previsto dalla legge ai fini della conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare fosse soltanto l'atto di nomina di arbitro, accompagnato dalla formulazione dei quesiti (cioè atti rientranti nella piena disponibilità della parte), non essendo le modalità di costituzione dell'organo arbitrale conciliabili con il ristretto termine previsto dalla legge; cfr. PUNZI, *op. cit.*, 531; CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 493; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 383; CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1261; VERDE, *Effetti processuali e sostanziali dell'atto di nomina di arbitro*, in questa *Rivista*, 1991, 299. In tal senso si sono successivamente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, risolvendo il contrasto giurisprudenziale insorto in relazione alla disciplina previgente (cfr. nota 15), avevano affermato la compatibilità fra la devoluzione in arbitrato della controversia e il termine di quindici giorni previsto dalla legge per l'instaurazione del giudizio di merito, precisando che entro tale termine il sequestrante avrebbe dovuto compiere soltanto quegli atti che non avessero necessitato alcuna collaborazione da parte del sequestrato, quali ad esempio la richiesta di avvio del procedimento, ove l'organo arbitrale fosse

è quella di imporre alla parte che abbia ottenuto un provvedimento cautelare non anticipatorio l'onere di instaurare tempestivamente il giudizio sul merito della pretesa e in tutte le ipotesi in cui la decadenza (processuale o sostanziale) deve essere impedita attraverso l'esercizio dell'azione giudiziale, l'effetto impeditivo consegue alla notifica (o al deposito) dell'atto introduttivo del giudizio non già quale atto in sé e per sé considerato, quale manifestazione di una volontà negoziale, ma quale atto idoneo ad instaurare un valido rapporto giuridico processuale finalizzato ad una decisione sul merito della controversia <sup>(21)</sup>; in altre parole, ciò che determina l'impedimento della decadenza in tali ipotesi è la pendenza stessa del giudizio. Da ciò sarebbe derivato che, in caso di deferimento della lite in arbitrato, la decadenza avrebbe dovuto considerarsi impedita nella misura e nel momento in cui il procedimento arbitrale fosse stato considerato pendente. E in forza dell'art. 669 *octies* c.p.c. tale momento avrebbe potuto ragionevolmente essere identificato con la notifica della domanda d'arbitrato: infatti, se la legge considerava tale atto idoneo ad instaurare il procedimento ai fini dell'impedimento di una decadenza processuale, difficilmente si sarebbe potuta negare l'idoneità del medesimo atto a determinare (anche) l'impedimento delle decadenze di tipo sostanziale.

Ora, benché l'adesione da parte della Corte di cassazione alla tesi che individuava nella notifica della domanda d'arbitrato l'atto idoneo a determinare la litispendenza arbitrale <sup>(22)</sup> potesse indurre una rimeditazione della ritenuta incompatibilità fra la clausola compromissoria ed il termine di decadenza previsto dagli artt. 2287 e 2527 c.c. <sup>(23)</sup>, tale ripensamento è tardato ad arrivare: la giurisprudenza di merito è rimasta, infatti, fedele al precedente orientamento, seguitando a distinguere l'ipotesi in cui l'impugnazione della decisione di esclusione dovesse essere proposta dinanzi

---

stato già composto, o la nomina dell'arbitro di parte, in caso contrario; cfr. Cass., Sez. Un., 22 maggio 1995, n. 5601, in *Foro it.*, 1995, I, 2825.

<sup>(21)</sup> Cass., 17 aprile 1982, n. 2339, cit.; Id., 3 luglio 1980, n. 4214, in *Foro it.*, 1981, I, 128, con nota di ORIANI; Id., 12 gennaio 1971, n. 39, in *Giur. it. Mass.*, 1971, 16; Id., 5 dicembre 1970, n. 2561, in *Giur. it. Mass.*, 1970, 1015. In dottrina LUISSO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, II, Bologna, 2010, 116 ss. e 164; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 313; PANZA, *Decadenza nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 125.

<sup>(22)</sup> Cfr. nota 19.

<sup>(23)</sup> DALEFFE, *Sulla presunta incompatibilità fra il termine per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio, ex art. 2287 c.c., ed il procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 1999, 276. Una timida apertura in tal senso si coglie nella motivazione della sentenza n. 11436 resa dalla Corte di cassazione il 12 novembre 1998, edita in questa *Rivista*, 1999, 269 e richiamata dalle Sezioni Unite nel provvedimento che si annota, con cui i Giudici di legittimità, pur ponendosi in continuità con l'orientamento precedente, avevano precisato che nel caso sottoposto alla loro attenzione la (diversa) conclusione di cui al testo non sarebbe stata predicabile in ragione della non applicabilità alla fattispecie concreta, *ratione temporis*, delle disposizioni introdotte dalla novella del 1994.

all'autorità giudiziaria dall'ipotesi in cui essa dovesse essere deferita agli arbitri, ipotesi in cui il termine di decadenza previsto dalla legge continuava ad essere ritenuto inapplicabile (24).

Il provvedimento in epigrafe non può dunque che essere salutato con favore. Come già anticipato, valorizzando la portata del disposto dall'art. 2945, ult. comma, c.c., i Giudici di legittimità hanno ribadito che la pendenza del procedimento arbitrale è determinata dalla notifica della domanda di arbitrato e, conseguentemente, hanno affermato *expressis verbis* che, nelle ipotesi in cui l'ordinamento prevede decadenze sostanziali il cui impedimento consegna all'esperimento di un'iniziativa giudiziale, ove la controversia risulti deferita in arbitrato l'incombente che l'attore ha l'onere di compiere nel termine previsto dalla legge è (soltanto) la notifica della domanda d'arbitrato, potendo la nomina degli arbitri intervenire in un momento successivo. Di qui la piena compatibilità fra la clausola compromissoria statutaria e il termine di decadenza previsto dall'art. 2527 c.c. (25).

5. Si è già detto che, nell'economia della motivazione, un ruolo fondamentale è svolto dalle due recenti pronunce rese dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione sulla natura dell'arbitrato alla luce delle modifiche introdotte in occasione della riforma del 2006 (*sub d*). Certamente, entrambi i precedenti costituiscono una significativa conferma della sostanziale equivalenza (*rectius*, della fungibilità) dell'arbitrato rispetto al processo ordinario di cognizione e, dunque, della necessità

---

(24) In senso conforme al pregresso orientamento v. Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Società*, 2004, 996, con nota di MORELLINI; Trib. L'Aquila, 7 maggio 2004, cit.; Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507, con nota di MIRONE, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio della società di persone*; Trib. Milano, 8 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1447. Fuori dal coro si segnala soltanto un'altra pronuncia del Tribunale di Trento, resa in data 11 febbraio 2004 ed edita in *Giur. di merito*, 2004, 1699, con nota di PREDELLI.

(25) La decisione si pone peraltro in continuità con la sentenza n. 7877 del 3 aprile 2014, cit., con cui i Giudici di legittimità, sulla scorta della rammentata perentorietà del termine previsto dall'art. 2527 c.c., hanno ritenuto tardiva l'iniziativa intrapresa nei confronti di una delibera di esclusione del socio di una società il cui statuto conteneva una clausola compromissoria (la quale delibera era stata promossa oltre il termine di trenta giorni sulla base della ritenuta invalidità di detta clausola); ciò sulla scorta del rilievo che la legge farebbe discendere il decorso del termine di decadenza unicamente dall'avvenuta comunicazione del provvedimento di esclusione, che l'appartenenza dell'impugnazione alla cognizione del giudice ordinario od a quella degli arbitri sarebbe questione che nulla ha a che vedere con il decorso del termine decadenziale e che, pertanto, « il socio escluso che assuma l'invalidità della clausola compromissoria (e che dunque non ritenga di dover instaurare il procedimento arbitrale) non può promuovere (in una data scelta a suo piacimento) un separato giudizio per far accertare detta nullità, rinviando al suo esito l'impugnazione della delibera, ma è tenuto a proporre l'opposizione dinanzi al tribunale entro il termine previsto dall'art. 2527 c.c., comma 3, facendo valere in tale sede l'inoperatività della clausola medesima (o attraverso una vera e propria domanda principale di accertamento o in via di eccezione riconvenzionale, qualora la controparte deduca l'incompetenza del giudice adito) ».

di assicurare ai rispettivi atti introduttivi i medesimi effetti. Tuttavia, come visto poc' anzi, ci pare che l'argomento determinante ai fini dell'atteso *revirement* possa essere ricercato nella disciplina positiva posta in essere con la riforma del 1994 e che, pertanto, il nuovo corso giurisprudenziale potesse essere inaugurato già in quell'occasione, senza che a ciò potesse ostare la c.d. svolta negozialista del periodo compreso fra le ultime due riforme <sup>(26)</sup>.

Quello su cui le due pronunce sopra citate, in particolare quella della Corte costituzionale, impongono di riflettere (con riferimento all'istituto della decadenza) è, invece, l'individuazione delle modalità con cui, in seguito all'eventuale declaratoria di difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri o del giudice, la pretesa vada coltivata dinanzi all'organo indicato come titolare del potere di deciderla <sup>(27)</sup>. Non è questa la sede per affrontare il tema *ex professo* e per verificare se fra arbitrato e processo possa configurarsi una vera propria prosecuzione del giudizio, con applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* <sup>(28)</sup>, o se si tratti piuttosto di

---

<sup>(26)</sup> Peraltro, sia qui consentito di rilevare che sia la Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, cit., sia la Corte di cassazione nella sentenza n. 24153 del 25 ottobre 2013, cit., hanno affermato che un momento fondamentale nel processo di giurisdizionalizzazione dell'arbitrato sarebbe rappresentato proprio dalla legge n. 25 del 1994; tale affermazione si pone in evidente contrasto con la tesi fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, edita in *Corr. giur.*, 2001, 51, con nota di RUFFINI e MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254, con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, e in questa *Rivista*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla « natura » dell'arbitrato*, secondo la quale proprio le modifiche introdotte dalla novella del 1994 avrebbero imposto l'abbandono della c.d. teoria giurisdizionale dell'arbitrato in favore di una ricostruzione squisitamente privatistica dell'istituto.

<sup>(27)</sup> Ricordiamo, infatti, che quando l'atto richiesto per impedire la decadenza consista nell'esercizio dell'azione giudiziale, l'effetto impeditivo consegue alla proposizione della domanda anche laddove questa sia indirizzata ad un giudice incompetente solo se la stessa sia riassunta davanti al giudice munito di *potestas* nei termini di cui all'art. 50 c.p.c. o dell'art. 59 L. n. 69 del 18 giugno 2009; con la conseguenza che l'effetto non si verifica laddove il processo si estingua, operando in tal caso la previsione di cui all'art. 310 c.p.c. e non essendo applicabile alla decadenza il disposto dell'art. 2945, 3° comma, c.c. sull'interruzione della prescrizione; cfr. Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Giur. it. Rep.*, 2007, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 9; Id., 14 aprile 1994, n. 3505, in *Contratti*, 1996, 234, con nota di M. L. GUARDAMAGNA; Id., 9 marzo 1993, n. 2813, in *Foro it.*, 1993, I, 3304, con nota di PIOMBO; Id., 18 giugno 1987, n. 5357, in *Giur. it.*, 1989, I, 1,1214, con nota di CAMPEIS - DE PAULI, *Trasferimento della lite fra giudici di paesi C.E.E. ed effetto impeditivo della decadenza*; Id., 19 aprile 1982, n. 2407, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2359. E in caso di estinzione del giudizio, la decadenza non si considererà impedita e la parte perderà definitivamente la possibilità di agire a tutela del proprio diritto; cfr. Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 881, con nota di COLESANTI, e in *Giust. civ.*, 1961, I, 1836, con nota di SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*. In argomento v. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, 2° ed., Torino, 1985, 701 ss. L'estinzione del giudizio non determina, invece, il venir meno dell'effetto impeditivo della decadenza nelle ipotesi in cui l'impedimento della decadenza sia conseguibile anche mediante atto stragiudiziale; cfr. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 120; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 304.

<sup>(28)</sup> Come ritengono, in dottrina, SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 699; ACONE, « *Translatio iudicii* » *tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria*

una riproposizione della domanda <sup>(29)</sup>, né per affrontare il connesso tema dell'efficacia della pronuncia resa sulla convenzione arbitrale. Qui ci limitiamo a rilevare che, con specifico riferimento alla fattispecie in esame (e in generale a quelle in cui l'ordinamento apponga all'esercizio di un diritto un termine decadenziale), l'opzione per l'una o per l'altra ricostruzione appare foriera di significative conseguenze. *Nulla quaestio*, infatti, laddove si opini nel senso dell'applicabilità, ai rapporti fra arbitri e giudici, dell'art. 50 c.p.c.: in tal caso, infatti, la parte che abbia impugnato la delibera di esclusione dinanzi al giudice o all'arbitro incompetenti dovrà riassumere la controversia nel termine assegnato dal giudice o dall'arbitro ai sensi di tale norma o, in difetto, nel termine di tre mesi ivi previsto. Laddove, invece, si acceda alla tesi della riproposizione della domanda e, dunque, della necessità di instaurare un nuovo e separato giudizio dinanzi all'organo munito della *potestas iudicandi*, in mancanza di una previsione normativa speciale di tenore analogo a quella di cui all'art. 59 L. 69 del 2009 e attesa l'impossibilità di ricorrere all'applicazione analogica della stessa <sup>(30)</sup>, sarebbe ragionevole concludere nel senso che, in seguito alla declinatoria di "competenza", la riproposizione della domanda debba avvenire nel medesimo termine di decadenza previsto dalla norma sostanziale, che dovrebbe iniziare a decorrere dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria <sup>(31)</sup>.

---

*incompiuta o volutamente pilatesca?* (nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Foro it.*, 2013, I, 2700; CONSOLO, *Il rapporto tra arbitri e giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, 1110 e come sono parse opinare le prime pronunce che si sono occupate del problema; cfr. Trib. Bologna, 11 maggio 2016; Trib. Roma, 10 settembre 2014, n. 18078 e Trib. Milano, 17 giugno 2014, tutte consultabili sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>(29)</sup> In tal senso opinano, a nostro avviso in modo condivisibile, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in questa *Rivista*, 2014, rispettivamente 94 e 95, 105 e 106, 111; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, 406; LUISO, *op. ult. cit.*, 11; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 162. Questa, del resto, era la soluzione contenuta nel progetto di riforma Vaccarella, il quale aveva previsto l'inserimento, al secondo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., di un paragrafo a mente del quale « *gli effetti sostanziali e processuali della domanda sono fatti salvi, se questa è riproposta in sede giurisdizionale o arbitrale nel termine di tre mesi da quando divengono definitivi il lodo o la sentenza che dichiarano l'incompetenza* ».

<sup>(30)</sup> Nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c. la Corte costituzionale ha infatti implicitamente escluso la possibilità di operare interpretazioni costituzionalmente orientate della norma, fra cui quella favorevole all'estensione ai rapporti fra arbitrato e processo dell'istituto della declinatoria di giurisdizione, sostenuta, sia pur con diverse argomentazioni da BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *AA.VV.*, *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 85 e da VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 2009, 224.

<sup>(31)</sup> Infatti, se appare fuor di dubbio che l'attore non debba essere pregiudicato dall'errata individuazione dell'organo al quale abbia indirizzato la propria richiesta di giustizia (e, quindi, che debba essere garantita la salvezza degli effetti della domanda in caso di tempestiva riproposizione della stessa all'organo titolare del potere di decidere al lite), allo stesso modo, in assenza di una disciplina *ad hoc*, sembra ragionevole ritenere che a tale soggetto non possa essere consentito di "lucrare" sul proprio errore, avvalendosi per la riproposizione della domanda di un termine superiore (ad esempio, quello trimestrale di cui all'art. 50 o all'art. 59

6. Le considerazioni che precedono portano a concludere che la notifica della c.d. domanda di arbitrato qualificata determina la pendenza della lite e, pertanto, che nelle ipotesi in cui l'ordinamento prevede che l'esercizio di un diritto debba avvenire entro un termine decadenziale, è proprio quella notifica l'elemento sufficiente a impedire il verificarsi della decadenza<sup>(32)</sup>.

È però opportuno compiere un passo ulteriore e domandarsi se al medesimo fine la notifica della domanda qualificata costituisca anche un incumbente necessario, cioè se il procedimento arbitrale possa essere avviato (e la decadenza impedita) anche attraverso un atto che risulti privo dei requisiti individuati dalle norme codicistiche o che venga portato a conoscenza del destinatario con modalità diverse dalla notifica cui esse fanno riferimento, ossia dalla notifica tecnica di cui all'art. 137 e seguenti del codice di rito.

Tali domande sono indotte dalla considerazione che, talvolta, le parti si accordano per (o procedono a) introdurre il procedimento attraverso strumenti diversi dalla notifica (ad esempio attraverso raccomandata con

---

L. 69 del 2009) a quello previsto dalla disciplina sostanziale di riferimento. Pertanto, in una fattispecie quale quella decisa dal provvedimento in commento, in caso di declaratoria d'incompetenza il termine per l'instaurazione del procedimento dinanzi all'organo competente dovrebbe rimanere quello di sessanta giorni contenuto nell'art. 2533 c.c. Una conferma della bontà di questa conclusione può trarsi, sia pur indirettamente, dalla sentenza n. 7877 del 3 aprile 2014, poc'anzi citata, con cui la Corte di cassazione ha chiarito che anche in caso di invalidità della clausola compromissoria statutaria il termine per l'introduzione del giudizio di impugnazione della delibera di esclusione rimane sempre e comunque quello previsto dalla legge. Più problematico, se si acceda alla tesi della riproposizione della domanda, il problema relativo alla disciplina prescrizione, per la cui soluzione un intervento legislativo sembra ineluttabile. Senza alcuna pretesa di completezza, in assenza di alcuna disposizione speciale la possibilità di assicurare la salvezza dell'effetto interruttivo permanente sembra riposare o sull'attribuzione agli atti endoprocedimentali dell'effetto interruttivo istantaneo o su una lettura dell'art. 2945 c.c. che consenta la produzione dell'effetto interruttivo permanente (anche) nel caso di pronuncia declinatoria. Come già rilevato prima della riforma, dal punto di vista del procedimento arbitrale tale lettura potrebbe trovare conforto nella formulazione dell'ultimo comma della norma, che a differenza delle altre disposizioni non subordina la produzione dell'effetto interruttivo permanente alla circostanza che la domanda di arbitrato sia proposta « *in presenza di compromesso o di clausola compromissoria* »; cfr. DELLA PIETRA, *op. cit.*, 188. Dal punto di vista del procedimento ordinario, essa potrebbe fondarsi, invece, sulla considerazione che nella nozione di « *sentenza che definisce il giudizio* » possa rientrare anche la sentenza che dichiara il difetto di *potestas iudicandi* in favore degli arbitri, analogamente a quanto accade nel caso della declinatoria di giurisdizione (sul tema v. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 113 nonché ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 245). In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass., 14 febbraio 2000, n. 1608, in *Giur. it. Rep.*, 2000, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 53, e, in dottrina, GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 103; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro* (nota a Cass., 12 agosto 1997, n. 7521), in questa *Rivista*, 1998, 499; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 254.

<sup>(32)</sup> Con la precisazione che, come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 24822 del 9 dicembre 2015, edita in *Foro it.*, 2016, I, 893, con nota di BARONE, ove, come nel caso di specie, l'impedimento della decadenza non possa avere luogo se non attraverso un atto processuale, trova applicazione il principio della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e il destinatario, con la conseguenza che l'effetto sostanziale si produce, per il notificante, con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

ricevuta di ritorno), nonché dal sempre maggiore ricorso all'arbitrato amministrato, cui consegue l'applicazione di regolamenti che prevedono *iter* di avvio del procedimento difforni da quello previsto dalla legge, in forza dei quali si procede, ad esempio, al deposito dell'atto introduttivo (i cui requisiti di forma-contenuto sono disciplinati dai medesimi regolamenti) presso la segreteria dell'istituzione arbitrale, la quale si occupa poi della sua trasmissione alla parte convenuta, anche qui con mezzi eventualmente diversi dalla notifica<sup>(33)</sup>.

Nel codice del 1940 l'art. 810 c.p.c. prevedeva che l'atto di nomina di arbitro dovesse essere « *notificato a mezzo d'ufficiale giudiziario* ». In quel contesto, l'orientamento maggioritario considerava il requisito della notifica non indispensabile per la valida introduzione del procedimento arbitrale e, dunque, sostituibile con altra forma di comunicazione equipollente, purché idonea a dare certezza circa la regolare instaurazione del contraddittorio; l'unica eccezione era rappresentata dal procedimento di nomina giudiziale dell'arbitro previsto dall'art. 810, 2° comma, c.p.c., per la cui attivazione la previa notifica della domanda costituiva un elemento imprescindibile<sup>(34)</sup>.

Come si è ricordato poc'anzi, la novella del 1994 aveva determinato l'insorgere di un vivace dibattito sulla portata delle disposizioni introdotte in occasione dell'intervento riformatore e, in particolare, sulla possibilità per le parti di introdurre il procedimento arbitrale ricorrendo a modalità diverse da quelle previste dalla disciplina positiva; dibattito che aveva visto prevalere, fin dal principio, la tesi che considerava le nuove dispo-

---

<sup>(33)</sup> Sul punto il panorama appare piuttosto variegato: senza pretesa di esaustività, il regolamento della ICC, dispone, all'art. 4, punto 1, che « *chiunque desideri ricorrere all'arbitrato disciplinato dal presente Regolamento deve indirizzare la propria domanda di arbitrato (la "domanda") al Segretariato, che notifica all'attore e al convenuto l'avvenuta ricezione della domanda e la data di tale ricezione* » e al punto 2 che « *la data alla quale la Domanda è ricevuta dal Segretariato è considerata a tutti gli effetti la data d'inizio del procedimento arbitrale* »; il regolamento della Camera Arbitrale Internazionale di Milano prevede, all'art. 9, che « *l'attore deve depositare presso la Segreteria Generale la domanda di arbitrato* » e che « *la Segreteria Generale trasmette la domanda di arbitrato al convenuto entro cinque giorni lavorativi dalla data del deposito. L'attore può anche trasmettere direttamente la domanda di arbitrato al convenuto, fermo restando il deposito della domanda stessa presso la Segreteria Generale, che ne cura in ogni caso la trasmissione al fine della decorrenza dei termini regolamentari* »; il regolamento dell'AIA dispone, invece, all'art. 9, che « *la domanda di arbitrato, la risposta e la replica, con la documentazione allegata, devono essere inviate alla Segreteria — in tanti esemplari quanti sono gli arbitri, più uno — nonché alla controparte* ».

<sup>(34)</sup> Cfr. App. Bologna, 20 aprile 1995, in *Foro pad.*, 1996, I, 48, con nota di CORSINI, *Domanda di arbitrato: comunicazione ed effetti*, che riguardava proprio un caso in cui l'atto di avvio del procedimento arbitrale era stato comunicato proprio a mezzo raccomandata in ossequio a quanto previsto dal regolamento dell'istituzione arbitrale che le parti avevano richiamato nel patto compromissorio; in dottrina VERDE, *Gli arbitri*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, cit., 128 e 129; PUNZI, *op. cit.*, 381; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 325; BRIGUGLIO, *Sub art. 810 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di A. Briguglio, E. Fazzolari, A. Marengo, Milano, 1994, 36 e 37; VECCHIONE, *op. loc. ult. cit.* In senso contrario, nel senso dell'inderogabilità della notifica, quale « *un atto processuale che non ammette equipollenti* », v. App. Trieste, 24 maggio 1991, n. 212, in questa *Rivista*, 1992, 488.



sizioni semplicemente come istitutive di un onere strumentale al conseguimento di quegli effetti sostanziali e processuali specificamente previsti dalla legge <sup>(35)</sup>.

La tesi era parsa incontrare il favore della giurisprudenza che, con alcune decisioni forse non del tutto coerenti rispetto a quelle intervenute all'indomani della riforma, sulla base del summenzionato carattere settoriale delle disposizioni introdotte nel 1994, aveva affermato che il rispetto dei requisiti di forma-contenuto propri della c.d. domanda d'arbitrato sarebbe stato sì indispensabile ai fini del conseguimento degli effetti sostanziali e processuali previsti dalla legge, ma non anche ai (soli) fini dell'introduzione del procedimento, il quale avrebbe dovuto considerarsi validamente instaurato anche attraverso un atto privo di tali requisiti o trasmesso al destinatario con modalità diverse dalla notifica <sup>(36)</sup>; con la

---

<sup>(35)</sup> Nel senso dell'inderogabilità della disciplina positiva v. SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, cit., 648 ss. e 655; MARENGO, *Sub art. 1 l. 5 gennaio 1994, n. 25*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 119. In senso contrario, per la settorialità delle disposizioni codicistiche e della conseguente possibilità di avviare il procedimento arbitrale secondo modalità diverse da quelle previste dalla legge, CONSOLO, *op. ult. cit.*, 165; DELLA PIETRA, *op. cit.*, 170; PUNZI, *op. cit.*, 502 ss.; SALETTI, *op. cit.*, 668 ss. e 680; TOMMASEO, *La domanda d'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2001, 175 e 181 ss.; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 913; VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in questa *Rivista*, 1996, 28, i quali ponevano a fondamento della loro posizione il principio dell'autonomia delle parti sancito dall'art. 816 c.p.c. (oggi art. 816 bis c.p.c.), la *sedes materiae* delle disposizioni sulla domanda di arbitrato e l'assenza di un'unica previsione, di portata generale, circa l'individuazione del momento a partire dal quale il procedimento arbitrale dovrebbe considerarsi pendente, la mancata modifica dell'art. 810 c.p.c., nonché l'assenza di precisi obblighi per la parte convenuta quanto alla formulazione delle proprie domande. A ciò si sarebbe dovuta aggiungere l'assenza di una comminatoria di nullità per il mancato rispetto del modello codicistico, con la conseguenza che la configurabilità di una nullità dell'atto introduttivo tale da inficiare il lodo avrebbe potuto fondarsi solo sul combinato disposto degli artt. 816 bis c.p.c. e 829, 1° comma, n. 7, c.p.c. o eventualmente sull'art. 829, 1° comma, n. 9, c.p.c. laddove si fosse verificata una lesione del contraddittorio; cfr. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 714; SALETTI, *op. cit.*, 668; CECHELLA, *Disciplina*, cit., 224.

<sup>(36)</sup> Nel senso della non necessarietà del rispetto dei requisiti di forma-contenuto previsti dalle disposizioni codicistiche v. App. Messina, 12 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 884, con nota di BARONE; Coll. Arb. Matera, 24 febbraio 2001, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2001, 1078; Coll. Arb. Roma, 20 maggio 1995, n. 70, *ivi*, 1997, 184, relativi a fattispecie in cui il procedimento era stato avviato con un atto contenente la designazione dell'arbitro di parte, ma privo della compiuta illustrazione della domanda, che era intervenuta soltanto in un momento successivo, nel corso del giudizio. Sul punto si è pronunciata anche la Corte di cassazione con la sentenza n. 17099 del 10 luglio 2013, consultabile in *Juris data*, con cui i Giudici di legittimità hanno ritenuto validamente introdotto un procedimento arbitrale anch'esso avviato con un atto carente sotto il profilo dell'esplicitazione della domanda (la quale era stata illustrata solo nei termini successivamente concessi dagli arbitri), argomentando sulla base del principio della libertà delle forme e della conformità dell'atto di nomina al disposto dell'art. 810 c.p.c. Nella motivazione il Supremo Collegio ha infatti posto in evidenza la necessità di distinguere « la domanda c.d. "qualificata", ovvero contenente i tre elementi (intenzione di promuovere il procedimento, formulazione della domanda comprendente parti, causa petendi e petitum, e designazione dell'arbitro), come tale idonea a determinare l'inizio del procedimento arbitrale ed a produrre gli effetti propri di salvare l'efficacia del provvedimento cautelare ante causam, di interrompere la prescrizione e di determinare la trascrivibilità dell'atto, dall'atto di accesso privo di uno o più di detti contenuti propri, ma comunque idoneo ad avviare il procedimento, basandosi sul carattere settoriale delle modifiche apportate dalla L. n. 25 del 1994, che non hanno toccato

conseguenza che, anche nel contesto successivo alla novella, le parti avrebbero dovuto ritenersi libere di seguire (e quindi di concordare) modalità d'introduzione del procedimento arbitrale diverse da quelle previste dalla legge. Di qui la distinzione fra la domanda d'arbitrato qualificata e la c.d. domanda d'arbitrato "semplice" <sup>(37)</sup>.

In questo scenario si è inserito l'intervento riformatore del 2006, con cui il legislatore ha modificato il primo comma dell'art. 810 c.p.c. nella parte in cui disponeva che l'atto di nomina di arbitro dovesse essere « *notificato a mezzo d'ufficiale giudiziario* » <sup>(38)</sup>, prevedendo che tale atto sia semplicemente « *notificato per iscritto* ».

Ora, non è chiara la portata della modifica legislativa: si discute, infatti, se il legislatore abbia voluto ammettere modalità di trasmissione dell'atto introduttivo del procedimento diverse dalla notifica, purché rispettose della forma scritta e dell'attestazione di ricevuta da parte del

---

*l'art. 810 c.p.c., e sul principio della libertà delle forme, di cui all'art. 816 c.c., comma 2* ». Quanto alla non indispensabilità della notifica tecnica v. Cass., Sez. Un., 5 maggio 2011 n. 9839, in questa *Rivista*, 2011, 629, con nota di ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura*, nonché di nuovo Coll. Arb. Roma, 20 maggio 1995, n. 70, cit., entrambi relativi a fattispecie in cui le parti avevano convenzionalmente previsto che l'avvio del procedimento arbitrale avvenisse mediante invio di lettera raccomandata. In senso contrario si segnala, però, Cass., 14 settembre 2012, n. 15445, in questa *Rivista*, 2013, 117, con nota di CAMPIONE, *La domanda di arbitrato tra libertà di forme e principio del contraddittorio*, con cui i Giudici di legittimità hanno confermato la sentenza resa dalla Corte d'appello dichiarativa dell'inesistenza del lodo emesso al termine di un procedimento arbitrale che era stato instaurato mediante lettera inviata dalla parte attrice al proprio arbitro, il quale aveva a sua volta spedito la comunicazione alla parte convenuta mediante lettera raccomandata senza avviso di ricevimento.

<sup>(37)</sup> BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 325; OCCHIPINTI, *L'attualità della domanda arbitrale: le parti possono prevedere termini o condizioni per l'introduzione del procedimento arbitrale?* (nota a Coll. arb., Roma, 5 novembre 2008), in questa *Rivista*, 2008, 282 ss. e 289. Ciò su cui le pronunce sopra citate però tacciono è l'individuazione del momento a partire dal quale il procedimento arbitrale debba considerarsi pendente se l'atto di avvio defetta dallo schema legale. Ora, è vero che nei precedenti innanzi citati la settorialità della disciplina positiva è stata invocata in una serie di casi in cui gli atti introduttivi del procedimento risultavano deficitari rispetto al modello legale, dunque per sostenere che anche atti difformi potessero considerarsi idonei al suo radicamento; tuttavia, il rischio insito in una simile impostazione è quello di resuscitare, *in parte qua*, l'orientamento che identificava la pendenza del procedimento con la costituzione dell'organo arbitrale, che — in ipotesi — troverebbe margini di applicazione non solo ogni qual volta le parti non si conformino al modello legale, ma — stante il rammentato carattere settoriale delle disposizioni codicistiche — anche rispetto a tutti quegli effetti della domanda arbitrale che non trovino nella disciplina positiva la loro normazione. Secondo SALETTI, *op. cit.*, 678, il quale, le disposizioni codicistiche avrebbero determinato una scissione fra il momento della domanda e quello della costituzione dell'organo giudicante valevole ai fini del conseguimento di tutti gli effetti propri di ogni domanda giudiziale.

<sup>(38)</sup> Formulazione, questa, del tutto rispondente alle disposizioni di cui agli artt. 2562, 2563, 2690, 2691 e 2943 c.c., 2945 c.c. e 669 *octies* c.p.c. e che, nel contesto delineato dalla novella del 1994, non lasciava dubbi sul fatto che la notifica prevista per l'avvio del procedimento arbitrale fosse quella disciplinata dal codice di rito, ovviamente comprensiva di tutte le modalità ivi previste.

ricevente<sup>(39)</sup>, oppure se abbia inteso non già far venire meno la notifica tecnica, ma consentire soltanto che alla stessa possa provvedere anche un soggetto diverso dall'ufficiale giudiziario, quale l'avvocato a ciò abilitato<sup>(40)</sup>. La prima lettura sembrerebbe porsi in linea con la distinzione fra domanda d'arbitrato qualificata e domanda d'arbitrato "semplice" vista poc'anzi e consentirebbe di affermare che la notifica tecnica, sempre indispensabile ai fini del conseguimento degli effetti sostanziali e processuali disciplinati dalla legge, non sia (più) necessaria ai fini dell'introduzione del giudizio arbitrale e (anche) dell'attivazione del meccanismo di nomina giudiziale. Non solo; in forza della menzionata modifica legislativa — ovviamente, ove intesa nel senso ora indicato — la possibilità di introdurre il procedimento arbitrale con una semplice raccomandata non dipenderebbe dall'esistenza, nella convezione arbitrale, di una specifica previsione derogativa dello schema legale ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., ma, al contrario, quest'ultima norma verrebbe a costituire lo strumento attraverso cui sancire pattiziamente, anche a pena di nullità, il carattere necessario della notifica.

Più problematica l'ipotesi dell'arbitrato amministrato, in cui l'introduzione del giudizio arbitrale può seguire un *iter* radicalmente diverso da quello previsto dall'art. 810 c.p.c., nel quale — come si è detto — l'evocazione in arbitrato del convenuto potrebbe avvenire in un momento successivo al deposito dell'atto di accesso da parte dell'attore, su iniziativa di un soggetto diverso, quale è la segreteria dell'istituzione arbitrale, e attraverso strumenti diversi dalla notifica. In tal caso, esclusa l'assimilazione della fattispecie a quella del giudizio che principia con il deposito di un ricorso<sup>(41)</sup>, la possibilità di ancorare la pendenza dell'arbitrato al compimento degli incombeni previsti dal regolamento riposa sulla derogabilità dell'intero sistema di norme che presiedono alla fase di avvio del procedimento<sup>(42)</sup>; derogabilità che si realizzerebbe attraverso il rinvio operato dai compromittenti al regolamento dell'istituzione arbitrale ai sensi

---

<sup>(39)</sup> Come ritengono PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, 57 e NELA, *Sub art. 810 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1665 e come sembra ritenere anche la Corte di cassazione nella sentenza n. 2400 del 20 febbraio 2012, cit.

<sup>(40)</sup> In tal senso SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 225; BERGAMINI, *Sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 588.

<sup>(41)</sup> BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 324 e 325.

<sup>(42)</sup> SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 245 e 977; VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, cit., 321. In generale, sul tema della derogabilità, ad opera delle parti, della disciplina legale v. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006, 423 ss. Come osserva VILLA, *op. cit.*, 320, in tal caso, infatti, ad essere derogata è la stessa nozione di litispendenza, che tradizionalmente presuppone dalla presa di contatto fra almeno due dei tre soggetti del processo.

del combinato disposto degli artt. 816 *bis* e 832 c.p.c. (43). Più precisamente, se la notifica della domanda qualificata non rappresenta l'unico strumento in grado di determinare la pendenza del procedimento arbitrale e se, come si evince dall'esame delle decisioni richiamate poc'anzi, sono stati ritenuti idonei a incardinare il procedimento arbitrali atti che, pur essendo privi dei requisiti prescritti dalle norme sostanziali, erano sostanzialmente conformi alla previsione di cui all'art. 810 c.p.c., il disposto dell'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. (che per alcuni sancirebbe la possibilità per i regolamenti arbitrali di derogare alle disposizioni contenute nei capi del Titolo VIII (44)) dovrebbe consentire alle parti di derogare anche alla precedente disposizione, permettendo loro incardinare il procedimento arbitrale attraverso il deposito dell'atto introduttivo presso la segreteria dell'istituzione arbitrale, anziché attraverso la sua notifica (o la sua comunicazione) al soggetto che s'intenda convenire in arbitrato.

Le modalità alternative d'introduzione del procedimento arbitrale testé esaminate non consentiranno, tuttavia, la produzione degli effetti previsti dagli artt. 2943, 2945, 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c. e 669 *octies* c.p.c., per i quali è indispensabile la predisposizione della domanda qualificata, ossia di un atto dotato dei requisiti di forma-contenuto previsti da tali disposizioni, che dovrà essere trasmesso alla controparte mediante notifica, secondo quanto previsto dal codice di rito (45). In difetto di tali

---

(43) Nel senso dell'idoneità del deposito dell'atto di accesso presso la segreteria dell'ente arbitrale a determinare la pendenza del procedimento v. SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale e i loro effetti*, in questa *Rivista*, 2010, 419 e 421. Sul punto si è pronunciato anche il Tribunale di Milano, con la sentenza del 17 marzo 2009, edita in questa *Rivista*, 2009, 311, con nota adesiva di VILLA, *op. cit.*, che ha ritenuto di poter provvedere alla sospensione di una delibera adottata dall'assemblea dei soci di s.r.l. in presenza di una domanda d'arbitrato che, all'epoca della proposizione del ricorso cautelare, non era ancora stata notificata ai destinatari, ma soltanto depositata presso la Segreteria della Camera Arbitrale di Milano, argomentando che, ai sensi del regolamento camerale, l'inizio del procedimento arbitrale sarebbe stato dato dal deposito della domanda presso l'istituzione, sulla quale incombeva poi l'onere di notificarla alla controparte. Critica rispetto a questa ricostruzione ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 1009, secondo la quale in tal caso la litispendenza dovrebbe essere individuata a partire dalla data dell'ultima accettazione degli arbitri. Sull'introduzione del procedimento nell'arbitrato societario ritorneremo comunque *infra*.

(44) Così BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in questa *Rivista*, 2013, 337 ss. che, con riferimento al tema della tutela cautelare, osserva come la norma, nel prevedere che « se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo », implicitamente sancisca la possibilità per i regolamenti arbitrali di derogare alle disposizioni codicistiche. Nel senso della tendenziale prevalenza delle previsioni regolamentari rispetto a quelle legali anche CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in questa *Rivista*, 2007, 309, il quale individua taluni limiti nella disciplina della ricsuzione e della tutela cautelare. Su posizioni diverse COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera Arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 249 e 250, secondo il quale le previsioni normative, la volontà delle parti e le previsioni regolamentari sarebbero posti in rapporto gerarchico fra loro e le prime non potrebbero essere derogate dalle ultime.

(45) Coll. Arb. Roma, 20 maggio 1995, n. 70, cit., in motivazione. In dottrina TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 711; CORSINI, *op. ult. cit.*, 301; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 916; VILLA, *op. cit.*, 319. Non a caso i regolamenti di talune istituzioni arbitrali contengono disposizioni che

requisiti e fatta eccezione per l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto diritti di credito (unico caso in cui può essere predicata la surrogabilità della notifica, essendo la prescrizione suscettibile di interruzione mediante qualsiasi atto di costituzione in mora <sup>(46)</sup>), non sarà dunque possibile conseguire la produzione dell'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione, così come non sarà conseguibile l'effetto interruttivo permanente <sup>(47)</sup>, né potranno realizzarsi gli effetti prenotativi della domanda conseguenti alla sua trascrizione nei pubblici registri <sup>(48)</sup> o, infine, potrà essere impedita la perdita di efficacia della misura cautelare concessa *ante causam* <sup>(49)</sup>.

---

replicano, sostanzialmente, le norme codicistiche: ad esempio, il regolamento della Camera arbitrale del Piemonte prevede, all'art. 11, che « *la parte che intende iniziare una procedura di arbitrato ordinario di cui all'art. 1.1, deve notificare direttamente la Domanda al Convenuto a mezzo PEC o a mezzo di ufficiale giudiziario e deve depositare l'originale della Domanda presso la Segreteria della Camera Arbitrale nei modi previsti all'art. 9.1. e, non appena disponibile, deve depositare prova della notifica* ».

<sup>(46)</sup> CORSINI, *Domanda di arbitrato: comunicazione ed effetti*, in *Foro pad.*, 1996, I, 56; in giurisprudenza Cass., 17 novembre 1981, 6102, in *Giur. it. Rep.*, 1981, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 18.

<sup>(47)</sup> SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 982; EAD., *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 424. Da un lato, infatti, gli artt. 2943 e 2945 c.c. contengono un esplicito riferimento alla notifica; dall'altro l'art. 2936 c.c. sanziona con la nullità qualsiasi patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione. La conclusione di cui al testo trova conforto, ad esempio, in quanto affermato dalla giurisprudenza nell'ipotesi in cui la controversia sia introdotta nelle forme del rito lavoro; è opinione consolidata, infatti, che in tal caso l'effetto interruttivo della prescrizione si produca non già per effetto del deposito del ricorso, bensì per effetto della notifica al resistente del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza; cfr. Cass., 24 giugno 2009, n. 14862, in *Giur. it. Rep.*, 2009, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 102; Id., 11 giugno 2009, n. 13588, in *Foro it.*, 2010, 3522, con nota di I. BIANCHI; Id., 3 ottobre 2007, n. 20736, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2848; Id., 30 marzo 2004, n. 6343, in *Giur. it. Rep.*, 2004, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 104; Id., 6 marzo 2003, n. 3373, *ivi*, 2003, voce *Procedimento civile*, n. 280; Id., 8 maggio 2001, n. 6423, *ivi*, 2001, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1481; Id., 17 marzo 1990, n. 2257, in *Giur. it. Rep.*, 1990, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 33; Id., 2 aprile 1981, n. 1876, in *Foro it.*, 1981, I, 1274. La peculiarità della ricostruzione di cui al testo può forse ravvisarsi nel fatto che, laddove l'atto introduttivo venga portato a conoscenza dei destinatari attraverso strumenti diversi dalla notifica, alla pendenza del procedimento non si accompagni uno degli effetti che più strettamente ad essa si ricollegano, ossia quello interruttivo permanente della prescrizione; ma, del resto, come si è visto, la scissione fra la pendenza del giudizio e l'effetto interruttivo (istantaneo e permanente) della prescrizione è fenomeno comune anche ad altre fattispecie.

<sup>(48)</sup> La notifica della domanda è infatti richiesta dagli artt. 2652 e 2653 c.c., mentre l'art. 2658, 2° comma, c.c. annovera fra gli atti da presentare al conservatore ai fini della trascrizione della domanda giudiziale, la « *copia autentica del documento che la contiene, munito della relazione di notifica alla controparte* ». Considerata l'assimilazione fra la domanda giudiziale e quella arbitrale operata dalle prime due norme, appare del tutto ragionevole estendere la previsione di cui all'art. 2658 c.c. anche al procedimento arbitrale. In tal senso SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 424 e CORSINI, *Domanda di arbitrato*, cit., 57. Sulla tassatività delle previsioni in materia di trascrizione v. Cass., 21 ottobre 1993, n. 10434, in *Giur. it.* 1994, I, 1, 564, nonché Id., 3 febbraio 1993, n. 1296, in *Giur. it. Rep.*, 1993, voce *Trascrizione*, n. 33, secondo la quale, ai fini della trascrizione, il requisito della notifica è derogabile solo per quelle domande la cui presentazione è ammessa mediante comparsa depositata in udienza.

<sup>(49)</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 81; SALETTI, *op. cit.*, 677. L'art. 669 *octies*, 5° comma, c.p.c. prevede, infatti, in caso di clausola compromissoria, la parte debba « *notificare all'altra un atto* » nel quale dichiarare la propria intenzione di attivare il procedimento arbitrale, proponga la domanda e proceda alla nomina degli arbitri. Ciò significa che dovrà ritenersi

Peraltro, benché il requisito della notifica possa non essere indispensabile (nei termini testé precisati) ai fini del conseguimento dell'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione, appare dubbio che tale effetto possa essere comunque conseguito nel caso dell'arbitrato amministrato. Come si è anticipato, qui, a difettare, è anche la trasmissione diretta dell'atto interruttivo dall'attore al convenuto, dal momento che tale atto viene solitamente depositato presso l'istituzione arbitrale e da questa poi trasmesso al destinatario; sennonché, la possibilità di conseguire l'effetto interruttivo della prescrizione in mancanza di comunicazione diretta dell'atto di messa in mora fra debitore e creditore è condizionata alla sussistenza di un rapporto di mandato o comunque di un potere di

---

inidoneo a impedire la decadenza comminata dalla norma ogni atto difforme dallo schema legale. Proprio per questo motivo il Tribunale di Milano ha dichiarato l'inefficacia del provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 669 *novies* c.p.c. in conseguenza dell'introduzione del giudizio arbitrale secondo modalità diverse da quelle previste dalla legge, ossia mediante il semplice deposito della domanda presso la segreteria della Camera Arbitrale Internazionale di Milano, anziché mediante notifica della domanda d'arbitrato; cfr. Trib. Milano, 13 marzo 1997, n. 2865, in *Corr. giur.*, 1998, 819, con nota di AVINO, *Tutela cautelare e giudizio arbitrale: obbligatoria la notifica della domanda di arbitrato*. Critica, in proposito, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 979 ss.; EAD., *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 422 e 423, secondo al quale, laddove le norme regolamentari ricolleghino la pendenza del procedimento arbitrale al deposito dell'atto introduttivo presso la segreteria dell'istituzione, tale incombente dovrebbe ritenersi sufficiente ai fini dell'impedimento della decadenza, essendo esso l'atto di impulso necessario a dare avvio al giudizio di merito ed essendo, per contro, sottratti alla sfera di disponibilità della parte gli incombenti successivi volti all'instaurazione del contraddittorio. Secondo l'A., tale ricostruzione sarebbe suffragata dai risultati cui è approdata la giurisprudenza con riferimento al tema del rispetto dei termini perentori nel caso del procedimento che inizi mediante deposito di ricorso (fra le molte Cass., Sez. Un., 29 luglio 1996, n. 6841, in *Foro it.*, 1997, I, 130 e, successivamente, Id., 8 maggio 2003, n. 7032, in *Giur. it. Rep.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, n. 44, nonché Id., 17 maggio 2002, n. 7219, *ivi*, 2002, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, n. 53), nonché dalla considerazione che, quando l'ordinamento richieda il compimento di un determinato atto entro un dato termine, la finalità perseguita non è la conoscenza di tale atto da parte dei possibili destinatari, ma lo svolgimento delle attività che competono al soggetto onerato dell'attuazione del comportamento richiesto (ciò risulterebbe sancito anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 477 del 26 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*); per cui, manifestando la parte, attraverso il deposito della domanda d'arbitrato, l'intenzione di dare avvio al procedimento arbitrale, la decadenza prevista dalla norma dovrebbe ritenersi impedita. A tale ricostruzione potrebbe ostare, tuttavia, il dato testuale. Infatti, mentre il primo e il secondo comma dell'art. 669 *octies*, c.p.c. si limitano a fare riferimento all'«*inizio del giudizio* (o «*della causa*», n.d.r.) *di merito*», utilizzando un'espressione che, ove la controversia competa all'autorità giudiziaria, appare suscettibile di essere «riempita» di contenuto a seconda che il giudizio debba essere instaurato con citazione piuttosto che con ricorso (analoga espressione è contenuta nell'art. 669 *novies*, 1° comma, c.p.c.), nel caso in cui il giudizio di merito spetti agli arbitri, è la legge (ossia l'art. 669 *octies*, 5° comma, c.p.c.) a indicare in modo inequivoco l'incombente cui consegue l'impedimento della decadenza, ossia la notifica della domanda di arbitrato. Secondo MURONI, *op. cit.*, 63 e 186, tale ultima obiezione sarebbe superabile valorizzando proprio il tenore del primo comma degli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c., i quali, come si è visto, si limitano a fare riferimento all'introduzione del giudizio di merito, senza ulteriori specificazioni.

rappresentanza fra i soggetti coinvolti<sup>(50)</sup>; rapporto che non appare configurabile nella fattispecie in esame<sup>(51)</sup>.

Né, in senso contrario, potrebbe obiettarsi che l'ordinamento conosca talune ipotesi in cui alcuni effetti sostanziali della domanda sono conseguiti anche in assenza della notifica della domanda giudiziale, come nel caso della mediazione, della conciliazione in materia societaria (oggi abrogata) o della conciliazione in materia di lavoro<sup>(52)</sup>. In primo luogo, perché anche rispetto a tali fattispecie è sorto un dibattito sulla necessità che alla trasmissione dell'atto di avvio del procedimento conciliativo provveda la parte anziché l'organismo che gestisce il procedimento<sup>(53)</sup>. In

---

<sup>(50)</sup> Nel senso della riconoscibilità dell'effetto interruttivo della prescrizione anche all'atto di messa in mora proveniente dal mandatario del creditore o dal suo rappresentante v. Cass., 29 maggio 2007, n. 12624, in *Juris data*; Id., 12 gennaio 1999, n. 260, in *Giur. it. Rep.*, 1999, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 38. In senso favorevole alla possibilità di conseguire il medesimo effetto interruttivo attraverso l'invio dell'atto di messa in mora al rappresentante del debitore v. Cass., 17 marzo 2015, n. 5208, in *Juris data*; Id., 5 dicembre 2011, n. 25984, in *Giur. it. Rep.*, 2011, voce *Imposte e tasse in genere*, n. 1126; Id., 28 agosto 2003, n. 12617, *ivi*, 2004, voce *Prescrizione e decadenza civile*, n. 90. Tutti i precedenti testé richiamati riguardano fattispecie nelle quali l'invio dell'atto di messa in mora era avvenuto, rispettivamente, ad opera del (e nei confronti del) legale del creditore e del debitore; nell'economia delle motivazioni rese dai Giudici di legittimità, il presupposto della produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione è dunque costituito dall'esistenza di un rapporto di mandato in capo al soggetto che trasmetta o riceva l'atto di messa in mora.

<sup>(51)</sup> Senza voler addentrarci nella qualificazione del rapporto che lega le parti all'istituzione arbitrale, ci pare che non sia possibile riconoscere a quest'ultima un ruolo di mandataria o rappresentante delle parti coinvolte nell'arbitrato idoneo a legittimare la produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione. A tale conclusione è giunto, in una fattispecie formalmente diversa ma in sostanza molto simile a quella in esame, il Tribunale di Lecco, che con la sentenza n. 312 del 13 aprile 2006, consultabile in *Juris data*, ha escluso che l'atto con cui l'organismo di conciliazione istituito presso la camera di commercio comunica al destinatario l'avvio del procedimento conciliativo possa esplicare un effetto interruttivo della prescrizione, sulla base del rilievo che tale organismo non agirebbe quale rappresentante o mandatario della parte istante, essendo esso un soggetto neutrale, imparziale ed indipendente, il cui compito è quello di gestire la procedura di conciliazione.

<sup>(52)</sup> Per quanto riguarda la mediazione, l'art. 5, 6° comma, D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 prevede che gli effetti sostanziali della domanda giudiziale riguardanti la prescrizione si producano dal momento della comunicazione dell'istanza di mediazione alle altre parti; analoga previsione era contenuta nell'art. 40 D.Lgs. 5 del 2003, istitutivo della conciliazione societaria, il quale precisava altresì che la comunicazione dovesse avvenire « *con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione* ». Disposizioni di contenuto simile sono contenute, infine, nel secondo e nel terzo comma dell'art. 410 c.p.c. che disciplina la conciliazione dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro.

<sup>(53)</sup> In proposito v. la tesi prudenziale di SOLDATI, *Sub art. 5, commi 3, 4 e 6 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Andrea Bandini e Nicola Soldati, Milano, 2010, 131 ss., secondo il quale l'atto di accesso alla mediazione dovrebbe essere trasmesso al destinatario direttamente dalla parte istante. Su posizioni analoghe, con riferimento alla conciliazione in materia societaria, sembra attestarsi NEGRINI, *Sub art. 40 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2° tomo, 2° ed., 2008, 1316. Per quanto riguarda la disciplina in materia di lavoro, posto che, come chiarito dalla giurisprudenza, l'effetto interruttivo della prescrizione si produce solo nel momento in cui l'istanza di conciliazione raggiunge la sfera giuridica del destinatario (Cass., 1 luglio 2013, n. 16452, in *Juris data*; Id., 15 maggio 2006, n. 11116, in *Giur. it. Rep.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 642; Id., 18 ottobre 2005, n. 20153, *ivi*, 2005, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, n. 123), l'art.

secondo luogo, perché, attesa la portata derogativa delle norme speciali rispetto alla disciplina della prescrizione, le stesse non sembrano suscettibili d'interpretazione analogica; con la conseguenza che, fatta eccezione per le ipotesi in cui l'ordinamento preveda una norma speciale, la regola che, in presenza del coinvolgimento di soggetti terzi, condiziona il conseguimento dell'effetto interruttivo della prescrizione alla presenza di un rapporto di mandato con i soggetti parte del rapporto giuridico sostanziale non appare derogabile. Si potrebbe, invece, discutere in ordine alla produzione dell'effetto previsto dall'art. 1284, 4° comma, c.c. in materia di interessi. A differenza delle disposizioni introdotte in occasione dell'intervento riformatore del 1994, il quinto comma della norma (con cui il legislatore del 2014 ha esteso l'applicazione della disposizione sopra richiamata in sede arbitrale) non contiene più alcun riferimento alla notifica della domanda di arbitrato, limitandosi a prevedere che la disposizione del quarto comma si applichi « *anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale* »; analogamente, nel disciplinare l'applicazione della nuova disposizione il D.L. 132 del 2014 fa riferimento ai procedimenti « *che vengono avviati* » a partire dal trentesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di conversione, con ciò omettendo ogni riferimento alla notifica della domanda d'arbitrato <sup>(54)</sup>.

*Quid*, invece, con riferimento all'istituto della decadenza?

La risposta non è immediata. Infatti, benché la portata generale da taluni riconosciuta alle disposizioni codicistiche possa indurre a ritenere che la notifica della domanda qualificata costituisca un requisito non solo sufficiente, ma anche necessario, per determinarne l'impedimento <sup>(55)</sup>, il mancato inserimento, fra le norme che disciplinano la decadenza, di una previsione di carattere generale e di tenore analogo a quelle introdotte in occasione dell'intervento riformatore del 1994 potrebbe condurre a diverse considerazioni <sup>(56)</sup>. La stessa Corte di cassazione, recentemente investita della questione, non ha fornito una risposta precisa sul punto <sup>(57)</sup>.

---

410 c.p.c., nella versione attualmente in vigore (frutto dell'intervento riformatore del 2010), prevede che detta istanza sia consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento alla commissione di conciliazione e alla controparte « *a cura della stessa parte istante* », con ciò fugando ogni dubbio sul punto.

<sup>(54)</sup> Quanto la formulazione della norma in esame sia il frutto dell'approssimazione del legislatore, piuttosto che della sua consapevolezza circa le diverse modalità d'introduzione del procedimento arbitrale e, in questo secondo caso, quanto possa essere ampia la sua portata, è difficile da stabilire; certamente, letta alla luce delle modifiche apportate all'art. 810 c.p.c. nel 2006 e della distinzione operata fra domanda d'arbitrato c.d. semplice e la domanda c.d. qualificata, la norma potrebbe indurre a ritenere che il legislatore abbia voluto sancire, sia pur ai limitati fini della norma, la possibilità per le parti di seguire *iter* di avvio del procedimento arbitrale diversi da quello codicistico.

<sup>(55)</sup> SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 666 e 667.

<sup>(56)</sup> Sono invece rinvenibili previsioni normative specifiche, come quella dell'art. 46 del D.P.R. n. 1063 del 1962 in materia di appalti pubblici, oggi abrogato, a mente della quale « *l'istanza per l'arbitrato deve essere notificata a mezzo di ufficiale giudiziario, nel termine di*



La soluzione non può quindi che essere ricercata in quello che è il regime proprio della decadenza.

Ai sensi dell'art. 2966 c.c. questa è impedita dal compimento, entro un termine predeterminato, dell'atto cui la legge o il contratto ricollegano

---

*sessanta giorni da quello in cui fu notificato il provvedimento dell'Amministrazione che ha risolto la controversia in sede amministrativa ... »*, o come quella di cui all'art. 11 del r.d. n. 1611 del 30 ottobre 1933, come modificato dalla L. n. 260 del 25 marzo 1958, che prescrive la notifica tecnica dell'atto introduttivo del procedimento arbitrale nell'ambito dei giudizi che vedano parte un'Amministrazione dello Stato.

<sup>(57)</sup> Il riferimento è a Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, in *Foro it.*, 2012, 1797, con nota di D'ALESSANDRO. La decisione trae origine da un vicenda simile a quella in esame, nella quale i soci di una cooperativa colpiti da una delibera di esclusione avevano proposto opposizione alla stessa ai sensi dell'art. 2533 c.c., instaurando un procedimento arbitrale. In seguito all'annullamento della delibera di esclusione, la società aveva impugnato il lodo per nullità, deducendo l'inidoneità della domanda di arbitrato a impedire la decadenza di cui all'art. 2533 c.c. in quanto trasmessa con modalità diverse da quelle previste dalla legge (cioè con lettera raccomandata in luogo della notifica). Dalla motivazione della sentenza non si comprende se tale censura fosse stata dichiarata inammissibile o infondata dalla Corte d'appello, la quale aveva comunque rilevato che, anche in ragione della recente modifica dell'art. 810 c.p.c., ai fini dell'impedimento della decadenza comminata dall'art. 2533 c.c. non sarebbe stata necessaria la notifica tecnica dell'atto di avvio del procedimento arbitrale, essendo sufficiente la mera comunicazione dello stesso a mezzo raccomandata. Proposto ricorso per cassazione, i Giudici di legittimità non si sono pronunciati sulla questione, rilevando che la stessa atteneva al merito della fattispecie e che, pertanto, in assenza di specifica previsione ai sensi dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. essa non avrebbe potuto essere dedotta a motivo di nullità del lodo, esulando la fattispecie dal disposto dell'art. 36 D.Lgs. 5 del 2003. Ora, tralasciando ogni considerazione sulla correttezza di tale ultima affermazione — la fattispecie concreta risultava, infatti, già soggetta alle disposizioni sull'arbitrato societario e, dunque, dell'art. 36, la cui portata estensiva è già stata affermata sia dalla giurisprudenza di legittimità sia da quella di merito; cfr. Cass., 3 gennaio 2013, n. 28, in questa *Rivista*, 2013, 709, con nota di DALLA BONTÀ, *Ancora su arbitrato e delibere sociali: la Cassazione estende il regime arbitrale « a tutela rafforzata » ex art. 36 D.Lgs. n. 5/2003 alle delibere del c.d.a.*, e in *Giur. it.*, 2013, 1611, con nota di CORSINI, *L'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione mediante arbitrato: esclusione del giudice di equità*, nonché Trib. Bologna, 9 aprile 2008, in questa *Rivista*, 2007, 627, con nota di GROSSI, *La sospensione delle delibere dell'organo amministrativo della società di capitali: art. 700 c.p.c. e potere cautelare degli arbitri* — non possiamo esimerci dal rilevare la non univocità delle considerazioni che, sia pur sotto forma di *obiter dicta*, la Corte ha compiuto in relazione al tema in esame. Da un lato, infatti, il Supremo Collegio ha dato atto della plausibilità della tesi, sostenuta dalla società ricorrente, secondo la quale soltanto la notificazione della domanda d'arbitrato avrebbe potuto produrre gli effetti processuali e sostanziali propri della domanda giudiziale e, dunque, conseguire l'impedimento della decadenza (osserva le Corte che « può forse avere una qualche plausibilità la tesi di chi reputa indispensabile che la domanda di arbitrato sia portata a conoscenza della controparte mediante il formale procedimento di notificazione (ancorché l'attuale formulazione dell'art. 810, comma 1, c.p.c. non prescriva più che la notificazione deve avvenire a mezzo di ufficiale giudiziario)...; o, quanto meno, appare plausibile ritenere che solo attraverso la notificazione alla controparte tale domanda possa produrre effetti processuali e sostanziali corrispondenti a quelli di una domanda giudiziale, come è lecito argomentare anche dai commi conclusivi dell'art. 2652, dell'art. 2653, dell'art. 2690 e dell'art. 2691, nonché dall'art. 2943 c.c., u.c., e dall'art. 2945 c.c., u.c., e dall'art. 669-octies c.p.c., comma 5... »); dall'altro, esso è sembrato fare salva la diversa previsione eventualmente contenuta nella clausola compromissoria statutaria, laddove ha affermato che « del pari è ragionevole sostenere che, identiche essendo le esigenze di maggior certezza in ordine ai modi ed ai tempi di consegna dell'atto al destinatario, la notifica della domanda alla controparte occorra anche per l'introduzione dell'arbitrato societario, quanto meno se fa difetto una diversa previsione al riguardo della clausola compromissoria inserita nello statuto sociale ».

l'esercizio del diritto<sup>(58)</sup>. Ora, come si è già avuto modo di ricordare, quando l'atto richiesto per impedire la decadenza consista nell'esercizio dell'azione giudiziale (o arbitrale), l'effetto impeditivo consegue alla proposizione di una domanda non quale manifestazione di una volontà negoziale, bensì quale atto genetico di un rapporto giuridico processuale destinato a sfociare in una pronuncia di merito<sup>(59)</sup>. Tanto ciò è vero che, in tali casi, il termine per l'introduzione del giudizio rimane soggetto alla sospensione feriale<sup>(60)</sup>, l'eventuale nullità dell'atto introduttivo del giudizio rende lo stesso inidoneo a impedire la decadenza<sup>(61)</sup>, in caso di proposizione della domanda ad un giudice privo di competenza la decadenza potrà considerarsi impedita solo a condizione che il processo venga tempestivamente riassunto dinanzi al giudice competente<sup>(62)</sup> e, da ultimo, ciò che determina l'impedimento della decadenza è, almeno secondo l'orientamento prevalente, il compimento dell'atto che segna l'instaurazione del giudizio il quale, a seconda del modello processuale di riferimento, potrà essere identificato con la notifica della citazione o con il deposito del ricorso<sup>(63)</sup>. Sotto quest'ultimo profilo è evidente la diffe-

---

<sup>(58)</sup> Atto che, come chiarito dalla giurisprudenza, non ammette equipollenti; cfr. Cass., 19 aprile 1982, n. 2407, cit.; Id., 26 maggio 1954, n. 1688, in *Giur. it. Mass.*, 1954, 383. In argomento v. RUPERTO, *op. cit.*, 687 ss.

<sup>(59)</sup> Cfr. nota 21.

<sup>(60)</sup> Con riferimento all'impugnativa delle delibere societarie v. Cass., 18 aprile 1997, n. 3351, in *Giur. comm.*, 1998, II, 333, con nota di COLOMBO, *Legittimazione « transitoria » ad impugnare il bilancio certificato*, nonché Id., 28 maggio 1991, n. 6041, in *Foro it.*, 1991, I, 2368, proprio con riferimento all'impugnazione della delibera di esclusione del socio di società cooperative; fra le pronunce di merito v. Trib. Catania, 28 gennaio 2010 e Trib. Milano, 9 ottobre 2008, n. 11939, entrambe in *Juris data*. Da ricordare, tuttavia, che, come chiarito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 24866 dell'8 novembre 2008, edita in questa *Rivista*, 2008, 223, con nota di UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *La sospensione feriale dei termini non si applica all'arbitrato*, nel caso di devoluzione della controversia in arbitrato l'istituto della sospensione feriale non trova applicazione. In argomento v. anche RASCIO, *Considerazioni (perplesse) su arbitrato rituale e sospensione feriale dei termini processuali*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 679.

<sup>(61)</sup> Cass., 7 novembre 2008, n. 26827, in *Giust. civ.*, 2009, 1330, con cui la Corte di cassazione ha chiarito che la notifica di un atto di citazione nullo non vale a impedire la decadenza dal termine di cui all'art. 802 c.c., essendo del tutto irrilevante che tale atto venga comunque a conoscenza del destinatario e possa eventualmente valere come atto interruttivo della prescrizione. In dottrina AZZARITI-SCARPELLO, *Della decadenza*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Libro VI, Tutela dei diritti, Artt. 2900-2969*, Bologna-Roma, 1959, 679. Considerazioni diverse valgono con riferimento alla prescrizione, atteso che, stante il combinato disposto degli artt. 2943, 2° comma, c.c. e 2945, 2° comma, c.c., la domanda nuova proposta in grado d'appello, pur se inammissibile, spiega efficacia interruttiva sospendendo altresì il suo decorso fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio; cfr. Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2016, n. 1516, in *Foro it.*, 2016, 1284, con nota di PALMIERI.

<sup>(62)</sup> Cfr. nota 27.

<sup>(63)</sup> In materia lavoristica v. Cass., 10 luglio 2012, n. 11544, in *Juris data*; Id., 15 ottobre 2007, n. 21540, in *Giur. it. Rep.*, 2008, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 82; Id., 6 aprile 2001, n. 5189, *ivi*, 2001, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, n. 201; Id., 22 giugno 1982, n. 3799, *ivi*, 1982, voce *Contratti agrari*, n. 334; Id., 11 ottobre 1978, n. 4560, in *Foro it.*, 1979, I, 69, con nota di PROTO PISANI e, in materia locatizia, Id., 7 maggio 1996, n. 4236, *ivi*, 1996, I, 2380; nello stesso senso, con riferimento ai giudizi possessori, Id., 3 aprile 2003, n. 5154, in *Giur. it.*, 2004, 521; Id., 4 novembre

renza con il regime della prescrizione, nel quale, in forza delle previsioni speciali di cui agli artt. 2943 e 2945 c.c., l'effetto interruttivo presuppone, in ogni caso, la notifica dell'atto introduttivo del giudizio <sup>(64)</sup>.

Pertanto, se ciò che conta ai fini della produzione dell'effetto impeditivo della decadenza è l'instaurazione di un valido rapporto giuridico processuale e se — come si è visto poc'anzi — in sede arbitrale tale rapporto può essere instaurato anche in forza di un atto diverso dalla c.d. domanda qualificata <sup>(65)</sup>, allora il rispetto dello schema legale dovrebbe ritenersi non necessario nemmeno ai fini dell'effetto impeditivo della

---

1993, n. 10936, *ivi*, 1994, I, 1,1822, con nota di CASTELLANI, fra le pronunce di merito App. Bari, 19 dicembre 2006, n. 1217, in *Juris data*. A tale regola fanno eccezione quelle ipotesi in cui la legge attribuisce all'atto impeditivo della decadenza natura recettizia e consenta il suo compimento con piena libertà di forma, nelle quali l'effetto impeditivo consegue alla notizia che il destinatario abbia dell'iniziativa intrapresa dalla controparte. È questo il caso dell'impugnativa del licenziamento individuale di cui all'art. 6 della legge n. 604 del 15 luglio 1996 o dell'impugnazione delle rinunce e delle transazioni di cui all'art. 2113 c.c., che consentono la proposizione dell'impugnazione con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore; cfr. Cass., 21 aprile 2004, n. 7625, in *Giur. it. Rep.*, 2004, voce *Notificazione (mat. civ.)*, n. 47; Id., 12 dicembre 1990, n. 11812, *ivi*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1676; Id., 6 dicembre 1984, n. 6432, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3145, con nota di A. GASPERINI; Id., Sez. Un., 18 ottobre 1982, n. 5395, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 595. Tale distinzione trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale. Con la sentenza n. 129 del 23 maggio 1986, edita in *Resp. civ. e prev.*, 1986, 621, i Giudici della legge hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 112, 1° comma, del D.P.R. n. 1124 del 30 giugno 1965, nella parte in cui la norma non prevede(va) che il termine per la proposizione dell'azione volta a conseguire le prestazioni a favore del soggetto infortunato sul lavoro o affetto da malattia professionale fosse interrotto dal deposito in cancelleria del ricorso introduttivo della controversia (la norma non contemplava, infatti, l'invio di richieste extragiudiziali), mentre con la successiva sentenza n. 1021 del 9 novembre 1988, edita in *Giust. civ.*, 1989, I, 7, essi hanno dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 6, ult. comma, della L. n. 138 dell'11 gennaio 1943, che fissava il termine di un anno per la prescrizione del diritto alla pensione per malattia, consentendo però la possibilità di interrompere detto termine con l'azione giudiziaria, da introdursi con ricorso secondo le norme del rito lavoro, o con altri atti di natura extragiudiziale. Rimanendo nell'ambito della disciplina delle società cooperative, occorre inoltre ricordare che nelle ipotesi in cui la cessazione del rapporto associativo venga deliberata (anche) per ragioni attinenti al rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 40, 3° comma, c.p.c. l'intera controversia dovrà essere trattata dinanzi al giudice del lavoro nelle forme di cui all'art. 409 e seguenti c.p.c. (in tal senso v. Cass., Sez. Un., 25 maggio 2016, n. 10840, cit., in motivazione e Id., 6 ottobre 2015, n. 19975, in *Juris data*) con la conseguenza che l'atto introduttivo della lite (e impeditivo della decadenza) rivestirà le forme del ricorso e non della citazione. Da ultimo, mette conto evidenziare il fatto che, proprio con riferimento alla fattispecie decisa nel provvedimento qui annotato, con la già citata sentenza n. 10840 del 25 maggio 2016 la Corte di cassazione abbia affermato che il consolidamento della decadenza prevista dall'art. 2533 c.c. possa essere impedito anche dall'esperimento, da parte del socio escluso, di un'iniziativa cautelare: è evidente che, rimessa a tale soggetto la scelta fra l'esperimento dell'azione di cognizione e, se ne ricorrano i presupposti, l'utilizzo del rimedio di cui all'art. 700 c.p.c., la decadenza potrà essere impedita tanto dalla notifica di un atto di citazione quanto dal deposito di un ricorso.

<sup>(64)</sup> PANZA, *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, 232. Sul punto si richiama la giurisprudenza relativa alle controversie soggette al rito lavoro (citata alla nota 47) e, in particolare la sentenza n. 20736 del 3 ottobre 2007, nella cui motivazione la Corte afferma con chiarezza che « la decadenza dall'azione giudiziale esercitabile con ricorso al giudice viene impedita (art. 2966 c.c.) mediante il solo deposito del ricorso mentre l'interruzione della prescrizione, atto in ogni caso recettizio, abbisogna anche della notifica ».

<sup>(65)</sup> Cfr. note 36 e 37.

decadenza, che sarà conseguibile anche attraverso un atto che, pur dovendo consentire l'individuazione del diritto che l'attore intende esercitare <sup>(66)</sup>, potrà essere comunicato al destinatario anche secondo modalità diverse dalla notifica tecnica — anche se in tal caso si dovrebbe verificare l'operatività del principio della scissione degli effetti della notifica fra notificante e destinatario della notifica <sup>(67)</sup> — e, nell'ipotesi dell'arbitrato

---

<sup>(66)</sup> VERDE, *Effetti processuali*, cit., 300, nonché Cass., 28 maggio 2003, n. 8532, cit., in motivazione. Infatti, benché la formulazione dell'art. 810 c.p.c. possa indurre a ritenere — in ipotesi — che a introdurre il procedimento sia sufficiente il solo atto di nomina (BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 912 e VERDE, *Effetti processuali*, cit., 299), sembra ragionevole ritenere che, anche se non conforme alle disposizioni contenute nel codice civile, l'atto di avvio del procedimento debba contenere una sia pur sommaria determinazione della materia del contendere. Secondo PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 56, sul soggetto che intenda promuovere il procedimento arbitrale graverebbe infatti l'onere di determinare l'oggetto della controversia, analogamente a quanto accade con la stipula del compromesso; nello stesso senso VERDE, *Effetti processuali*, cit., 299; ID., *L'introduzione*, cit., 25. Rispetto alla domanda d'arbitrato qualificata la differenza risiederebbe quindi nella non necessità dell'indicazione del provvedimento richiesto agli arbitri o della formulazione delle conclusioni; incumbenti, questi, che potrebbero essere adempiuti nel prosieguo del giudizio, nei termini che gli arbitri concederanno ai sensi dell'attuale art. 816 *bis* c.p.c.; cfr. SALETTI, *op. cit.*, 673 e, in giurisprudenza App. Messina 12 febbraio 2012, cit., 885; Coll. Arb. Matera, 24 febbraio 2001, cit.; Coll. Arb. Padova, 28 maggio 1996, in questa *Rivista*, 1998, 111; Coll. Arb. Bologna, 23 febbraio 1996, *ivi*, 1997, 595 ss., con nota di BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato*. Del resto, la stessa Corte di cassazione, con la citata sentenza n. 17099 del 2013, nel ritenere idoneo ad introdurre il procedimento arbitrale un atto carente sotto il profilo dell'esplicitazione della domanda, si è posta in continuità con quanto da essa affermato nella sentenza n. 2201 del 31 gennaio 2007, edita in *Giur. it. Rep.*, 2007, voce *Arbitrato*, nn. 155 e 156, con cui i Giudici di legittimità avevano affermato che, ai sensi dell'art. 810 c.p.c., l'atto introduttivo del procedimento non doveva necessariamente contenere la precisa formulazione dei quesiti, essendo sufficiente una sommaria, ma inequivoca, indicazione di quale fosse la materia del contendere. La necessità che il contenuto dell'atto introduttivo consenta l'identificazione degli estremi oggettivi e soggettivi del rapporto arbitrale è stata recentemente ribadita da Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, cit., in motivazione.

<sup>(67)</sup> La questione non appare di facile soluzione, considerata la peculiarità della fattispecie, nella quale il procedimento viene instaurato non già attraverso la notifica, bensì mediante una semplice raccomandata. Se si guarda alla sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 26 novembre 2002, cit. e alle pronunce successive, si evince come il fondamento della regola della scissione degli effetti della notifica risieda nella necessità di evitare che al notificante venga addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso. A rigore, si dovrebbe quindi affermare che, laddove difetti il presupposto della notifica, tale regola non possa trovare applicazione; questa, del resto, è stata la conclusione raggiunta dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 552 del 16 gennaio 2004, in *Giur. it. Rep.*, 2004, voce *Professioni intellettuali*, n. 65, secondo cui il principio stabilito dalla pronuncia del Giudice costituzionale sarebbe applicabile « solo allorché risulti certa la data di consegna dell'atto a chi dovrà procedere alla sua spedizione, il che si verifica solo nei casi in cui la parte impugnante si rivolga all'ufficiale giudiziario (abilitato a utilizzare il servizio postale), e non in quelli di spedizione diretta da parte dell'interessato a mezzo del servizio postale, sia pure con la richiesta del servizio raccomandato ». A conclusioni diverse ci porta invece, la sentenza delle Sezioni Unite n. 8830 del 14 aprile 2010, edita in *Giust. civ.*, 2010, I, 1618, con nota di F. BUFFA, con cui i Giudici di legittimità hanno esteso all'ambito stragiudiziale una regola corrispondente a quella sancita dalla Corte costituzionale nel 2002, affermando, con riferimento all'impugnazione del licenziamento ai sensi dell'art. 6 della L. n. 604 del 15 luglio 1966, che l'impugnazione formulata dal lavoratore mediante lettera raccomandata deve intendersi tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro il termine di decadenza previsto dalla legge, anche se la dichiarazione sia ricevuta dal datore di lavoro oltre il suddetto termine; ciò in

amministrato, attraverso il compimento degli incumbenti previsti dal regolamento arbitrale di riferimento <sup>(68)</sup>.

Esaminando la questione da un diverso punto di vista, può rilevarsi che, a differenza di quanto previsto per la prescrizione, ove opera il generale divieto di cui all'art. 2936 c.c., in materia di decadenza l'ordinamento riconosce all'autonomia privata un certo margine di intervento, sia pur nei limiti di cui agli artt. 2965 e 2968 c.c. <sup>(69)</sup>. Ora, se ai sensi dell'art.

---

considerazione del fatto che l'effetto impeditivo si ricollega al compimento dell'attività che la legge pone a carico del soggetto onerato e del fatto che la produzione di tale effetto nella sfera giuridica del destinatario, in seguito alla consegna dalla missiva, rimane sottratta alla disponibilità dell'impugnante. Ora, benché con la sentenza n. 24822 del 9 dicembre 2015 la Corte di cassazione sia parsa ribadire il tradizionale orientamento secondo il quale la regola della scissione non opera ai fini della produzione degli effetti sostanziali della domanda giudiziale (i quali, a fronte del disposto dell'art. 1334 c.c., si producono solo nel momento in cui l'atto giunge nella sfera del destinatario), essa ha però individuato una significativa eccezione nell'ipotesi in cui il diritto azionato non possa essere esercitato se non attraverso il compimento di un atto processuale, come nel caso dell'impugnazione di delibera societaria. Ebbene, se la regola della scissione è destinata ad operare ogni qual volta l'effetto sostanziale sia la conseguenza dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale e se, come affermato dalle pronunce poc'anzi esaminate, la disciplina dell'arbitrato consente l'instaurazione di tale rapporto anche attraverso la semplice raccomandata, allora il dubbio sulla possibilità di invocare la regola della scissione anche laddove la domanda d'arbitrato sia trasmessa mediante raccomandata non appare totalmente infondato. Del resto, laddove la notifica della domanda di arbitrato avvenga ai sensi dell'art. 149 c.p.c., risulterebbe difficile cogliere la ragione per cui le conseguenze in ordine alla produzione dell'effetto impeditivo della decadenza dovrebbero variare a seconda che del servizio postale nazionale si avvalga l'ufficiale giudiziario piuttosto che la parte. Alla soluzione del problema potrebbe forse contribuire la decisione che le Sezioni Unite sono state chiamate a rendere sull'ordinanza di rimessione n. 2448 dell'8 febbraio 2016, consultabile in *Juris data*, con cui la seconda sezione civile della Corte, ritenendo non pienamente soddisfattiva la pronuncia n. 24822 del 2015, ha posto il problema dell'applicabilità della regola della scissione a quegli atti che, pur non essendo qualificabili come processuali, non siano neppure inquadabili nella categoria degli atti negoziali ed abbiano comunque natura procedimentale (la fattispecie riguarda il procedimento di irrogazione delle sanzioni CONSOB disciplinato dall'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998); critico rispetto a tale ultima prospettazione BARONE, in *Foro it.* 2016, I, 901.

<sup>(68)</sup> Volendo operare un parallelismo con la disciplina del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., poc'anzi citata, possiamo rilevare che, in epoca anteriore all'intervento riformatore del 2010 (con cui il legislatore ha chiarito che gli effetti sostanziali dell'atto di accesso alla procedura conciliativa si producono solo in seguito all'invio di tale atto, da parte dell'istante, alla parte destinataria), parte delle giurisprudenze aveva precisato che l'effetto impeditivo della decadenza si sarebbe prodotto per effetto del semplice deposito dell'istanza presso la commissione di conciliazione, essendo per contro irrilevante il momento in cui la stessa fosse stata trasmessa alla controparte; cfr. Cass., 9 giugno 2014, n. 12890, in *Juris data*; Id., 2 dicembre 2010, n. 24434, in *Giur. it. Rep.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1310; Id., 19 giugno 2006, n. 14087, *ivi*, 2006, voce *Rapporto (lavoro)*, n. 643 (anche in tali casi, riguardanti l'impugnazione del licenziamento, si poneva comunque il problema della natura recettizia dell'impugnativa; sul punto v., infatti, il diverso orientamento espresso da Id., 15 maggio 2006, n. 11116, *ibid.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 642). Per contro, con riferimento alla prescrizione si è sempre ritenuto che l'effetto interruttivo previsto dall'art. 410 c.p.c. si producesse solo in seguito alla comunicazione dell'istanza alla controparte; cfr. Cass., 1 luglio 2013, n. 16452, cit.; Id., 15 maggio 2006, n. 11116, cit.; Id., 18 ottobre 2005, n. 20153, cit.

<sup>(69)</sup> VIOLA, *Prescrizione e decadenza. Tutele sostanziali e strategie processuali*, Padova, 2009, 868; in giurisprudenza, sulla legittimità della previsione contrattuale di un termine di decadenza per l'instaurazione del procedimento arbitrale, v. Trib. Potenza, 19 settembre 2012, n. 965, in questa *Rivista*, 2014, 357, con nota di VANNI, *Legittimità della apposizione, in via*

2966 c.c. alle parti è consentita l'individuazione, in via pattizia, dell'atto idoneo a impedire la decadenza (con il duplice limite rappresentato dall'indisponibilità del rapporto giuridico sostanziale e dalla necessità di assicurare che l'esercizio del diritto non divenga eccessivamente oneroso), allora sembra ragionevole concludere che ogni qual volta vengano in rilievo controversie disponibili, le parti siano libere di ricollegare l'impedimento della decadenza al compimento di atti diversi da quelli indicati dalla legge, fra i quali quelli previsti dal regolamento camerale cui le parti abbiano rinviato al momento della conclusione della convenzione arbitrale.

7. La disamina fin qui compiuta merita di essere completata con alcune ulteriori considerazioni sulla fase di avvio del procedimento arbitrale in materia societaria.

Se la conclusione poc'anzi raggiunta, ossia che la notifica della domanda di arbitrato rappresenta una condizione sufficiente per il conseguimento degli effetti sostanziali e processuali previsti dalla legge, vale sicuramente nelle ipotesi in cui la designazione dell'organo arbitrale sia rimessa alle parti (in caso di clausola binaria, la domanda di arbitrato conterrà, infatti, la nomina dell'arbitro di parte, mentre in caso di arbitro unico questo incombente sarà atteso in un momento successivo<sup>(70)</sup>), laddove la clausola o la legge prevedano — come per l'appunto nel caso dell'arbitrato societario — una nomina eteronoma, appare doveroso interrogarsi su quali siano gli incumbenti che debbano essere posti in essere al fine di determinare la pendenza del giudizio e di conseguire gli effetti propri della domanda.

Come noto, con il D.Lgs. 5 del 2003 il legislatore non ha dettato una disciplina organica della fase introduttiva del procedimento arbitrale: dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 34 e 35 del citato decreto si ricava, infatti, che esso dovrebbe essere avviato (anche) attraverso il ricorso all'autorità cui spetta la designazione dell'organo arbitrale e che l'atto introduttivo (che l'art. 35 definisce come « *domanda di*

---

*condizionale, di un termine decadenziale per l'introduzione del procedimento arbitrale*, che però fonda la propria decisione sul disposto dell'art. 816, 2° comma, c.p.c., applicabile *ratione temporis* alla fattispecie).

<sup>(70)</sup> In tal caso, gli effetti sostanziali della domanda si produrranno semplicemente per effetto della notifica di un atto con cui la parte si limiti a proporre la domanda e a manifestare la propria volontà di dare avvio all'arbitrato; cfr. DELLA PIETRA, *op. cit.*, 176; TOMMASEO, *op. cit.*, 177. In proposito si richiama quanto stabilito dal Tribunale di Biella nell'ordinanza del 28 giugno 2014, inedita, in cui il Collegio, adito in sede di reclamo cautelare, ha rigettato l'eccezione di sopravvenuta inefficacia *ex art. 669 novies c.p.c.* del sequestro concesso *ante causam*, ritenendo sufficiente, ai fini dell'impedimento della decadenza in caso di clausola compromissoria con arbitro unico, che entro il termine di trenta giorni previsto dall'art. 675 c.p.c. la parte procedesse alla notifica della domanda d'arbitrato e che, in caso di disaccordo sulla nomina dell'arbitro, essa non dovesse anche procedere all'attivazione del meccanismo suppletivo di cui all'art. 810 c.p.c.

*arbitrato* ») deve essere depositato presso il registro delle imprese della sede della società ogni qual volta la controversia veda coinvolta anche quest'ultima.

Ora, la previsione di un "ricorso" all'autorità cui spetta la nomina dell'organo arbitrale, unitamente alla tendenziale inapplicabilità dell'art. 810 c.p.c. all'arbitrato societario, ha indotto taluni ad escludere dall'ambito dell'arbitrato societario l'applicazione di quelle disposizioni che nel codice civile e nel codice di rito disciplinano l'introduzione del procedimento arbitrale c.d. di diritto comune e a ritenere quindi non necessario un previo contatto fra le parti; così opinando, il procedimento dovrebbe considerarsi instaurato per effetto del deposito dell'istanza di nomina, in modo non dissimile da quanto avviene per i giudizi che principiano con ricorso anziché con citazione (71).

Tale ricostruzione non ci sembra del tutto convincente.

Certamente, che il deposito dell'istanza di nomina costituisca un incombente imprescindibile ai fini della pendenza della lite ci pare affermazione condivisibile, sol che si consideri che anche nell'arbitrato di diritto comune la legge attribuisce alla nomina degli arbitri una portata essenziale, essendo essa l'elemento attraverso il quale la parte manifesta la propria volontà di dare avvio al procedimento e la cui mancanza rende la domanda non idonea ad introdurre il giudizio (72); sicché, appare ragionevole ritenere che nell'arbitrato societario la manifestazione di tale volontà debba avvenire attraverso il deposito dell'istanza di nomina, indispensabile a provocare la costituzione dell'organo giudicante.

Tuttavia, oltre a dover depositare l'atto teso a sollecitare al terzo l'esercizio del potere nomina, colui che agisca in arbitrato dovrà comunque notificare o trasmettere ai soggetti coinvolti nel procedimento un atto introduttivo dello stesso, con il quale dovrà manifestare ai suoi contraddittori la propria volontà di dare avvio all'arbitrato e individuare l'oggetto del contendere, dunque una vera e propria domanda di arbitrato (73). Infatti, se a un lato appare condivisibile l'opinione di quanti ritengono che le previsioni contenute nella legge speciale non sostituiscano le disposizioni sull'arbitrato di diritto comune, ma si affianchino ad esse (74),

---

(71) DALMOTTO, *L'arbitrato delle società*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, 1140 ss.

(72) Sull'indispensabilità di tale requisito v. MURONI, *op. cit.*, 70; TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 716; SALETTI, *op. cit.*, 674.

(73) SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 250; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 490; DELLA PIETRA, *op. cit.*, 192. In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 8 aprile 2013, in *Juris data*, con cui il Tribunale partenopeo ha revocato il provvedimento cautelare di sospensione della delibera impugnata, emesso *inaudita altera parte*, sulla scorta del rilievo che, all'epoca del deposito del ricorso cautelare, non risultava notificata alcuna domanda d'arbitrato.

(74) SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 425; DELLA PIETRA, *op. ult. loc. cit.* La complementarietà fra la disciplina dell'arbitrato societario e quella codicistica è (*rectius*, era) sancita dall'art. 1, 4° comma, D.Lgs. 5 del 2003, il quale prevede(va) che per quanto non

dall'altro è la stessa legge speciale a fornire un indizio in tal senso: la locuzione « *domanda di arbitrato* », utilizzata dall'art. 35 D.Lgs. 5 del 2003, evoca, infatti, alla memoria un atto diverso dall'istanza di nomina, non dissimile da quello delineato dalle disposizioni codicistiche <sup>(75)</sup>; inoltre, lo stesso onere di trascrizione nel registro delle imprese previsto da tale norma sarebbe difficilmente giustificabile, oltre che assolvibile, in mancanza di un atto che contenga la determinazione dell'oggetto del contendere e l'individuazione dei soggetti coinvolti <sup>(76)</sup>.

Sulla scorta di tali rilievi sembra, quindi, ragionevole concludere nel senso che, ai fini dell'instaurazione del giudizio arbitrale in materia societaria, concorrano sia il deposito dell'istanza di nomina sia la trasmissione ai contraddittori (con o senza notifica) di un atto di avvio del procedimento. In tal senso è parsa opinare, del resto, anche la giurisprudenza di merito in alcune pronunce rese in sede cautelare nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa delle delibere sociali <sup>(77)</sup>. Da tali pronunce si evince, in modo piuttosto chiaro, che uno dei presupposti per la decisione sulla richiesta di sospensione da parte dell'autorità giudiziaria è costituito proprio dal completamento dell'*iter* di avvio del procedimento arbitrale, attraverso la notifica della domanda di arbitrato e il deposito dell'istanza di nomina <sup>(78)</sup>, entrambi strumentali a determinare la pendenza del procedimento. Per quanto riguarda l'istanza di nomina, a quanto visto poc'anzi in ordine all'indispensabilità dell'indicazione del nome dell'arbitro in caso di clausola binaria va aggiunto che l'esigenza di evitare che, nel periodo di tempo necessario alla costituzione dell'organo arbitrale, il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale possa subire una menomazione merita protezione nella misura in cui la forma-

---

diversamente disciplinato dal decreto si applicassero le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili; sul punto v. ZUCCONI GALLI FONSECA - BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2008, 58. Maggiori perplessità potrebbero forse sorgere oggi, in seguito all'abrogazione delle norme sul processo societario ad opera del legislatore del 2009.

<sup>(75)</sup> BOCCAGNA, Sub art. 35 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003, in *Commentario dei processi societari*, a cura di Giovanni Arieta e Francesco De Santis, 2° tomo, Milano, 2007, 938.

<sup>(76)</sup> Cfr. Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, cit.

<sup>(77)</sup> È ormai acquisito che, pur essendo riservata agli arbitri la decisione in ordine alla sospensiva delle delibere impugnate ai sensi dell'art. 35, 5° comma, D.Lgs. 5 del 2003, in via residuale il giudice ordinario conserva la propria *potestas* cautelare fino alla costituzione dell'organo arbitrale; cfr., fra le molte Trib. Napoli, 8 aprile 2013, cit.; Id., 6 dicembre 2010, consultabile sul sito [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Milano, 17 marzo 2009, cit.; Trib. Lucca, 27 novembre 2008, in questa *Rivista*, 2008, 397, con nota di CATTANI, *Sull'adozione di misure cautelari in materia di impugnativa di una delibera assembleare compromessa in arbitrato: la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria quando il collegio arbitrale non è ancora costituito*; Trib. Verona, 12 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1475. In dottrina, BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 952; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, *ivi*, 2003, 724 e 725.

<sup>(78)</sup> Trib. Napoli, 8 aprile 2013, cit.; Trib. Napoli, 6 dicembre 2010, cit.; Trib. Enna, 16 dicembre 2008, consultabile sul sito [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Bolzano, 23 novembre 2015, inedita.



zione dell'organo cui, per legge, deve essere rivolta l'istanza cautelare sia effettivamente sottratta alla disponibilità di colui che abbia proposto impugnazione; e ciò accade solo nel periodo successivo al deposito dell'istanza, nel quale i passaggi che dovrebbero condurre alla costituzione dell'organo giudicante, ossia la designazione ad opera del terzo e l'accettazione da parte degli arbitri, sono effettivamente sottratti al dominio dei litiganti <sup>(79)</sup>.

La notifica della domanda e il deposito dell'istanza di nomina ci paiono, infine, indispensabili anche ai fini del conseguimento degli effetti sostanziali e processuali previsti dalla legge dagli artt. 2943, 2945, 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c. e 669 *octies* c.p.c.

Per quanto riguarda la notifica, si è visto che il conseguimento di tali effetti può essere garantito solo da un atto pienamente rispondente alle previsioni codicistiche e, dunque, da un atto attraverso cui la parte manifesti la propria volontà di instaurare il procedimento arbitrale e proponga le proprie domande; ovviamente, in tal caso l'atto non conterrà la nomina di arbitro la quale, come si è detto, è dalla legge rimessa ad un soggetto terzo <sup>(80)</sup>.

Quanto al deposito dell'istanza di nomina, la necessità che la parte provveda (anche) a tale incumbente sembra confermata proprio dal tenore delle disposizioni codicistiche, che ricollegano la produzione degli effetti ivi disciplinati alla notifica di un atto con cui la parte, oltre a dichiarare la propria volontà di promuovere il procedimento arbitrale e a proporre la domanda, proceda « *per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri* ». Tale locuzione appare, infatti, sufficientemente ampia da ricomprendere tutti gli adempimenti prodromici alla costituzione dell'organo arbitrale, dunque anche l'atto d'impulso necessario affinché il terzo indi-

---

<sup>(79)</sup> Del resto, opinando diversamente e cioè ritenendo sufficiente la semplice notifica della domanda d'arbitrato ai fini della concessione della misura cautelare si finirebbe, di fatto, con l'ammettere la possibilità di una sospensiva *ante causam* e ciò contrasterebbe con il disposto dell'art. 2378 c.c., che consente la richiesta di sospensiva della delibera oggetto d'impugnazione solo contestualmente alla proposizione della causa di merito. Sull'impossibilità di richiedere la sospensiva *ante causam* ex art. 700 c.p.c. in considerazione della tipicità della tutela riconosciuta dall'art. 2378 c.c. v., fra le molte, Trib. Napoli, 8 aprile 2013, cit.; Trib. Civitavecchia, 3 agosto 2007; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20 dicembre 2002; Trib. Cassino, 1 dicembre 2000, tutte in *Juris data*; Trib. Padova, 17 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 67; Trib. Bologna, 24 dicembre 1996, in *Giur. comm.*, 1998, II, 270, con nota di D. RUFFINI, *Considerazioni sulla sospensione dell'efficacia di una delibera assembleare di invalida s.r.l. mediante provvedimento ante causam ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Verona, 30 giugno 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 303, mentre sul fatto che i presupposti per la tutela cautelare debbano rimanere gli stessi individuati dall'art. 2378, 3° e 4° comma, c.c. anche nel caso in cui l'istanza cautelare, in mancanza dell'organo arbitrale, venga rivolta al giudice v. MOTTO, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2006, 590.

<sup>(80)</sup> Ovviamente, mancando qui la nomina degli arbitri, l'attore dovrà esplicitare con maggior chiarezza la propria volontà di dare avvio al procedimento arbitrale, laddove nell'arbitrato di diritto comune la manifestazione della volontà di promuovere il procedimento può ritenersi implicita nella formulazione della domanda e nella nomina dell'arbitro; cfr. DELLA PIETRA, *op. cit.*, 169 ss. e 192.

cato nella convenzione arbitrale provveda alla nomina dell'organo arbitrale<sup>(81)</sup>.

Una conferma di tale lettura sembra potersi ricavare dalle stesse norme sulla prescrizione.

Come noto, la domanda di arbitrato (al pari della domanda giudiziale) è un *quid aliud* rispetto al semplice atto di messa in mora<sup>(82)</sup>: la fungibilità fra i due atti può essere affermata, infatti, solo laddove la controversia abbia ad oggetto un diritto di credito e limitatamente all'effetto interruttivo istantaneo, con esclusione dell'effetto interruttivo permanente e dei diritti diversi (ad esempio quelli potestativi o quelli reali); inoltre, così come l'effetto interruttivo permanente si verifica per effetto della proposizione della domanda e indipendentemente dagli atti compiuti successivamente nell'ambito del procedimento, in caso di estinzione dello stesso la prescrizione inizia a decorrere non già dall'ultimo di tali atti, bensì dalla domanda<sup>(83)</sup>. Ciò significa che, fatta eccezione per i diritti di credito, l'effetto interruttivo della prescrizione non potrebbe verificarsi se non in forza di un atto che sia pienamente rispondente allo schema legale, cui l'ordinamento ricollega la pendenza del giudizio<sup>(84)</sup>. E, come visto poc'anzi, nel caso dell'arbitrato societario la pendenza del procedimento è data anche dal deposito dell'istanza di nomina.

Tale lettura sembra apprezzabile anche sul piano pratico. Occorre ricordare, infatti, che al di fuori di talune ipotesi tipiche la disciplina dell'arbitrato non conosce l'istituto dell'estinzione del procedimento per inattività delle parti come regolato nel processo ordinario<sup>(85)</sup>. Ebbene, se si opinasse nel senso che ai fini del radicamento del procedimento arbitrale e del conseguimento degli effetti della domanda fosse sufficiente la

---

<sup>(81)</sup> SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 426; MAJORANO, *Sub art. 34 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *I procedimenti in materia commerciale: commento al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, a cura di Giorgio Costantino, Padova, 2005, 767; F. DANOVÌ, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *Dir. giur.*, 2004, 583. In senso contrario, almeno inizialmente, BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, cit., 490 (il quale, però sembra successivamente mutare opinione nel senso di cui al testo; cfr. ID., *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 944) e PICARONI, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in *Società*, 2005, 497, secondo i quali, non competendo in tali casi alle parti la nomina diretta degli arbitri, la semplice notifica della domanda d'arbitrato consentirebbe alla parte attrice di guadagnare gli effetti sostanziali auspicati. Nel medesimo senso, sia pur dubitativamente, anche DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, I, Torino, 2006, 233 ss.

<sup>(82)</sup> SALETTI, *op. cit.*, 675; SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, cit., 661; ORIANI, *op. ult. cit.*, 165 ss.

<sup>(83)</sup> CONSOLO, *op. ult. cit.*, 112 ss.; PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, in questa *Rivista*, 1992, 16 e 17.

<sup>(84)</sup> SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, cit., 661.

<sup>(85)</sup> In argomento v. ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 579 ss.; COLESANTI, *Arbitrato non attivato e « interruzione permanente » della prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 823 ss. e BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 336 ss.

notifica (o comunque la trasmissione) dell'atto di accesso, si finirebbe per incentivare la parte attrice ad avviare il giudizio arbitrale al solo scopo di conseguire i predetti effetti (magari ottenendo anche un provvedimento cautelare) e, di conseguenza, per ribaltare sulla parte convenuta l'onere di provocare la costituzione dell'organo arbitrale al fine di ottenere un accertamento sul rapporto controverso.

Sulla base delle considerazioni che precedono appare ragionevole concludere nel senso che ogni qual volta la convenzione arbitrale rimetta la designazione degli arbitri ad un soggetto terzo, l'avvio del procedimento sarà una fattispecie a formazione progressiva e che, pertanto, ai fini di conseguire la pendenza della lite così come l'interruzione della prescrizione (nei termini sopra precisati), l'impedimento di una decadenza o, ancora, la conservazione di una misura cautelare, entro il termine previsto dalla legge la parte dovrà sia notificare la domanda di arbitrato, sia depositare l'istanza di nomina<sup>(86)</sup>; con la precisazione che l'effettiva designazione dell'organo arbitrale (che non dipenderà dalle parti) potrà intervenire, ovviamente, anche in un momento successivo allo scadere del termine<sup>(87)</sup>. Trattasi di atti distinti (e rivolti a destinatari diversi<sup>(88)</sup>), che

---

<sup>(86)</sup> SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale*, cit., 426; BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale*, cit., 944. Gli unici effetti sostanziali che potranno conseguire alla semplice notifica della domanda saranno l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione nell'ambito dei rapporti di credito (cui, però, non si accompagnerà anche l'effetto interruttivo permanente, che consegnerà soltanto al deposito dell'istanza di nomina) e l'effetto impeditivo della decadenza nelle ipotesi in cui esso possa discendere anche dall'esercizio del diritto in sede stragiudiziale.

<sup>(87)</sup> Peralto, la disciplina positiva non contiene alcuna indicazione in ordine al termine in cui il terzo indicato nella convenzione arbitrale debba provvedere alla nomina, né al termine entro cui gli arbitri designati debbano formalizzare la propria accettazione. La prima questione dovrebbe essere risolta dall'art. 810, ult. comma, c.p.c., a mente del quale la nomina suppletiva ad opera dell'autorità giudiziaria trova applicazione anche laddove il soggetto cui sia attribuito il potere di nomina degli arbitri non vi provveda; sicché, decorsi inutilmente venti giorni dal deposito dell'istanza di nomina, la parte più diligente potrà adire il presidente del Tribunale del luogo ove la società ha la sua sede legale (MAJORANO, *op. ult. loc. cit.*). Più incerta la soluzione della seconda questione: l'art. 813 c.p.c. si limita, infatti, a prescrivere il requisito della forma scritta, precisando che l'accettazione può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o dal verbale della prima riunione, mentre l'art. 820 c.p.c. prevede che il termine per la pronuncia del lodo decorra dall'accettazione della nomina (invero, quest'ultima norma non contiene più la precisazione secondo la quale, in caso di accettazioni plurime e diacroniche, il termine sarebbe decorso dalla data dell'ultima di esse; ciò nondimeno, si ritiene che, a fronte della natura collettiva del contratto d'arbitrato, l'accettazione non possa dirsi completa fintanto che non provenga da tutti gli arbitri; cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 709). Ciò significa che, fintanto che gli arbitri non avranno provveduto a formalizzare la propria accettazione il procedimento rimarrà in uno stato di quiescenza, senza che ciò impedisca la produzione di tutti gli effetti processuali e sostanziali conseguenti all'avvio del procedimento. Per ovviare all'eventuale inerzia degli arbitri nominati si è ipotizzato il ricorso al meccanismo previsto dall'art. 813 *bis* c.p.c.; cfr. MURONI, *op. cit.*, 109 e 335.

<sup>(88)</sup> Come chiarito da Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, cit., rispetto all'istanza di nomina non è ravvisabile un onere di notifica alla controparte.

potranno essere posti in essere con modalità e in tempi fra loro diversi <sup>(89)</sup>, ma entrambi concorrenti alla produzione degli effetti della domanda <sup>(90)</sup>.

Ove, invece, la clausola compromissoria statutaria preveda un arbitrato amministrato e l'istituzione arbitrale sia anche il soggetto titolare del potere di nomina, se si condividano le considerazioni svolte in precedenza sulla derogabilità dell'art. 810 c.p.c. in forza del combinato disposto degli artt. 816 *bis* e 832 c.p.c. e ferma la necessità della notifica della domanda d'arbitrato ai fini della produzione degli effetti specificamente previsti dalla legge, gli incumbenti gravanti sulla parte attrice in arbitrato dovrebbero consistere unicamente nel deposito presso la segretaria dell'ente dell'atto di accesso al procedimento (contenente anche la richiesta di nomina), che dovrebbe segnare la pendenza della lite e, conseguentemente, determinare anche l'impedimento di eventuali decadenze <sup>(91)</sup>.

ENRICO DEBERNARDI

---

<sup>(89)</sup> Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, cit. Invero, appare ragionevole ritenere che, in caso di arbitrato *ad hoc*, vada dapprima notificata alla controparte la domanda di arbitrato e, successivamente, depositata l'istanza di nomina al soggetto indicato nella convenzione; cfr. SALI, *L'arbitrato per le nuove società - Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005, 447. Con l'ulteriore avvertenza che, al fine di consentire al terzo la consapevole designazione di arbitri per un verso imparziali e per l'altro verso competenti, sembra quanto mai opportuno che con l'istanza di nomina sia depositata anche la domanda d'arbitrato; cfr. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, cit., 236; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1295. Di diverso avviso NELA, *Sub art. 34 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Sergio Chiarloni, cit., 1208, secondo il quale l'istanza dovrebbe precedere la domanda di arbitrato.

<sup>(90)</sup> D'altronde, nella disciplina positiva non rinviene alcuna previsione che consenta di scindere i due incumbenti, ad esempio mediante l'individuazione del termine entro cui il deposito dell'istanza di nomina debba seguire la notifica della domanda o viceversa.

<sup>(91)</sup> Sul punto v. la già citata Trib. Milano, 17 marzo 2009, cit. Del resto, in considerazione del fatto che l'art. 35 D.Lgs. 5 del 2003 richiama la « *domanda di arbitrato* » (sia pur al fine di sancirne l'obbligo di deposito presso il registro delle imprese) e attesa l'applicabilità, per tutti gli aspetti non regolati dalla riforma, delle previsioni contenute nel codice di rito, che come visto poc'anzi sono derogabili dall'autonomia delle parti (cfr. MAJORANO, *Sub art. 35 D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *I procedimenti*, cit., 779), anche nell'ambito dell'arbitrato societario dovrebbe essere consentita, nei termini di cui al paragrafo 6, l'introduzione del procedimento secondo modalità diverse da quelle previste dalla legge, dunque anche attraverso l'atto di accesso come disciplinato dal regolamento dell'istituzione arbitrale.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza 14 aprile 2016, n. 1499; SEVERINI Pres.; CACACE Est.; Ambiente e sviluppo s.c. a r. l. ed altri (avv.ti Clarizia e Massa) c. Comune di Cavallino (avv. Sticchi Damiani) ed altri.

**Lodo arbitrale - Esecuzione - Giudizio di ottemperanza - Parti - Estromissione.**

**Lodo arbitrale - Giudizio di ottemperanza - Portata del lodo - Condanna o accertamento - Indifferenza.**

*In sede di giudizio di ottemperanza di un lodo arbitrale va estromessa la parte che, pur evocata nel giudizio arbitrale ai soli fini dell'eventuale intervento volontario o della chiamata ai sensi e per gli effetti dell'art. 816 quinquies, non vi abbia concretamente preso parte, considerato che tale giudizio deve svolgersi tra le sole parti del procedimento dichiarativo (1).*

*In sede di giudizio di ottemperanza di un lodo arbitrale l'obbligo della PA di conformarsi al decisum va individuato in base alla concreta portata conformativa di esso, a prescindere dal fatto che assuma una struttura condannatoria o di mero accertamento (2).*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con lodo arbitrale del 9 novembre 2010 veniva parzialmente accolta, « nei limiti del richiesto accertamento », la domanda di arbitrato introdotta con atto notificato in data 16 dicembre 2008 e modificata con atto notificato il 25 novembre 2009, proposta dalla Società Monticava Strade s.r.l. nella sua qualità di Capogruppo mandataria dell'ATI costituita con le imprese Leandri s.r.l., CO.CE.MER. s.p.a. e Monteco s.r.l. aggiudicataria della procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Cavallino per l'affidamento in concessione della costruzione e gestione di una piattaforma per trattamento dei rifiuti a servizio del Bacino LE/1 nonché dalla Società Ambiente e Sviluppo s.c.a r.l. costituita quale società di scopo per l'esecuzione di quanto sopra e subentrante all'ATI aggiudicataria, in esecuzione dell'art. 21 della Convenzione di gestione rep. N. 472/99.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, ai sensi dell'art. 112 Cod. proc. amm., le dette società hanno agito per l'ottemperanza del suddetto lodo, che ha riconosciuto "il diritto della concessionaria a far valere il riequilibrio del sinallagma pattuito dichiara che l'equilibrio del predetto sinallagma possa essere ripristinato mediante una proroga del termine di scadenza della Concessione, così come *inter partes* modificata, per 27 anni e sei mesi dalla sua scadenza" (così il relativo dispositivo).

In particolare esse hanno chiesto, in attuazione del diritto loro riconosciuto da detto lodo, « l'emissione di un atto formale conclusivo del procedimento, che determini il riequilibrio del sinallagma contrattuale mediante la proroga del termine di scadenza della Concessione, così come *inter partes* modificata, "per 27 anni e sei mesi dalla sua scadenza", ovvero mediante il pagamento della somma di € 11.325.489,68 per sorte capitale oltre ad € 1.019.986,33 per accessori oltre gli ulteriori accessori come per legge dalla data della pronunzia all'effettivo soddisfo ».

2.1 Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, ritenendo da un lato che il lodo arbitrale di cui si chiede l'ottemperanza costituisca una "pronuncia di mero accertamento, insuscettibile

*come tale di esecuzione”, dall’altro, che, “anche ad ammettere l’azionabilità, in executivis, nella specifica sede dell’ottemperanza al giudicato, delle sentenze di mero accertamento ... deve comunque ribadirsi che nella specie trattasi di lodo con contenuto di mero accertamento, che accerta soltanto il diritto delle ricorrenti al riequilibrio del sinallagma dichiarando che esso possa essere ripristinato con l’indicata proroga della Concessione, e che esso, nondimeno, viene posto a fondamento di una azione esecutiva sostanzialmente volta ad ottenere la condanna delle Amministrazioni intimiate a disporre detta proroga ovvero a pagare le somme asseritamente dovute (e indicate in ricorso), senza che peraltro dal titolo tale condanna e quanto comunque richiesto possano desumersi nei confronti del Comune di Cavallino (o di qualsiasi altra amministrazione)”.*

3. Con l’appello all’esame, notificato il 24 giugno 2015 e depositato il 7 luglio 2015, le originarie ricorrenti deducono l’erroneità ed ingiustizia della sentenza di primo grado, sottolineando la *“neludibile portata conformativa della decisione e delle prescrizioni dalla medesima discendenti a carico della pubblica amministrazione”* (pagg. 13-14 dell’appello) e l’obbligo che su di essa grava *“per effetto immediato e diretto del lodo ... di assicurare l’equilibrio contrattuale”*.

3.1. Si sono costituiti per resistere, anche con successive memorie, il Comune di Cavallino e l’ATO Gestione Rifiuti della Provincia di Lecce, la seconda in particolare premettendo in sede di memoria defensionale del 16 febbraio 2016 che *“merita di essere anche tenuta presente l’eccezione di inammissibilità, assorbita dalla sentenza appellata, che l’ATO ha sollevato con riferimento al fatto di essere stata chiamata ad eseguire un lodo conseguente a un giudizio arbitrale del quale essa non è neppure stata parte”*.

Con memorie depositate in data 16 e 20 febbraio 2016 le appellanti hanno prima richiamato le precedenti difese e poi replicato alle eccezioni e deduzioni delle controparti.

Con memoria in data 22 febbraio 2016 anche l’ATO ha ribadito le sue tesi a fronte delle difese avversarie.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 3 marzo 2016.

4. Si deve preliminarmente disporre lo stralcio dagli atti del giudizio della memoria depositata dall’ATO Gestione Rifiuti della Provincia di Lecce in data 22 febbraio 2016, in quanto depositata tardivamente, oltre il termine di dieci giorni liberi prima della camera di consiglio fissata per il giorno 3 marzo 2016, previsto per le memorie di replica per effetto del combinato disposto degli artt. 73 e 87, comma 3, Cod. proc. amm..

5. Va poi anzitutto accolta l’eccezione, rilevabile anche d’ufficio e dunque non soggetta al termine decadenziale di cui all’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., di difetto di legittimazione passiva, sollevata dalla difesa dell’ATO Gestione Rifiuti della Provincia di Lecce.

Invero legittimate, in via generale ed esclusiva, ad essere parti del giudizio di ottemperanza sono solo le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda di esecuzione (art. 114, comma 1, Cod. proc. amm.); e nel caso di specie è pacifico che l’ATO Gestione Rifiuti della Provincia di Lecce non è stata parte del giudizio arbitrale *a quo*, non valendo a farle acquistare siffatta qualità il fatto ch’essa fu semplicemente notificataria della domanda di arbitrato ai soli fini dell’eventuale intervento volontario o della

chiamata in arbitrato ai sensi e per gli effetti dell'art. 816-*quinquies* Cod. proc. civ., una volta che né l'intervento né la chiamata si siano poi concretizzati.

Nemmeno l'eccezione (dalle appellanti) subentro del Consorzio nel corso del rapporto convenzionale intercorso tra il Comune e le ricorrenti determina una modificazione nella titolarità del rapporto e delle relative responsabilità, che del resto le stesse odierne appellanti, in sede di instaurazione del giudizio arbitrale, hanno inteso attribuire esclusivamente al Comune, identificandolo come effettivo titolare dell'obbligo in contestazione, rispetto al quale il Consorzio non assume una posizione distinta ed autonoma da quella del Comune, con conseguente rilevanza solo interna dei reciproci rapporti.

L'ATO medesima va pertanto estromessa dal giudizio.

5. Venendo al proposto appello, esso è infondato e la sentenza impugnata va confermata, se pure con parzialmente diversa motivazione.

5.1. Sul piano generale, è indubbio che l'esatto significato e la portata della sentenza da eseguire valgono a circoscrivere la pretesa avanzata dal ricorrente che agisca in ottemperanza, il quale non può che tendere a conseguire solo (e tutta) l'utilità scaturente dalla pronuncia giurisdizionale a suo dire illegittimamente negata dall'Amministrazione con un comportamento omissivo od elusivo (Cons. Stato, III, 8 luglio 2014, n. 3482).

In questa direzione, l'art. 112, comma 1, Cod. proc. amm. impone a tutte le parti di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice (ed a quelli ad esso equiparati), senza escludere detto rimedio, diversamente da quanto erroneamente ritenuto dal giudice di primo grado nel primo veduto "corno" motivazionale, per le pronunce di mero accertamento.

Sempre e comunque, dunque, in presenza di un accertamento definitivo del giudice circa la sussistenza di determinati presupposti fondanti la pretesa del ricorrente, la pubblica amministrazione è tenuta al concreto ed imparziale esercizio del *munus publicum*, in esecuzione dei principi scanditi dall'art. 97 Cost. e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ove il diritto alla esecuzione della decisione di giustizia è considerato quale inevitabile e qualificante completamento della tutela giurisdizionale.

Ed invero l'esigenza di dare esecuzione secondo buona fede alla decisione giurisdizionale è alla base di qualsiasi ricostruzione interpretativa della materia: la pubblica amministrazione, infatti, ha l'obbligo di soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso e di non frustrare la sua legittima aspettativa con comportamenti omissivi od elusivi.

Ne consegue che l'obbligo di ottemperanza, ossia l'obbligo di conformarsi alla decisione giurisdizionale (o al lodo arbitrale avente uguale portata e valenza di quella), va individuato non sulla base di una astratta catalogazione del *dictum* del giudice *a quo*, quanto piuttosto alla stregua della reale portata conformativa derivante dal concreto giudicato.

Nel caso di specie, l'accertamento, contenuto nel lodo di cui si invoca l'ottemperanza, del "*diritto della concessionaria a far valere il riequilibrio del sinallagma pattuito*" (interpretato sulla base della contestuale ed espressa reiezione del quesito n. 3 — "*Emetta il Collegio Arbitrale ... la conseguente declaratoria di condanna a carico del Comune di Cavallino ... a dar corso alla proroga di cui al quesito n. 2*" — formulato dalla concessionaria agli arbitri, nonché dell'implicita ma chiara reiezione anche del quesito n. 2 — "*Dica il Collegio Arbitrale se, in*

conseguenza di quanto accertato in risposta al precedente quesito n. 1), il Comune di Cavallino sia tenuto, per quanto di competenza, a riequilibrare il sinallagma contrattuale, sotto il profilo economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, per il solo tramite della proroga del termine di scadenza della concessione ...”— agevolmente ricavabile dalla motivazione del lodo laddove, una volta ritenuta la sussistenza dei “presupposti della fattispecie prevista dall’art. 143, comma 8, del d. lgs. n. 163/2006”, sottolinea come, sulla base della previsione dello stesso art. 143, comma 8, cit., “il diritto del concessionario al riequilibrio contrattuale potrebbe essere assicurato dalla amministrazione concedente in maniera diversa dalla proroga del contratto”, donde poi la locuzione “*possa essere ripristinato*” utilizzata nel dispositivo) implica senza dubbio l’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato; e cioè, in concreto, l’obbligo di attribuire effettivamente il bene della vita atteso (ormai riconosciuto dal giudice) e dunque la salvaguardia dell’equilibrio patrimoniale delle prestazioni pattuite.

Purtuttavia, si badi, secondo le conclusioni del lodo, tale salvaguardia può essere attuata “*anche*” (e pertanto: non solo) tramite la proroga del termine di scadenza della concessione.

Orbene, il ricorso all’ottemperanza all’esame, nel chiedere, quale conseguenza dell’accertamento definitivo recato dal lodo arbitrale della sussistenza del diritto della concessionaria a far valere il riequilibrio del sinallagma pattuito, che tale riequilibrio sia determinato “*mediante la proroga del termine di scadenza della concessione*”, non tiene conto né della veduta reiezione dei quesiti n. 2 e n. 3 proposti con la domanda di arbitrato, né delle coordinate fissate dallo stesso lodo in sede di accoglimento del quesito n. 1 (“*Dica il Collegio Arbitrale se ed in quale misura i richiamati provvedimenti del Commissario straordinario per l’emergenza rifiuti hanno alterato l’equilibrio contrattuale nel rapporto tra le imprese istanti ed il Comune di Cavallino ...*”), laddove delinea margini di autonomia e di valutazione nell’adempimento dell’obbligo per la parte soccombente (il Comune di Cavallino) di adeguare la realtà di fatto a quella di diritto mediante l’esercizio di quella funzione amministrativa prefigurata (come “*inesauribile*”, “*irrinunciabile*” e pure “*limitata*”) dal lodo medesimo; così col ricorso stesso dettagliatamente delineando (e pretendendone la sussunzione da parte del giudice dell’ottemperanza quale giudice naturale della conformazione dell’attività amministrativa successiva al giudicato, anch’egli del resto vincolato all’ordinario principio che delimita la pronuncia giurisdizionale sulla base della domanda svolta), quello ch’è un contenuto solo eventuale delle pur dovute successive determinazioni del Comune di Cavallino (alla luce delle stesse statuizioni della pronuncia ottemperanda, secondo cui, come s’è visto, “*il diritto del concessionario al riequilibrio contrattuale potrebbe essere assicurato dalla amministrazione concedente in maniera diversa dalla proroga del contratto ...*”) e dunque esorbitando dall’ambito del giudizio di ottemperanza, il cui oggetto è qui definito esclusivamente dalla pretesa delle ricorrenti (non utilmente ampliabile in corso di causa con le abili prospettazioni delle appellanti circa la “*radicale negazione del diritto al riequilibrio del sinallagma pattuito*”, che il mancato esercizio della “*limitata discrezionalità riconosciuta dal lodo*” rappresenterebbe) a veder allo stato dichiarato dal giudice che “*le uniche modalità per ottenere*” il riequilibrio contrattuale siano o la proroga od il pagamento dell’indennizzo.



Né può farsi rientrare tra le obbligazioni che dal giudicato discendono o che vi trovano il loro presupposto la alternativa domanda di pagamento della somma di Euro 11.325.489,68 per sorte capitale e di Euro 1.019.986 per accessori, in quanto, se è vero che tali somme corrispondono all'indennizzo individuato dal lodo arbitrale come utile a ripristinare l'alterato equilibrio contrattuale, il lodo non contiene alcuna condanna alla corresponsione dell'indennizzo stesso (né una tale domanda risulta del resto avanzata al Collegio arbitrale); ciò in piena aderenza alle richieste delle società istanti, secondo le quali (v. Quesito n. 1) l'entità del citato indennizzo era da determinarsi "*ai soli ed esclusivi fini dell'individuazione dei parametri necessari per la fissazione del termine di durata della richiesta proroga*".

6. L'appello va in definitiva respinto, previa estromissione dal giudizio dell'ATO Gestione Rifiuti della Provincia di Lecce, con spese di giudizio da porre a carico delle appellanti, nella misura indicata in dispositivo, in favore del Comune appellato.

### **Arbitrato e giurisdizione nella lente dell'ottemperanza davanti al giudice amministrativo: un profilo di differenza ed uno di affinità.**

1. *La pronuncia ed i motivi di interesse.* — Un lodo arbitrale riconosce ad una ATI, aggiudicataria della procedura di evidenza pubblica indetta da un Comune per l'affidamento in concessione della costruzione e gestione di una piattaforma per il trattamento dei rifiuti, il diritto ad ottenere nei confronti del Comune stesso, ai sensi dell'art. 143 del D. Lgs. n. 163/2006, il riequilibrio del sinallagma contrattuale anche attraverso una possibile proroga del termine di scadenza della concessione per ulteriori ventisette anni e sei mesi dalla scadenza originaria.

L'asserita inottemperanza dell'amministrazione induce le imprese ad adire il TAR Lazio chiedendo, ex art. 112 Cpa ed in attuazione del diritto loro riconosciuto, "*l'emissione di un atto formale conclusivo del procedimento, che determini il riequilibrio del sinallagma contrattuale mediante la proroga del termine di scadenza della concessione, così come inter partes modificata, per 27 anni e sei mesi dalla sua scadenza, ovvero mediante il pagamento della somma di euro 11.325.489,68 per sorte capitale oltre ad euro 1.019.986,33 per accessori come per legge dalla data della pronuncia all'effettivo soddisfo*".

Il Tribunale respinge tuttavia il ricorso ritenendo che il lodo sia "di mero accertamento" e che comunque, anche ammessa l'azionabilità esecutiva di pronunce di mero accertamento, è il concreto contenuto del titolo a non prestarsi allo scopo, limitandosi esso ad accertare uno squilibrio nel sinallagma contrattuale ed il conseguente diritto delle ricorrenti al riequilibrio nei confronti del Comune resistente. Le imprese hanno invece richiesto la condanna dell'amministrazione a disporre senz'altro la proroga o, in alternativa, a pagare le somme asseritamente dovute, laddove il

lodo non ha in alcun modo imposto l'attuazione del diritto, che pure ha inequivocabilmente riconosciuto, attraverso l'alternativa tra proroga e pagamento.

Le imprese propongono dunque appello al Consiglio di Stato insistendo sulla portata conformativa del lodo e delle prescrizioni da esso discendenti a carico dell'amministrazione in termini di assicurazione del riequilibrio contrattuale.

Il Consiglio di Stato affronta, per quanto qui di specifico interesse, un profilo di rito ed uno di merito, quest'ultimo foriero del rigetto del ricorso.

Quanto al primo, esso attiene all'estromissione dal giudizio di ottemperanza dell'ATO Gestione Rifiuti della provincia di Lecce, pure ivi evocata, per non aver partecipato al giudizio che ha condotto al lodo ottemperando.

È infatti pacifico che il giudizio di ottemperanza debba svolgersi tra le stesse parti di quello che ha condotto al provvedimento da eseguire, laddove invece l'ATO era stata semplicemente destinataria della notifica della domanda di arbitrato ai fini del perfezionamento di un suo intervento volontario ai sensi dell'art. 816 *quinquies*, senza aver mai consentito alla partecipazione al giudizio arbitrale, cui era di fatto rimasta estranea.

Nel merito, il Consiglio di Stato corregge l'affermazione del TAR che le pronunce di mero accertamento non sarebbero azionabili con lo strumento dell'ottemperanza, opportunamente chiarendo che dirimente è solo la concreta portata conformativa del provvedimento da eseguire. A circoscrivere quanto proprio in sede di ottemperanza può essere conseguito non è dunque la presenza di un dispositivo tecnicamente di condanna, ma proprio l'accertamento inteso quale riconoscimento dei presupposti della pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione. Accertamento che perciò, sempre e comunque, impone a quest'ultima un concreto ed imparziale esercizio dei suoi *munera publica* nel quadro dell'art. 97 Cost. e della CEDU, pena in difetto proprio la surrogazione in sede di ottemperanza.

Ciò chiarito in linea di principio, è tuttavia la concreta portata dell'accertamento contenuto nel lodo a precludere l'accoglimento del ricorso *ex art. 112 Cpa*: ciò che spetta alle ricorrenti è infatti il diritto al riequilibrio del sinallagma, il lodo stesso tacendo invece proprio sul *quomodo*, che resta inevitabilmente appannaggio dell'attività discrezionale dell'amministrazione e non appare perciò determinabile/surrogabile in sede di ottemperanza.

La pronuncia si presenta di estremo interesse.

Attraverso la lente dell'ottemperanza mette infatti a confronto, sia pure senza un particolare sforzo motivazionale, processo arbitrale e giurisdizionale nei profili di reciproca irriducibilità ascrivibili alla matrice negoziale del primo. Per contro, ed al contempo, fa emergere la perfetta sovrapposibilità dei rispettivi prodotti finali (lodo e sentenza) sotto il

(comune) profilo della funzionalizzazione alla risoluzione di una lite, e dunque dell'idoneità a produrre un accertamento (fissazione di una *norma agendi*) azionabile proprio in quella particolare sede. Con tutti i limiti imposti dall'essere, quello ottemperando, il prodotto dell'attività di un diverso plesso giurisdizionale, altro profilo comune tanto alla decisione dei giudici dello Stato quanto a quella degli arbitri, e che lo rende impermeabile ai penetranti poteri di integrazione/interpretazione che il giudice amministrativo esercita invece in riferimento ai suoi stessi provvedimenti.

Ciascuno degli evocati profili merita naturalmente, per la ricchezza delle questioni che evoca, una (sia pur breve) riflessione dedicata.

2. *Ottemperanza, partecipazione al procedimento dichiarativo e limiti soggettivi del decisum: i differenti percorsi dell'arbitrato e della giurisdizione.* — Il primo di essi, quello cioè della irriducibilità tra procedimento arbitrale e giurisdizionale quanto a regime del procedimento e del suo atto finale, emerge dal rilievo officioso dell'estraneità di uno dei soggetti nei cui confronti era stato incardinato il giudizio di ottemperanza, al procedimento arbitrale. Rilievo che porta, in ossequio alla regola della necessaria coincidenza tra parti del giudizio dichiarativo e parti di quello esecutivo, all'estromissione del soggetto evocato nel secondo ma rimasto estraneo al primo.

La regola, in sé considerata, si mostra trasversale rispetto al carattere pubblico o privato del processo, affondando le sue radici unicamente in quella dei limiti soggettivi del *decisum*, che vincola le sole parti (del giudizio) e gli ulteriori soggetti che la legge tratta come parti (eredi ed aventi causa). Sicché quando il vincolo stesso è forzosamente eseguibile il giudizio, se di ottemperanza, va incardinato nei confronti delle parti che il provvedimento stesso identifica quali obbligate <sup>(1)</sup>.

Ciò che invece riguarda da vicino le dinamiche del giudizio arbitrale è il presupposto della estromissione della ATO dal giudizio di ottemperanza, vale a dire il fatto che essa fosse stata "*destinataria della notifica della domanda di arbitrato ai soli fini dell'eventuale intervento volontario o della chiamata in arbitrato ai sensi e per gli effetti dell'art. 816*" *quinquies*, senza che tuttavia il suo intervento si fosse mai concretizzato.

---

<sup>(1)</sup> La regola è in effetti, per lo più, enunciata rispetto ai provvedimenti giurisdizionali. Essa appare tuttavia talvolta temperata dal rilievo che l'eventuale natura inscindibile della situazione controversa può incidere sulla platea dei destinatari del *decisum*, anche se non hanno preso parte al giudizio. Si ammette perciò che legittimati attivi possono essere anche soggetti in grado di avvantaggiarsi della portata precettiva del *decisum* ottemperando (così CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 875; Cons. Stato, 19 novembre 2009, n. 7249, cui si deve l'affermazione generale che la legittimazione è riconoscibile in capo ai terzi se il giudicato incida su un atto ad effetto indivisibile nei confronti di più soggetti; Tar Napoli, II, 7 gennaio 2011, in *www.iusna.net*). La pronuncia in commento non si fa carico di queste precisazioni, evidentemente ritenendo che la parte poi estromessa fosse comunque estranea ad ogni profilo legato all'esecuzione del giudicato.

La circostanza ci trasporta infatti nel complesso mondo dei rapporti tra processo arbitrale e terzi<sup>(2)</sup> e, prima ancora, di quelli tra patto arbitrale e terzi<sup>(3)</sup> ove la matrice consensuale (individua la platea dei soggetti vincolati al patto e comunque) condiziona i limiti soggettivi di efficacia del lodo imponendo inquadramento e soluzione dei problemi secondo logiche radicalmente diverse da quelle cui si è avvezzi nel processo statale. Nel quale, evidentemente, la semplice notifica dell'atto introduttivo<sup>(4)</sup> basta ad instaurare il contraddittorio ed individuare i limiti soggettivi della pronuncia finale senza che i destinatari, uno o più che siano, possano opporsi all'acquisto della qualità di parte. Ciò che vale, specularmente, per l'intervento volontario ai sensi dell'art. 105, mai contrastabile, solo in quanto tale, dalle parti originarie<sup>(5)</sup>.

Non così nell'arbitrato, ove proprio il carattere privato del patto e dell'investitura del giudicante esclude che soggetti diversi dai paciscenti possano, in linea di principio, interferire in una vicenda che si esaurisce completamente (anche dal punto di vista economico) sul piano dei rapporti tra le parti della convenzione di arbitrato e poi tra queste ultime e gli arbitri chiamati a rendere la decisione. Così come esclude, quale risvolto della medaglia, che soggetti estranei al patto compromissorio possano essere astretti alla via arbitrale attraverso una chiamata di parte o un "ordine" del giudicante, la cui inottemperanza, in quest'ultimo caso, possa

---

(2) Tema dei più complessi ed affascinanti, e che conta perciò su una notevole letteratura sia precedente che successiva alla riforma del 2006, e con essa la varo degli artt. 816 *quater* e *quinquies* che il complesso profilo aspirano oggi a regolare.

V., in generale, per una compiuta ricostruzione di problemi e panorama interpretativo, e senza pretese di completezza, BOVE, *La giustizia privata*, WK Ipsoa-Cedam, 2015, 173 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, 449 ss.; GRADI, *Sub artt. 816 quater e 816 quinquies*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di Comoglio, Consolo, Vaccarella, Sassani, Torino, 2014, VII, 1, 366 ss.; CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 841 ss.; GRADI, *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2010, 283 ss.; CALIFANO, *Spunti sul principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale rituale*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 97 ss.; LIPARI, *Sub art. 816 quinquies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, a cura di Briguglio e Capponi, Padova, 2009, 768 ss.; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 464 ss.; LUISSO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2001, 605 ss.; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, 187 ss.; MURONI, *Clausola compromissoria "binaria" e pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1998, 137 ss.; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Torino, 1997; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1997, 749; BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1995; RUFFINI, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 1995, 663 ss.

(3) Per un quadro generale dei quali *sufficit* qui il rinvio a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Un quadro dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 949 ss.; Id., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004.

(4) Purché, naturalmente, si perfezioni integrando gli estremi della conoscibilità legale imposti dall'ordinamento, requisito che accomuna, del resto, processo giurisdizionale ed arbitrale.

(5) Ad esclusione cioè dei profili di una sua eventuale irritalità.

addirittura condurre ad una chiusura in rito del giudizio arbitrale secondo l'archetipo dell'art. 107.

Solo una nuova manifestazione negoziale potrebbe infatti indurre un ampliamento (soggettivo ed oggettivo) dell'ambito della lite pendente: il consenso delle parti originarie (del patto compromissorio e del giudizio arbitrale) e degli arbitri, che l'obbligazione di rendere il lodo hanno assunto esclusivamente nei confronti delle prime, consente così un intervento volontario di terzi; il consenso degli arbitri e quello del chiamato consente invece l'ingresso di quest'ultimo; ed infine il consenso delle parti originarie e del terzo consente ancora una volta il coinvolgimento del terzo stesso ove siano proprio gli arbitri a suggerirlo.

Ed è questa la scelta di fondo che ispira oggi l'art. 816 *quinquies* <sup>(6)</sup>.

Diverso è invece il caso in cui i terzi rispetto al processo arbitrale pendente siano parte della convenzione di arbitrato. Qui un loro volontario ingresso nel processo non potrebbe agevolmente subordinarsi ad accettazione delle parti originarie né una loro chiamata restare priva di effetti senza loro accettazione, considerato il vincolo alla via arbitrale imposto proprio dal patto a monte, che ne risulterebbe altrimenti *ex post* svuotato.

L'art. 816 *quater* consente tuttavia il *simultaneus arbitratus*, sin dall'inizio o per chiamata successiva, solo ove le modalità di nomina assicurino un collegio equidistante dalle parti, in difetto dovendosi svolgere paralleli processi arbitrali.

Una certa cautela si impone dunque anche per tali ipotesi, non bastando la sola chiamata ad estendere automaticamente gli effetti del lodo come nel processo statale, qui occorrendo altresì, in difetto di attività/consenso del terzo rispetto ad un collegio già formato, la verifica delle modalità di nomina degli arbitri previste dal patto.

Se infatti il collegio è stato nominato, come da convenzione di arbitrato, da un terzo, *nulla quaestio*, la chiamata valendo, da sé sola, ad estendere il contraddittorio e l'efficacia del lodo a prescindere da ogni consenso o attiva difesa del chiamato stesso; se invece il patto prevedeva che ciascuna delle parti nominasse un proprio arbitro, occorre distinguere. O a seguito della chiamata si acquisisce il consenso sul collegio già nominato o, in modo equivalente, questo viene ricostituito con il concorso del chiamato, oppure il *simultaneus arbitratus* si rivela impossibile. Lo sviluppo procedimentale imposto dall'art. 816 *quater* è infatti unicamente quello della separazione, che comporta la prosecuzione separata del procedimento relativo alla domanda proposta da o contro il terzo, che sarà

---

<sup>(6)</sup> Malgrado dal tenore testuale della disposizione non sia dato ricavare alcuna discriminazione tra terzi estranei al patto a monte e terzi solo estranei al giudizio pendente. L'interpretazione correttiva si impone tuttavia in ragione delle circostanze spiegate *infra*, testo e note.

vincolato al lodo ivi emesso e non certo a quello reso nel procedimento originario.

La disposizione risolve, in un contesto multiparti, un problema tipico del giudizio arbitrale, quello dell'imparzialità del collegio quale risolto della paritaria partecipazione di tutte le parti alla sua formazione (7), ed in questa logica se ne spiega il distinto trattamento rispetto alle ipotesi di giudizio con due sole parti, in cui l'inerzia del convenuto nella nomina dell'arbitro è surrogata dalla legge in modo che il procedimento, pendente dalla proposizione della domanda, possa incanalarsi verso la sua meta finale (artt. 809 e 810).

Nel primo caso e non nel secondo le modalità di nomina del giudicante consentono infatti (art. 809) la partecipazione paritaria delle parti, sicché il congegno succedaneo di nomina consentito dall'art. 810 si pone in funzione di bilanciamento tra quel valore e il diritto di azione dell'attore, secondo logiche non dissimili da quelle che nel processo statale assicurano, *mutatis mutandis*, la progressione del procedimento nell'inerzia del convenuto.

Nel caso invece dell'art. 816 *quater* proprio il valore della paritaria partecipazione delle parti alla nomina del collegio potrebbe risultare sacrificato, dal mancato rispetto dei criteri imposti dal c. 1, a quello del *simultaneus arbitratu*s, ciò che l'ordinamento non tollera considerata la concorrente possibilità che i procedimenti si svolgano comunque, come da patto arbitrale, ma separatamente. Il che dà ragione anche della improcedibilità dell'arbitrato se si versa in ipotesi di litisconsorzio necessario, ove la cennata alternativa è per definizione da escludersi.

Ecco allora che la domanda di arbitrato o l'intervento nel giudizio pendente, sempre e comunque idonei ad attestare la litispendenza *inter partes* (8), nulla ancora dicono sui limiti soggettivi di efficacia del lodo finale, che vincolerà i chiamati/intervenuti solo se risulteranno risolti, nei

---

(7) Entrambi pacificamente principi di ordine pubblico processuale, e come tali non derogabili dalle parti.

(8) In ciò non distinguendosi, né potendosi distinguere, dalla domanda arbitrale nei confronti di un solo convenuto, considerato che le parti sono comunque vincolate alla via arbitrale e dunque nessuna domanda, chiamata o intervento del terzo potrebbero restare prive di effetto, come invece ipotizzabile in caso di terzi non vincolati alla via arbitrale, pena lo svuotamento della convenzione di arbitrato. Appare inequivoco in tal senso l'art. 816 *quater*, c. 2, che prescrive, "fuori dei casi previsti nel precedente comma" che "il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime". L'adesione del terzo chiamato al collegio già radicato può dunque considerarsi necessaria solo nel senso che condiziona lo sviluppo successivo di un procedimento già pendente, ma giammai nel senso che una sua carenza renderebbe la chiamata priva di effetti: al contrario, proprio il perfezionarsi dell'intervento (volontario o a seguito di chiamata, con il quale potrebbe oltretutto lamentarsi lo sbilanciamento/parzialità del collegio già radicato), rappresenta il presupposto del lodo di scissione che gli arbitri devono pronunciare in ipotesi di mancato riscontro delle modalità di nomina imposte dal c. 1 dell'art. 816 *quater*. Né, proprio in ragione della separazione, vi sarebbe alcun problema di sopravvenuta impossibilità di funzionamento dell'arbitrato. Il bilanciamento di valori sembra qui perfettamente riuscito, tranne che in ipotesi di

modi dell'art. 816 *quater*, i problemi relativi alla formazione del collegio <sup>(9)</sup>.

Questa estrema complessità di scenari non traspare dalla pronuncia in commento, dal cui tenore testuale neppure è dato comprendere se la ATO fosse stata anche parte della convenzione di arbitrato. Il cenno fugace alla chiamata o all'intervento ai sensi dell'art. 816 *quinquies* farebbe piuttosto propendere, sul presupposto che la norma riguardi i soli terzi estranei al patto, per la risposta negativa, sicché effettivamente il dato della mancata partecipazione al giudizio si rivela sintomatico del mancato consenso e dirimente ai fini della estraneità agli effetti del lodo ottemperando.

La laconicità della pronuncia sul punto si spiega verosimilmente con la circostanza che l'art. 241, c. 4, del D. Lgs n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), *ratione temporis* applicabile alla fattispecie <sup>(10)</sup>, impone la nomina di arbitri ad opera delle parti sicché se anche la ATO fosse stata in ipotesi avvinta alla convenzione di arbitrato, una notifica della domanda successiva alla costituzione del collegio non sarebbe comunque bastata ad estendere gli effetti del lodo, in assenza di una esplicita manifestazione di consenso verso il collegio già costituito. Un consenso escluso in radice dalla mancata partecipazione della ATO al giudizio.

Qualche perplessità desta invece il riferimento, anch'esso fugace, al “*subentro del Consorzio nel corso del rapporto convenzionale intercorso tra il comune e le ricorrenti*”, che il Collegio giudicante liquida come inidoneo a determinare “*una modificazione nella titolarità del rapporto e delle relative responsabilità, che del resto le stesse odierne appellanti, in sede di instaurazione del giudizio arbitrale, hanno inteso attribuire esclusivamente al Comune, identificandolo come effettivo titolare dell'obbligo in contestazione, rispetto al quale il Consorzio non assume una posizione distinta ed autonoma da quella del Comune, con conseguente rilevanza solo interna dei reciproci rapporti*”.

Occorrerebbe infatti stabilire di che tipo di “subentro” si tratti, ed in quale momento esso è intervenuto.

---

connessione per incompatibilità, in cui appare sommamente inopportuna la possibile scissione dei procedimenti sui diritti connessi: V., per tutti, GRADI, *Sub art. 816 quater*, cit., 385.

<sup>(9)</sup> Questo tipo di divaricazione tra instaurazione del contraddittorio indotta dalla notifica dell'atto introduttivo, dalla chiamata successiva o anche dall'intervento, e limiti soggettivi del *decisum*, è riscontrabile, beninteso, anche nel processo statale ove nel corso del procedimento vi sia un provvedimento di separazione tra più cause originariamente cumulate. Diversissimi ovviamente, ne restano logiche e presupposti, nel processo arbitrale derivanti dal carattere privato dell'investitura del giudicante nei complessi termini indicati nel testo, in quello statale dai presupposti oggettivi individuati dalla legge, che rendono a certe condizioni, tutte attinenti all'istruzione delle cause, recessivo il valore del *simultaneus processus*.

<sup>(10)</sup> Per il nuovo testo introdotto dal D. Lgs. n. 50/2016 v. oggi, per tutti TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 605 ss., nonché i commenti inseriti nel n. 4/2016 della rivista; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2016, 5 ss.

Può verosimilmente escludersi che si tratti di vera e propria successione nel contratto intervenuta prima della pendenza della lite davanti agli arbitri, in tal caso non giustificandosi la chiamata in arbitrato del Comune.

Se, al contrario, si trattasse di un fenomeno *lato sensu* successorio coinvolgente anche il rapporto oggetto di lite ed intervenuto in pendenza del giudizio arbitrale, allora lo scenario cambierebbe radicalmente, perché proprio quell'art. 816 *quinquies* evocato per dare rilevanza all'atteggiamento inerte della ATO, giustificerebbe invece la sua soggezione agli effetti del lodo e conseguentemente anche il suo *status* di convenuta nel giudizio di ottemperanza. La disposizione rende infatti applicabile al giudizio arbitrale l'art. 111 cpc, sicché, proprio come accade nel processo statale da cui il congegno è tratto, il lodo vincolerebbe la ATO a prescindere non solo da ogni suo intervento o chiamata nel giudizio arbitrale, ma anche da ogni contestazione sul collegio già radicato.

E nulla in contrario potrebbe ricavarsi dalla circostanza che, in sede di instaurazione del giudizio arbitrale, le parti avrebbero inteso attribuire gli obblighi contrattuali esclusivamente al Comune, identificandolo come effettivo titolare dell'obbligo in contestazione.

Con la ulteriore conseguenza che dovrebbe ribaltarsi la soluzione *in parte qua* apprestata dalla sentenza.

3. *Portata precettiva del provvedimento ed ottemperanza alla prova del passaggio di giurisdizione: una tematica comune ai decisa giurisdizionale ed arbitrale.* — Il secondo profilo affrontato dalla sentenza attiene ai limiti dell'ottemperanza a fronte di provvedimenti non tecnicamente di condanna ai sensi dell'art. 474 cpc.

In tale contesto emergono, sintomatiche dei due modi diversi di affrontare il problema nel panorama interpretativo<sup>(11)</sup>, la visione del TAR adito in primo grado, che esclude il rimedio a fronte di provvedimenti di “mero accertamento”, e quella di Palazzo Spada, che punta invece sulla rilevanza (non della struttura condannatoria del dispositivo in sé ma) della portata precettivo/conformativa del *dictum*.

Evidente nella prima impostazione la suggestione della disciplina del Libro III del cpc che, costruita intorno al provvedimento-titolo esecutivo, presuppone la formalizzazione di obblighi/pretese in un dispositivo di condanna relegando nel limbo della ineseguibilità forzata ogni provvedimento che ne risulti privo<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Per una recente ricostruzione del quale v. TAR Lazio-Roma, sez. III *quater*, 7 novembre 2016, n. 11000, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>(12)</sup> Tema classico ed ampiamente indagato nella letteratura processualistica, e per una illustrazione generale del quale *sufficit* qui rinviare agli studi di VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto e procedura civile* diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1993,



Riecheggia invece nella seconda l'opposta prospettiva dell'*actio iudicati* che, al contrario, è proprio deputata a trasformare un dispositivo sintetico, per lo più di annullamento, in una serie analitica di obblighi ricavabili dalla motivazione, in quella dinamica, progenitrice del titolo esecutivo<sup>(13)</sup>, efficacemente rappresentata dall'immagine del "giudicato a formazione progressiva"<sup>(14)</sup>.

Al di là delle affermazioni generalizzanti rinvenibili nelle premesse argomentative del TAR, la differenza tra le *rationes* che hanno ispirato i due giudici nella vicenda in esame si rivela, tuttavia, più apparente che reale, considerato che la decisione di entrambi ha finito per essere influenzata da un unico fattore: la concreta capacità del *dictum* di conformare il successivo agire della PA alla luce dei criteri rinvenibili in motivazione.

È lo stesso TAR a precisare infatti che ciò che conta è la possibilità di attingere alla portata conformativa del provvedimento, nel caso deciso da escludere. Il Consiglio di Stato per parte sua, pur costretto a correggerne la premessa relativa alla inottemperabilità dei provvedimenti di mero accertamento perché fuorviante nella sua assolutezza, giunge anch'esso al

---

*passim*, e di SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, *passim*. Singolare, peraltro, che tale rigorosa, e corretta, prospettiva, divenga evanescente nell'attuale orientamento emerso in seno alla giurisprudenza di legittimità (inaugurato da Cass. S.U. 2 luglio 2012, n. 11067, in *Corr. Giur.*, 2012, 1166 ss. Con Nota di CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*) per la quale il concreto contenuto del provvedimento di condanna potrebbe essere attinto anche da atti e documenti del giudizio dichiarativo, non dovendo necessariamente risultare *ex ante* dal titolo, che può dunque fondare una esecuzione forzata anche se in sé incompleto. Una prospettiva, pericolosa e fortemente avversata dalla dottrina, che privilegia proprio la logica dell'*actio iudicati*, pur consentendo però l'aggressione forzosa della sfera giuridica dell'obbligato in assenza di previa verifica giudiziale sull'attuale esistenza del binomio pretesa-soggezione, garanzia intrinseca invece all'*actio iudicati*, ed in virtù della quale l'esecuzione può basarsi su di un titolo privo delle caratteristiche stringenti di quello tipizzato dall'art. 474 cpc. *Amplius*, sul punto, per tutti, CAPPONI, *Autonomia astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, cit. La Corte ha poi precisato la portata del suo intervento a SS.UU. in una pronuncia successiva (Cass.17 gennaio 2013, n. 1027, in *Riv. es. forz.*, 2013, 137 ss., con nota di VACCARELLA), statuendo che la integrazione extratestuale del titolo è consentita solo se delle relative questioni si sia trattato nel corso del processo e possano ivi ritenersi univocamente definite, solo essendo mancata la concreta estrinsecazione nel dispositivo "*o perfino nel tenore stesso del titolo*". Affermazione, quest'ultima, estremamente inquietante, come subito nel testo.

<sup>(13)</sup> Traccia evidente della evoluzione storica che dall'archetipo dell'*actio iudicati* ha condotto alla moderna tecnica del titolo esecutivo è la stessa struttura stratificata del Libro III del cpc che, inaugurato dalla disciplina generale dell'istituto più recente, il titolo esecutivo appunto, si conclude poi (passando attraverso l'esecuzione per consegna-rilascio, perfettamente modellata sulla struttura condannatoria del titolo) con quella dell'istituto più antico, l'esecuzione di obblighi di fare-non fare che nell'art. 612 cpc assume ancora oggi, attraverso il meccanismo del ricorso preventivo al giudice dell'esecuzione, la forma di una *actio iudicati*, sia pure in più limitata guisa che in altre esecuzioni forzate, quale ad esempio quella disegnata per le misure cautelari anticipatorie dall'art. 669 *duodecies*, ma anche quella dell'art. 124, c. 7 del D. Lgs. n. 30/2005 (Codice della proprietà industriale).

<sup>(14)</sup> V., a titolo meramente esemplificativo, sulle caratteristiche essenziali del rimedio, CALABRÒ, *L'ottemperanza come prosecuzione del « giudizio amministrativo »*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 159 ss.; SORRENTINO, *Provvedimenti elusivi e giudizio di ottemperanza*, *ivi*, 189 ss., oltre che SASSANI, *Dal controllo del potere*, cit.

rigetto del ricorso a fronte di un *dictum* incapace di dettare concrete regole di condotta alla PA asseritamente inadempiente.

Assorbente, da tale punto di vista, il rilievo che agli arbitri era stato chiesto di accertare che il riequilibrio economico-finanziario imposto dall'art. 143 D. Lgs. n. 163/2006 fosse assicurato dal Comune per il solo tramite della proroga della concessione, con conseguente condanna di quest'ultimo a dar corso alla proroga stessa, e che tale domanda era stata rigettata proprio perché *“il diritto del concessionario al riequilibrio contrattuale potrebbe essere assicurato dalla amministrazione concedente in maniera diversa dalla proroga del contratto”*. La portata precettiva del lodo <sup>(15)</sup>, ricostruita alla luce della motivazione, è dunque perfettamente modellata sul perimetro della domanda, focalizzata sul solo accertamento della doverosità di una delle possibili opzioni rimesse al Comune per riequilibrare il sinallagma contrattuale.

Il lodo appare dunque in sé inesequibile non perché privo di un dispositivo che concluda in sé la coppia obbligo-pretesa, secondo una logica tipica del solo Libro III del cpc (accertamento “mero” invece che condanna) ma perché, limitandosi alla ricognizione di uno squilibrio economico-finanziario nella dinamica dei rapporti contrattuali, nulla statuisce sul relativo *quomodo*, cioè proprio sulle condotte imposte alla PA per ovviarvi. È l'accertamento, inteso stavolta quale fissazione di regole, ad essere inidoneo a limitare la discrezionalità dell'amministrazione nel perseguimento dell'obiettivo di riequilibrio. Il che preclude anche l'ottemperanza, che, pur non avendo tra i suoi presupposti un provvedimento che tali obblighi formalizzi già nel dispositivo (condanna in senso tecnico, appunto), deve comunque enuclearli dalla *ratio* del provvedimento.

Né, del resto, il *quomodo* appare in alcun modo necessitato, nel senso preteso dalle ricorrenti prima nella domanda di arbitrato e poi in ottemperanza, dalla normativa sostanziale a monte <sup>(16)</sup>, sì da renderne

---

<sup>(15)</sup> Che ha riconosciuto che il riequilibrio possa (e non certo debba) essere ripristinato tramite proroga. In sé ambiguo e perplesso, esso appare tuttavia inequivocabile proprio alla luce della reiezione dei quesiti posti agli arbitri, come opportunamente precisa il Consiglio di Stato nella ricostruzione della complessiva vicenda processuale.

<sup>(16)</sup> Che si limita, al contrario, a indicare alcune modalità alternative. L'art. 143 del D. Lgs. n. 163/2006, *Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici*, stabilisce infatti che: *“1. Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.*

*2. Qualora la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario.*

*3. La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.*

*4. Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e*

superflua l'individuazione nel provvedimento ed inverare le caratteristiche di quella "condanna implicita" che proprio l'ottemperanza sarebbe idonea ad esplicitare ed imporre alla PA semplicemente attingendo a quella disciplina.

Il risultato non può dunque essere che uno: la portata dell'accertamento essendo limitata all'esistenza di uno squilibrio sinallagmatico, resta impregiudicato l'intero spettro di possibilità di riequilibrio offerte dalla normativa sostanziale. Esso, estraneo all'ottemperanza perché a monte estraneo al *thema decidendum* del lodo, resta appannaggio esclusivo di un accordo tra le parti o di un nuovo giudizio dichiarativo.

La conclusione, correttamente attinta dai due giudici amministrativi protagonisti della vicenda, non contrasta in alcun modo con la natura del giudizio di ottemperanza neppure nella peculiare dinamica di "giudicato a formazione progressiva" che invero in riferimento alle pronunce del giudice amministrativo.

È infatti principio consolidato che i penetranti poteri del giudice dell'ottemperanza, al contempo espressione di giurisdizione esclusiva e di merito, debbano arrestarsi alle soglie di profili rimasti estranei al *thema*

---

*dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara.*

5. A titolo di prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono cedere in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma di cui all'articolo 128. Si applica l'articolo 53, commi 6, 7, 8, 11, 12.

6. La concessione ha di regola durata non superiore a trenta anni.

7. L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

8. La stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente. (...)"

*decidendum* del giudizio dichiarativo <sup>(17)</sup> cioè, nel nostro caso, proprio al *quomodo* del riequilibrio <sup>(18)</sup>.

Ma tale conclusione è ancora più ineluttabile se riferita ad un lodo arbitrale.

Il tema si intreccia infatti, ed impone perciò di misurarsi, con quello della diversa fisionomia che proprio l'ottemperanza assume a fronte di *decisa* provenienti da diversi ordini giurisdizionali, quali il giudice ordinario ma anche gli arbitri.

Qui la giurisprudenza amministrativa <sup>(19)</sup> tende infatti ad escludere in capo a sé ogni potere di integrazione/interpretazione: coesistente all'ottemperanza dei suoi stessi provvedimenti, esso è invece estraneo a quelli di altri comparti giurisdizionali per l'operare di un limite ordinamentale, presidiato da norme di rango costituzionale <sup>(20)</sup>, che impone il rispetto delle distinte sfere di giurisdizione, svilite da un GA che entrasse nel merito di decisioni riservate ad altro ordine <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> *Ex multis* v. oggi, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2016, n. 2975; Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2013, n. 6773; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 880, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it). In dottrina *sufficit* qui rinviare al classico studio di A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962 (ora in *Scritti giuridici*, vol. V, Napoli 1990, 439 ss.), nonché al più recente saggio di DE GIORGI CEZZI, *Sulla « inesauribilità » del potere amministrativo*, in *Urb. e appalti*, 2002, 955 ss.

<sup>(18)</sup> Non contraddice la premessa la previsione dell'art. 34, c. 4 cpa che tra i contenuti eventuali del giudizio di ottemperanza annovera anche la determinazione del *quantum* in caso di domanda di condanna pecuniaria. Il meccanismo immaginato dalla norma è infatti tale che proprio il *quantum* fa naturalmente, ed originariamente, parte del *petitum* in sede dichiarativa e punta a favorire l'accordo delle parti prima di investire il giudice della sua determinazione.

<sup>(19)</sup> Ricostruisce bene lo stato dell'arte con opportune precisazioni, da ultimo, Tar Lazio-Roma - sez. III *quater*, 7 novembre 2016, n. 11000, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), che, appunto, riprendendo *expressis verbis* il concetto di "condanna implicita" forgiato dalla Cassazione (su cui *amplius infra*, testo e note), statuisce che una pronuncia condannatoria del giudice civile può essere fatta oggetto di ottemperanza purché se ne possa riempire il *dictum* a seguito di attività di mero calcolo e accertamento. In termini anche TAR Basilicata, 8 marzo 2016, n. 209; T.A.R. Sicilia, Catania, II, 11 marzo 2015, n. 1314; T.A.R. Veneto, III, 7 aprile 2014, n. 470.

<sup>(20)</sup> In particolare il combinato disposto degli artt. 102, 103 e 113 Cost. che disegnano i confini della giurisdizione ordinaria in riferimento a quella amministrativa e di altri giudici speciali. La problematicità insita nel passaggio di giurisdizione che caratterizza l'ottemperanza verso sentenze di giudici ordinari è storicamente emersa in tutta la sua pregnanza in riferimento all'esecuzione delle sentenze civili in materia di lavoro alle dipendenze della PA, passato dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria in seguito alla sua "privatizzazione": v., ad esempio, SASSANI, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 413 ss.; ID., *L'esecuzione delle sentenze civili di condanna dell'amministrazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 1 ss., che rilevava proprio come la particolare invasività della procedura (ove il giudice amministrativo esercita giurisdizione di merito in quanto si sostituisce all'amministrazione inottemperante) avrebbe riportato all'alveo della giurisdizione amministrativa quelle stesse controversie che il legislatore aveva inteso invece attribuire al giudice ordinario.

<sup>(21)</sup> Ciò è tanto vero che la Cassazione, in un primo momento, aveva ritenuto addirittura inammissibile il giudizio di ottemperanza per le sentenze civili di condanna pecuniaria, in base al rilievo che qui l'attività amministrativa avrebbe carattere vincolato e meramente esecutivo, non restando perciò spazio per il *proprium* dell'ottemperanza stessa, cioè la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione nel compimento di attività discrezionali (v. Cass.,

Il che trova il punto di emersione a livello normativo primario nelle regole di competenza dell'art. 113 cpa, che riserva l'ottemperanza dei *decisa* del GA allo stesso giudice autore del provvedimento sul presupposto che sia il più adatto ad interpretarlo e darne attuazione, e quella dei provvedimenti di altro ordine semplicemente al TAR del luogo in cui siede il giudice che lo ha reso (nel nostro caso quello della sede dell'arbitrato), essendo recessivo ogni profilo di ingerenza nel merito del *decisum*.

Ove riferita a pronunce di altre giurisdizioni o proprio a lodi arbitrali, come nel nostro caso, non è dunque da sopravvalutare la ricorrente massima per la quale il giudizio di ottemperanza è esperibile anche a fronte di sentenze di accertamento "mero", occorrendo precisare che ciò è possibile solo ove ricorrano i presupposti della "condanna implicita" enucleata dalla Cassazione in riferimento ai provvedimenti del giudice civile (22).

L'assenza di un dispositivo di condanna è cioè irrilevante, secondo tali criteri, solo se il giudice, civile come amministrativo, possa identificare la prestazione dovuta, per lo più pecuniaria ma anche di altro tipo come la vicenda in commento dimostra, in base ad un calcolo matematico o comunque ad indici obiettivi rinvenibili, se non nel provvedimento, nella legislazione sostanziale, e sempre che non occorra ulteriore attività valutativa.

Il quadro evocato, se da un lato ridimensiona la questione interpretativa dell'art. 112, c. 2 lett. e) cpa, che ritiene ottemperabile il solo lodo

---

S.U. 13 luglio 1979, n. 4071). Il successivo sviluppo dell'elaborazione giurisprudenziale ha invece messo in rilievo la mutevolezza dell'ottemperanza, che può talora assumere (ad esempio, proprio quando riferita a sentenza di condanna pecuniaria) una fisionomia semplicemente esecutiva funzionale ad operazioni materiali o ad atti di stretta esecuzione della sentenza, o una più complessa di enucleazione e specificazione della complessa attività provvedimentale e conformativa imposta alla PA dal *decisum* del giudice amministrativo, ed espressa in forma sintetica nel dispositivo di annullamento dell'atto (Corte Cost. 12 dicembre 1998, n. 406, ripresa nelle sue linee essenziali dalla giurisprudenza amministrativa successiva: v., ad esempio, C. Stato, sez. V, 2 aprile 2003, n. 1698). Per la giurisprudenza amministrativa favorevole v. invece C. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6362; C. Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n. 7840; C. Stato, sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788; C. Stato sez. IV, 9 marzo 2000, n. 1233. Sulla mutevole fisionomia dell'ottemperanza, a seconda che riguardi sentenze del giudice civile o amministrativo, resta sempre imprescindibile la lettura delle classiche pagine di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 192 ss e *passim*.

(22) Si tratta del noto pronunciamento della Cassazione (26 gennaio 2005, n. 1619, in *Corr. Giur.*, 2005, 1229, con nota di PETRILLO, *Da un'apprezzabile premessa (l'esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese*) reso in riferimento ad una pronuncia di costituzione coattiva di servitù che, priva del dispositivo di condanna al rilascio, fu nondimeno considerata titolo esecutivo per il rilascio stesso proprio in virtù "della funzione che il titolo è destinato a svolgere", e che risulterebbe negletta ove la sua natura esecutiva si escludesse. In termini anche la più recente Cass. 31 gennaio 2012, n. 1367, resa in tema di revoca dell'assegnazione della casa familiare, considerata titolo esecutivo (condanna implicita) anche se priva del dispositivo di rilascio.

(inoppugnabile ed) esecutivo, dall'altro fa emergere, in una più ampia prospettiva, anche un certo paradosso.

Quanto al primo profilo, il riferimento all'esecutività, che il Codice del processo amministrativo affianca oggi espressamente all'inoppugnabilità è suscettibile, in astratto, di una duplice interpretazione.

Ad esso potrebbe infatti ascriversi un generale valore sinonimo di ritualità (considerato che solo il lodo rituale è suscettibile di divenire esecutivo previo *exequatur*)<sup>(23)</sup>, depurandolo perciò del significato tecnico di "lodo condannatorio" in senso stretto. L'opzione espressa del Codice varrebbe cioè quale recepimento di quella giurisprudenza dei TAR<sup>(24)</sup> che, in costanza del previgente regime, proprio l'*exequatur* (oltre che l'inoppugnabilità) imponeva al lodo ai fini dell'ottemperanza, in un contesto culturale ove la Cassazione<sup>(25)</sup>, ad onta del chiaro tenore del-

---

<sup>(23)</sup> Opzione che renderebbe peraltro la aggettivazione superflua una volta venutane meno la ipotizzata giustificazione storica, posto che per sua stessa natura il lodo irrituale è insuscettibile di *enforcement* civile come tutti gli altri effetti legati all'*exequatur*, e dunque anche di ottemperanza.

<sup>(24)</sup> V., ad esempio, TAR Lazio, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10413, in *www.giustiziaamministrativa.it*, che ritiene ammissibile il ricorso per l'ottemperanza del lodo arbitrale, basandosi sulla considerazione che la dichiarazione di esecutività ex art. 825 c.p.c. lo rende equivalente alla sentenza del giudice, quanto ad imperatività delle statuizioni ed a stabilità degli effetti dallo stesso scaturenti al passaggio in giudicato.

Secondo il tribunale, "(...) con l'omologazione del lodo in virtù del decreto di esecutività del Tribunale previsto dall'art. 825 c.p.c., si viene ad operare una sintesi tra la decisione arbitrale di compromissoria provocazione in quanto riconducibile alle clausole contrattuali appositamente dirette a sottrarre la controversia alla giurisdizione del giudice ordinario e l'imperatività tipica della sentenza emessa da tale giudice, alla quale il lodo arbitrale, una volta reso esecutivo nella suindicata forma, viene a rendersi equivalente quanto agli effetti, anche della trascrizione che si rende, infatti, possibile in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto. Tale regime di equipollenza di effetti del lodo arbitrale reso esecutivo alla sentenza del giudice ordinario passata in giudicato consente di ritenere, di conseguenza, possibile anche l'esperibilità del rimedio costituito dall'instaurazione del giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 27 n. 4, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, per ottenere l'esecuzione del lodo arbitrale divenuto esecutivo". In termini TAR Lazio-Roma, 5 giugno 2006, n. 4277; TAR Sicilia-Catania, 2 febbraio 2005, n. 174. Altro filone della giurisprudenza dei TAR rifiutava l'ottemperanza al lodo rituale (esecutivo ed inoppugnabile) di condanna pecuniaria della PA, sul presupposto che il rimedio stesso fosse riferibile alle sole decisioni dei giudici dello Stato e non invece al lodo, cui era riconosciuta comunque natura negoziale, verosimilmente sulla scia di Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527. V., in tal senso, TAR Lecce, sez. I, 9 ottobre 2008, n. 2800, in questa *Rivista*, 2009, 103 ss., con nota critica di PANZAROLA, *Giudizio di ottemperanza e lodo rituale di condanna della PA*, ove anche ampia ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento; e la successiva TAR Campania, Napoli, sez. V, 1 settembre 2009, n. 4862, in *Riv. es. forz.*, 2009, 153 ss., con nota di PUCCIARIELLO, *Effetti decisori del lodo arbitrale rituale e tutela di ottemperanza*. Ricostruisce il quadro della giurisprudenza prima del varo del Codice del processo amministrativo anche VITALE, *L'ottemperanza al giudicato arbitrale*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 881 ss.

<sup>(25)</sup> A far data da Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 259, con nota di E. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni unite*; in *Corr. Giur.*, 2001, 51 ss., con nota di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in questa *Rivista* 2001, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*, la quale aveva, come noto, definito l'arbitrato rituale quale ontologicamente alternativo alla giurisdizione dello Stato

l'art. 824 *bis* <sup>(26)</sup>, ascriveva ancora al lodo natura negoziale sicché proprio l'*exequatur* era percepito quale foriero di quegli "effetti di sentenza" che soli ne avrebbero consentito l'ottemperanza.

Ma anche ad attribuirvi un significato tecnico, quello cioè di titolo esecutivo, l'accesso all'ottemperanza non imporrebbe necessariamente, a monte, un dispositivo a struttura condannatoria: esattamente come nell'altra opzione interpretativa, le condizioni di accesso al rimedio sarebbero comunque soddisfatte al ricorrere quantomeno di una "condanna implicita".

La vicenda narrata mi induce piuttosto, e proprio da questo punto di vista, ad una finale provocazione perché mostra, in controluce, la tendenza dell'ordinamento alla rimodulazione, e per significativi aspetti, dei due archetipi di esecuzione forzata.

Da un lato sta l'ottemperanza dei provvedimenti di altre giurisdizioni e dei lodi <sup>(27)</sup>, che la giurisprudenza amministrativa chiude negli angusti confini della condanna implicita ritagliandosi sul provvedimento poteri non molto diversi, in sostanza, da quelli da sempre propri del giudice dell'esecuzione civile. Dall'altro sta proprio l'esecuzione civile, che la Cassazione va invece aprendo all'integrabilità del titolo giudiziale con atti e documenti del giudizio dichiarativo, contraddicendone proprio quell'astrattezza frutto dell'emancipazione dall'*actio iudicati*.

Una integrabilità, è appena il caso di notare, che va ben oltre i confini della condanna implicita la quale, basata sull'automatismo dei criteri di calcolo o di determinazione del dovuto, non esclude ma presuppone la autosufficienza del *dictum* e per questo ben può oltrepassare la barriera

---

perché derivante da rinuncia all'azione giudiziaria. La storica sentenza, la cui influenza sulla giurisprudenza successiva è durata più di un decennio, ha sovvertito la precedente considerazione dell'arbitrato in termini di attività funzionalmente votata alla risoluzione di una lite, *ad instar* della giurisdizione statale.

<sup>(26)</sup> È fin troppo noto come la storia della ricostruzione dell'arbitrato (rituale) e del suo prodotto finale, nella costante alternativa tra carattere negoziale e giurisdizionale, sia poco influenzata dai dati normativi e molto invece dalla interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, come mostra proprio la vicenda della ricostruzione del lodo quale atto negoziale fino al 2013, e a far data dal 2000, cioè ben oltre il varo della riforma dell'arbitrato del 2006 che per significativi aspetti, non ultimo proprio l'evocato art. 824 *bis*, aveva equiparato *quoad effecta* lodo e sentenza. V. *si vis*, per una ricostruzione di questo clima, DELLE DONNE, *La Cassazione e i (difficili) rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale: il dubbio tenore della convenzione arbitrale fa presumere l'opzione per la via rituale*, in questa *Rivista*, 2015, 524 ss.

<sup>(27)</sup> E solo, beninteso, ove riferita a pronunce di altri comparti giurisdizionali e per le ragioni già esposte nel testo. L'osmosi quasi preterintenzionale tra i due archetipi di processo esecutivo è ravvisabile anche sotto altri profili: v. ad esempio, TAR Veneto 12 giugno 2003, n. 3302, in *Foro Amm.*, TAR, 2003, 1882; Tar Lazio, Latina, 10 gennaio 2008, n. 25, *ivi*, 2008, 172, per i quali il termine di grazia che l'art. 14 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, conv., con mod., dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, e succ. mod., impone per la sola esecuzione del Libro III del cpc, si applica anche al giudizio di ottemperanza. Stessa preterintenzionale sovrapposizione nello stesso testo del Codice del processo amministrativo, che all'art. 115, c. 3, che pleonasticamente precisa che ai fini dell'ottemperanza delle sentenze dei giudici ordinari non è necessaria l'apposizione della formula esecutiva *ex art. 475 cpc*.

della giurisdizione ordinaria o arbitrale per transitare in quella amministrativa, come mostra la evocata prassi applicativa.

Qui, invece, si tratterebbe di integrare il tenore stesso del *decisum* attingendo ad atti e documenti del processo che vi ha messo capo, con un contributo di attività ricostruttivo/interpretativa impensabile da parte di un diverso ordine giurisdizionale.

Con la conseguenza, ecco la provocazione e con essa il paradosso, che l'ottemperanza ai provvedimenti del GO ed ai lodi resterebbe l'ultimo vero baluardo di quell'impermeabilità del provvedimento ad ogni integrazione/interpretazione in cui da sempre si compendia l'"astrattezza" del titolo esecutivo.

CLARICE DELLE DONNE



## II) STRANIERA

### Sentenze annotate

SVIZZERA - TRIBUNALE FEDERALE, I Corte di diritto civile, sentenza 4A\_628/2015 del 16 marzo 2016; KISS Pres.; KLETT, KOLLY, HOHL, NIQUILLE Giud.; X Ltd. c. Y SpA.

**Arbitrato commerciale internazionale - Diritto svizzero - Clausola *multistep* conciliazione/arbitrato - Interpretazione - Modalità di risoluzione alternativa delle controversie - Carattere obbligatorio del meccanismo preliminare (ammesso) - Revoca unilaterale del processo di conciliazione (negata) - Competenza arbitrale *ratione temporis* - Sanzioni - Art. 178 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) - Art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP - Art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP - Art. 63 cpv. 1, 2 Codice di procedura civile (CPC) - Art. 372 cpv. 1 lett. b CPC - Art. 77 Legge sul Tribunale federale (LTF) - Art. 5 cpv. 1 Regolamento di Alternative Dispute Resolution (ADR) della Camera di Commercio Internazionale (CCI) - Art. 6 cpv. 1 lett. b - Art. 6 cpv. 1 lett. f Regolamento UNCITRAL.**

*Il mancato rispetto di una clausola multistep conciliazione/arbitrato deve essere sanzionato. In questo contesto, tuttavia, non costituiscono sanzioni adeguate la condanna a risarcimento danni, la dichiarazione di inammissibilità, o addirittura il rigetto della richiesta e chiusura del procedimento. È da considerarsi più appropriata la sospensione dell'arbitrato per motivi d'incompetenza *ratione temporis* in combinazione con la fissazione di un termine entro il quale le parti devono procedere in conciliazione. Inoltre non viene pregiudicata l'effettività della conciliazione se una procedura arbitrale è stata iniziata dalle parti. Tuttavia, l'eccezione di competenza *ratione temporis* non esonera la parte che se ne avvale di rispettare gli obblighi che derivano dalla clausola compromissoria e di partecipare attivamente al processo arbitrale. La parte che contesta la competenza del tribunale arbitrale può invocare questo stesso motivo nel contestare la pronuncia sulla competenza.*

Motivi della decisione. — Faits:

A.

A.a X. Ltd (ci-après: X.) est une société active dans l'exploration et la production d'hydrocarbures.

Y. S.p.A. (ci-après: Y.) est une société qui intervient dans l'exploration, la production, le transport par canalisations, la transformation et la commercialisation d'hydrocarbures et de leurs dérivés.

A.b Le 10 juillet 2002, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres initiée par Y., cette dernière et X. ont signé deux contrats d'association pour la recherche et l'exploitation de gisements pétrolières dans deux périmètres du territoire visé par ces contrats. Le 2 avril 2012, les mêmes parties ont signé deux contrats de groupement en vue de constituer une organisation opérationnelle conjointe pour la conduite et l'exécution des opérations pétrolières sur les gisements situés dans ces périmètres. L'art. 34.2 des contrats d'association, intitulé « Arbitrage », auquel renvoie l'art. 22 des contrats de groupement, prévoit notamment ce qui suit: « Tout différend survenant entre les Parties dans l'exécution ou dans l'interprétation du présent Contrat qui ne peut être résolu par les Parties, fera dans un premier temps, l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR (Alternative Disputes Resolution) de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Tout différend entre les Parties découlant de l'exécution ou de l'interprétation du présent Contrat non résolu par voie de conciliation sera tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (UNCITRAL) par trois (3) arbitres nommés conformément à ce règlement. Le lieu de l'arbitrage sera Genève, Suisse. ».

L'art. 5 par. 1 du Règlement ADR de la CCI du 1<sup>er</sup> juillet 2001 (ci-après: le Règlement ADR) a la teneur suivante: « Le Tiers et les parties doivent promptement discuter et rechercher un accord sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et doivent s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre. ».

A.c Des différends étant survenus entre les parties, Y., se fondant sur l'art. 34.2 des contrats d'association et l'art. 22 des contrats de groupement, a déposé, le 8 septembre 2014, une demande de conciliation auprès du Centre international d'ADR de la CCI (ci-après: le Centre ADR) en application du Règlement ADR. Le Centre ADR a accusé réception de la demande de conciliation le 15 septembre 2014 et invité les parties à communiquer leurs éventuels commentaires concernant diverses questions procédurales dans les 15 jours. X. s'est exécutée le 3 octobre 2014 en précisant, notamment, qu'elle souhaitait voir la procédure de conciliation se dérouler conformément au Règlement ADR, et non au Règlement de médiation de la CCI en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (ci-après: le Règlement de médiation). Dans un courriel du même jour, le Centre ADR a noté que, selon l'accord des parties, le Règlement ADR s'appliquerait à cette procédure, que celle-ci serait conduite en français et que Paris en serait « le lieu de réunion physique ». Puis, en date du 16 octobre 2014, il a nommé une ressortissante espagnole en qualité de « Tiers », au sens du Règlement ADR, c'est-à-dire de conciliatrice.

Par courrier du 14 novembre 2014, la conciliatrice a soumis aux parties une série de questions concernant la conduite de la procédure de conciliation et

proposé la tenue d'une réunion. Le 20 novembre 2014, Y. a donné son accord à la tenue d'une première réunion en exprimant le souhait qu'elle se déroulat sous la forme d'une conférence téléphonique. Le même jour, X. a répondu aux questions de la conciliatrice et indiqué les dates auxquelles elle serait disponible pour une telle conférence. Le 16 décembre 2014, la conciliatrice a adressé un courriel aux conseils des parties et fixé une conférence téléphonique commune au lendemain, à 15 h 30.

Le 17 décembre 2014, à 15 h 20, l'avocat de Y. a envoyé à la conciliatrice et au conseil de X. un courriel dans lequel il leur indiquait que, pour faciliter la tenue de la conférence téléphonique prévue à 15 h 30, de même que la participation des représentants de sa mandante, il leur proposait d'utiliser son service de conférence téléphonique. Le conseil de X. s'est opposé à ce mode de faire au motif que la conférence téléphonique avait été prévue entre les seuls conseils des parties et la conciliatrice, ajoutant que lui-même n'avait pas pris de dispositions pour que les représentants de X. participent à cette conférence; et l'avocat de suggérer à la conciliatrice soit de s'en tenir à la configuration initialement prévue, soit de repousser la réunion à une date ultérieure, auquel cas il demanderait, vu le nombre de participants, que la réunion soit tenue physiquement à Paris. Y. a rétorqué qu'il n'avait jamais été décidé que seuls les conseils participeraient à la conférence téléphonique, tout en exprimant son accord quant au report de celle-ci.

Le 8 janvier 2015, la conciliatrice a repris contact avec les conseils des parties concernant la suite de la procédure de conciliation.

Le 16 janvier 2015, Y. a adressé une notification d'arbitrage à X. Dans un courrier du même jour envoyé à la conciliatrice, elle a constaté l'échec de la conciliation, imputé par elle à sa cocontractante, lui a fait part de son intention de ne pas poursuivre la procédure ad hoc et lui a indiqué avoir déposé une notification d'arbitrage. Par courrier du 20 janvier 2015, X. a fait savoir à la conciliatrice qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la fin d'une procédure de conciliation qui n'avait pas commencé pour des raisons indépendantes de sa volonté. Dans un courrier du 21 janvier 2015, la conciliatrice a informé les parties qu'elle ne pouvait pas notifier la clôture de la procédure à la CCI sans que la discussion prévue à l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR ait eu lieu, partant qu'elle leur proposait de nouvelles dates pour la tenue d'une réunion à Paris en présence des conseils et des représentants des deux parties. Cependant, Y. a maintenu, dans un courrier du 26 janvier 2015, que la procédure de conciliation avait pris fin. Sur quoi la conciliatrice a informé les parties, en date du 30 janvier 2015, qu'elle interprétait le comportement de Y. comme un retrait du dossier par l'intéressée, ce dont elle a informé le Centre ADR par courrier du 3 février 2015.

Dans un courrier du 5 février 2015, le Centre ADR a constaté que Y. entendait retirer la demande de conciliation et invité les parties à lui adresser leurs commentaires. Suite à un échange supplémentaire entre les parties, il a confirmé, dans un courrier du 16 février 2015, qu'il considérait que Y. entendait retirer la demande de conciliation. Enfin, par lettre du 8 avril 2015, relevant que la part de l'avance de frais afférente à Y. n'avait pas été payée, il a constaté que la procédure d'ADR s'achevait conformément à l'art. 6 par. 1 let. f du Règlement ADR.

B. Le 16 janvier 2015, Y. a engagé une procédure d'arbitrage contre X. en application du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le

droit commercial international (CNUDCI), conformément à l'art. 34.2 des contrats d'association et à l'art. 22 des contrats de groupement. Par la même occasion, elle a désigné son arbitre.

Par lettre du 26 janvier 2015, l'avocate représentant X. dans la procédure d'arbitrage a indiqué au conseil de Y. que la notification d'arbitrage était sans objet, la procédure de conciliation de la CCI étant toujours pendante. Puis, dans sa lettre du 19 février 2015 portant à la connaissance du conseil de l'adverse partie le nom de l'arbitre choisi par sa mandante, elle a précisé qu'elle entendait soulever l'exception d'incompétence du Tribunal arbitral selon le droit suisse de l'arbitrage applicable.

Durant les mois suivants, les parties ont discuté des modalités de la désignation du président du Tribunal arbitral, X. persistant à réserver son droit de soulever l'exception d'incompétence de celui-ci en rapport avec le problème de la conciliation. Le 22 mai 2015, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage a procédé à cette nomination. Le Tribunal arbitral a décidé, le 31 juillet 2015, de se prononcer uniquement sur sa compétence dans la première phase de la procédure arbitrale. Deux échanges d'écritures ont eu lieu sur cette question. Cela fait, par sentence sur compétence du 13 octobre 2015, le Tribunal arbitral a retenu sa compétence pour connaître du litige divisant les parties, rejeté l'exception d'incompétence soulevée par X. et déclaré la demande de Y. recevable.

C. Le 16 novembre 2015, X. (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile en vue d'obtenir l'annulation de la sentence précitée et la constatation de l'incompétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral dans cette affaire. Dans sa réponse du 22 décembre 2015, Y. (ci-après: l'intimée) a conclu au rejet du recours. La recourante, dans sa réplique du 6 janvier 2016, et l'intimée, dans sa duplique du 22 janvier 2016, ont persisté dans leurs conclusions respectives. Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé la sentence attaquée et dit que la procédure arbitrale pendante entre les parties est suspendue jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation conformément au Règlement ADR de la CCI.

[résumé]

EXTRAIT DES CONSIDÉRANTS:

2. [...]

2.2 Le Tribunal fédéral envisage sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP (RS 291), relatif à la compétence du tribunal arbitral, le grief tiré de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage (tentative de conciliation, mise en œuvre d'un expert, médiation, etc.). Il le fait en quelque sorte par défaut, dans l'impossibilité où il se trouve de rattacher semblable grief à un autre motif de recours, au sens de cette disposition, admettant ainsi de manière implicite que pareille violation n'est certes pas suffisamment grave pour relever de l'ordre public procédural visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (sur cette notion, cf. ATF 132 III 389 consid. 2.2.1), mais qu'elle doit néanmoins être sanctionnée d'une façon ou d'une autre. Cela ne signifie pas, dans son esprit, qu'un tel rattachement dicterait nécessairement la solution à adopter pour sanctionner le fait de déposer une requête d'arbitrage sans avoir accompli la démarche préalable obligatoire

convenue par les parties (arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014 consid. 3.2 et les précédents cités). [...]

## 2.3

2.3.1 Sous l'influence des milieux économiques et juridiques américains et anglais, des méthodes alternatives de règlement des litiges (*Alternative Dispute Resolution ou ADR*) ont rencontré un très vif succès en Europe et plus particulièrement en Suisse au cours de ces dernières années. La conciliation et la médiation constituent de telles méthodes (arrêt 4A\_124/2014, précité, consid. 3.4.2 et les références). Le caractère non contraignant de la solution proposée à l'adoption des parties distingue ces méthodes de la procédure étatique ou de l'arbitrage. Plusieurs institutions ont édicté des règles au sujet de ces méthodes alternatives de résolution des litiges (arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 consid. 4.3.1). Tel est le cas de la CCI qui a adopté le Règlement ADR, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2001, assorti du Guide ADR (voir la brochure publiée sous n° 809 en 2001 par la CCI, qui contient le règlement et le guide; ci-après: brochure), puis le Règlement de médiation, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, accompagné d'une Note d'orientation sur la médiation, lequel a remplacé le précédent règlement, tous documents consultables sur le site internet de la CCI ([www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org); pour des références plus précises, cf. VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, ICC Arbitration in Practice, 2<sup>e</sup> éd., 2016, p. 246).

2.3.2 La CCI a élaboré le Règlement ADR à l'usage des parties qui souhaitent résoudre leurs différends à l'amiable avec l'aide d'un médiateur (le "Tiers", selon la terminologie du règlement) suivant une procédure encadrée. La nature amiable de cette procédure explique que, pour la CCI, la lettre A du sigle ADR remplace *Amicable* et non pas *Alternative* (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 248). Ladite procédure, régie en sept articles seulement, se caractérise par sa souplesse, sa rapidité, son coût raisonnable et sa confidentialité. Elle ne conduit pas à une sentence ou décision du Tiers ayant un caractère exécutoire, mais peut déboucher, dans l'hypothèse la plus favorable, sur un accord entre les parties mettant fin à leur différend et qui a force obligatoire à leur égard en vertu du droit applicable à cet accord (Guide ADR, Introduction, brochure p. 17 s.). Lorsqu'un accord préalable de recourir au Règlement ADR existe, la procédure ADR est introduite par une demande écrite adressée à la CCI (art. 2 let. A du Règlement ADR). Il s'agit ensuite de choisir le Tiers selon les modalités fixées à l'art. 3 du Règlement ADR. C'est alors que débute le processus ADR, sous la conduite du Tiers désigné, conformément à l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, précité. Les formules susceptibles d'être utilisées dans le cadre du Règlement ADR sont la médiation, la consultation d'un Tiers, le mini-trial, toute autre formule ou une combinaison de formules (pour plus de détails, cf. Guide ADR, ad art. 5 du Règlement ADR, brochure p. 27 ss.). Au demeurant, rien n'empêche les parties de faire appel à l'ADR en cours d'arbitrage (Guide ADR, Introduction, brochure p. 18). En vertu de l'art. 5 par. 2 du Règlement ADR, à défaut d'accord des parties sur la formule à utiliser, celle-ci sera la médiation. Selon le Guide ADR, lorsque les parties ont passé un accord de soumettre leur différend au Règlement ADR, elles ne peuvent se retirer de la procédure avant qu'ait eu lieu la première discussion avec le Tiers prévue à l'art. 5 par. 1. dudit règlement. Cette

disposition permet de préserver le sens de l'accord passé entre les parties, en obligeant celles-ci à apprécier ensemble les possibilités qu'offre la procédure ADR (ad art. 2 let. A du Règlement ADR, brochure p. 22). A teneur de l'art. 6 par. 1 let. b du Règlement ADR, la procédure ADR s'achève, entre autres circonstances, par la notification écrite au Tiers par une ou plusieurs parties, à tout moment après que la discussion mentionnée à l'art. 5 par. 1 a eu lieu, d'une décision de ne pas poursuivre plus avant la procédure ADR. Le caractère obligatoire de cette discussion est destiné à permettre à l'ADR de prospérer dans les meilleures conditions; en effet, avant la première discussion avec le Tiers, les parties peuvent difficilement apprécier les possibilités offertes par le processus (Guide ADR, ad art. 6 du Règlement ADR, brochure p. 30 let. b). Il est donc important qu'il y ait, à tout le moins, une discussion entre les parties et le Tiers, que celle-ci conduise ou non à un accord (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, ICC Arbitration in Practice, 1<sup>ère</sup> éd., 2005, p. 180).

Le 1<sup>er</sup> janvier 2014, le Règlement de médiation, qui comprend dix articles, est entré en vigueur. Il remplace le Règlement ADR. Le titre du règlement a été modifié pour tenir compte du fait que dans 90 % des cas soumis au processus ADR, c'est la médiation que les parties choisissent comme formule (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 248). Selon la disposition transitoire figurant à l'art. 10 par. 1 du Règlement de médiation, les parties qui sont convenues avant la date d'entrée en vigueur du présent Règlement de soumettre leur différend au Règlement ADR sont réputées avoir soumis leur différend au Règlement de médiation, sauf si l'une d'elles s'y oppose, auquel cas le Règlement ADR s'appliquera. Cette exception trouve à s'appliquer en l'espèce, comme on l'a noté plus haut (cf. let. A.c, 2<sup>e</sup> §), si bien que seul entre en ligne de compte le Règlement ADR. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait aucun enseignement à tirer de la nouvelle réglementation actuellement en vigueur pour résoudre le présent litige. Au contraire, il est intéressant de relever, en ce qui concerne la durée minimale et la fin du processus de médiation, que, selon l'art. 7 du Règlement de médiation, le médiateur et les parties doivent promptement discuter de la manière dont la médiation sera conduite (par. 1) et qu'après cette discussion, le médiateur doit fournir promptement aux parties une note écrite les informant de la manière dont la médiation sera conduite; en outre, chacune des parties, en convenant de soumettre un différend au Règlement de médiation, convient de participer à la procédure au moins jusqu'à la réception de cette note du médiateur (par. 2). Or, selon ses commentateurs, l'art. 7 par. 2 du Règlement de médiation a été inspiré par l'art. 5 par. 1, précité, du Règlement ADR (VERBIST/SCHÄFER/IMHOOS, op. cit., p. 254). C'est dire que le rapprochement des deux dispositions n'est pas sans intérêt pour interpréter la plus ancienne, seule applicable en l'espèce. Pour le reste, l'art. 8 par. 1 let. b du Règlement de médiation énonce, dans le prolongement de l'art. 6 par. 1 let. b du Règlement ADR, que le processus de médiation prend fin avec la confirmation écrite, par le Centre aux parties, de sa fin en raison de la notification par une partie au médiateur, par écrit, à tout moment après réception de la note du médiateur visée à l'art. 7 par. 2, de sa décision de ne pas poursuivre la médiation.

2.4 Il s'agit de déterminer, en premier lieu, la méthode alternative de résolution des litiges pour laquelle les parties ont opté, si tant est qu'elles l'aient

fait, en vue de régler leur différend à l'amiable. A cet effet, il faudra interpréter l'accord des parties sur ce point conformément aux principes généraux gouvernant l'interprétation des manifestations de volonté (cf. consid. 2.4.1). Il conviendra d'examiner, ensuite, si la méthode retenue par les cocontractantes a été correctement appliquée ou non *in casu* (cf. consid. 2.4.2). Dans la négative, il s'imposera de vérifier, encore, si la recourante pouvait s'en plaindre devant le Tribunal arbitral sans commettre un abus de droit (cf. consid. 2.4.3). Si tel devait être le cas, il y aura lieu de rechercher, enfin, la sanction adéquate qu'appelle, en l'espèce, le non-respect du préalable obligatoire à la mise en oeuvre de l'arbitrage (cf. consid. 2.4.4).

#### 2.4.1

2.4.1.1 En droit suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. Le juge s'attachera, tout d'abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. S'il n'y parvient pas, il recherchera alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 140 III 134 consid. 3.2; ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302 et les arrêts cités).

2.4.1.2 En l'espèce, le Tribunal arbitral s'est attaché, pour l'essentiel, à démontrer le caractère obligatoire du mécanisme préalable à l'arbitrage prévu à l'art. 34.2 des contrats d'association. Il ne semble pas s'être interrogé plus avant sur le choix, fait par les parties dans cette clause, de la méthode alternative susceptible de favoriser le règlement de leurs futurs différends éventuels.

Sans vouloir apparemment remettre en cause ce caractère-là, l'intimée propose une interprétation de la clause en question par laquelle elle cherche à dissocier l'expression « tentative de conciliation », qui y figure, de la référence au Règlement ADR, qui la suit. Cette disjonction intellectuelle lui permet de soutenir que le respect des modalités prévues par la CCI pour le processus de conciliation n'était pas déterminant dans le cas concret et que seul était décisif le sens à attribuer à ladite expression. Et l'intéressée d'opposer la tentative de conciliation à la conciliation pour en déduire qu'il suffisait, en l'occurrence, que la conciliation fût tentée de bonne foi, sans égard au sort qui lui serait réservé et, surtout, à la procédure qui lui serait appliquée.

Semblable raisonnement, qui résulte d'une dichotomie artificielle des termes utilisés par les cocontractantes dans la clause litigieuse, relève du sophisme. Cela n'a pas échappé à la recourante qui en conteste à juste titre le bien-fondé dans sa réplique, sans violer d'ailleurs l'interdiction de compléter son recours dans une telle écriture (arrêt 4A\_520/2015 du 16 décembre 2015 consid. 3.3.1) contrairement au reproche que lui fait l'intimée dans sa duplique. Il va, en effet, de soi que, si on l'interprète objectivement selon les règles de la bonne foi, le membre de phrase suivant: « fera dans un premier temps l'objet d'une tentative de conciliation en application du Règlement ADR... » manifeste clairement la volonté des parties, ainsi que le souligne également le Tribunal arbitral, d'enfermer la tentative de conciliation dans un cadre institutionnel structuré et une procédure qui couvre

toutes les étapes du processus, depuis le dépôt de la demande jusqu'au terme de l'ADR. Le second paragraphe de l'art. 34.2 des contrats d'association, qui subordonne le recours à l'arbitrage à la condition que le différend n'ait pas été « résolu par voie de conciliation », confirme indirectement cette interprétation basée sur le principe de la confiance. D'autre part, il est assez vain de vouloir opposer les notions de tentative de conciliation et de conciliation proprement dite, à l'instar de l'intimée. Il faut, en effet, donner raison au Tribunal arbitral quand il explique que la notion de tentative est, dans une certaine mesure, inhérente à celle de conciliation, car le résultat d'une conciliation est toujours incertain. Autrement dit, les deux notions sont peu ou prou interchangeables, tant il est vrai qu'il ne viendrait à personne l'idée saugrenue de subordonner le droit des parties d'ouvrir action devant un tribunal étatique ou arbitral au fait que la tentative de conciliation ait abouti et se soit transformée en une véritable conciliation puisqu'il n'y aurait plus alors de différend à soumettre à ce tribunal. C'est le lieu d'observer, entre parenthèses, que l'art. 197 du Code de procédure civile suisse (CPC; RS 272), qui introduit les dispositions régissant la conciliation obligatoire en la matière, parle lui-même d'une « tentative de conciliation » devant précéder la procédure au fond. On relèvera, enfin, que la thèse soutenue par l'intimée, poussée dans ses extrémités, permettrait à une partie demanderesse d'introduire action devant un tribunal arbitral le lendemain de la saisine du Centre ADR, quand bien même elle aurait la ferme intention de ne participer d'aucune manière au processus de conciliation, sous prétexte que la seule mise en branle de ce dernier constituerait déjà une tentative de conciliation. La procédure ad hoc prévue par le Règlement ADR, dont le Tribunal arbitral lui-même met en évidence le caractère obligatoire, deviendrait ainsi lettre morte. Ce n'est certes pas le résultat que les parties ont envisagé lorsqu'elles ont inséré l'art. 34.2 dans leurs contrats d'association, ni celui auquel eût pu s'attendre objectivement un tiers de bonne foi placé dans la même situation qu'elles.

Force est, dès lors, d'interpréter cette clause en ce sens que les cocontractantes ont subordonné la validité du recours à l'arbitrage de la CNUDCI à l'obligation d'effectuer, au préalable, une tentative de conciliation conforme en tous points au processus établi par le Règlement ADR.

2.4.2 Sur le vu des considérations qui précèdent, il n'est pas possible d'admettre que l'intimée a respecté le préalable obligatoire de conciliation avant d'introduire sa demande d'arbitrage, quoi qu'en disent l'intéressée et les arbitres. C'est ce qui ressort du libre examen — effectué par la Cour de céans sur la base des faits retenus par le Tribunal arbitral — des arguments de droit développés dans la sentence, la réponse et la duplique. Peu importe, dès lors, que la recourante affirme incidemment que le Tribunal arbitral a “constaté de manière arbitraire que la conciliation a eu lieu”.

L'intention des parties, telle qu'elle a été déduite plus haut de l'interprétation objective de l'art. 34.2 des contrats d'association, était, d'une part, d'ériger la tentative de conciliation en préalable obligatoire à une éventuelle procédure d'arbitrage subséquente et, d'autre part, d'enfermer cette démarche dans le cadre institutionnel structuré que leur offrait le Règlement ADR établi par la CCI. La logique voulait donc que les parties, qui s'étaient engagées à respecter ce règlement, s'y conformassent avant de soumettre leur cause à l'arbitrage, autrement dit



qu'elles attendissent pour ce faire d'avoir parcouru toutes les étapes du processus de conciliation imposées par le Règlement ADR. Or, tel ne fut pas le cas.

Comme on l'a déjà noté, en vertu de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, les parties ne peuvent pas se retirer de la procédure de conciliation avant d'avoir discuté avec le Tiers de la manière dont la médiation sera conduite (cf. consid. 2.3.2). A cet égard, le Tribunal arbitral a sans doute raison lorsqu'il observe que les parties et le médiateur, s'ils ont une obligation de s'entretenir au sujet du processus ADR spécifique à suivre, ne sont toutefois pas tenus de parvenir à un accord sur ce point. Encore faut-il que cet entretien ou cette discussion ait eu lieu. Selon le Guide ADR (ad art. 5 du Règlement ADR, brochure p. 26), « [a]lors qu'il est normalement préférable que cette discussion ait lieu par la voie d'une rencontre entre les parties et le Tiers, elle peut également l'être sous la forme d'une conférence téléphonique, d'une vidéoconférence ou *toute autre forme adéquate* ». Tirant argument de ce dernier membre de phrase souligné par lui, le Tribunal arbitral affirme, sur le vu de cet extrait reproduit dans sa sentence, que la discussion requise peut donc, comme dans le cas présent, prendre la forme de plusieurs échanges de courriers et courriels ainsi que d'entretiens téléphoniques entre les parties et la conciliatrice. Pareille affirmation est par trop absolue. Hormis le fait que le Guide ADR n'a pas force de loi, l'expression « *toute autre forme adéquate* » doit être replacée dans le contexte de la phrase dont elle a été tirée. Or, cette phrase laisse entendre qu'une réunion physique entre le médiateur et les parties constitue la solution la plus adéquate, mais que, par exception à la règle, une telle réunion peut être remplacée par une conférence téléphonique, une vidéoconférence ou tout autre moyen adéquat. La notion de conférence (visuelle ou téléphonique) donne à penser que, si, pour l'entretien en question, l'unité de lieu est souhaitable, la forme susceptible de remplacer la réunion physique des protagonistes doit au moins pourvoir au respect de l'unité de temps, c'est-à-dire permettre une véritable discussion en direct entre ceux-ci, ce qui suppose que les parties et le médiateur puissent débattre et échanger simultanément en dépit de leur éloignement physique. En effet, l'idée est que le Tiers, en sa qualité de spécialiste des méthodes alternatives de règlement des litiges, puisse éclairer les parties et exercer son pouvoir de persuasion à leur égard de manière à ce qu'elles trouvent, avec son aide, un terrain d'entente quant à la formule à utiliser pour tenter de régler le litige à l'amiable ou, si elles en sont déjà convenues, quant aux modalités du processus ADR spécifique à suivre. Considérée dans cette optique, l'expression « *toute autre forme adéquate* » ne viserait que les autres moyens de communication modernes, actuels ou futurs, autorisant les parties et le médiateur à échanger leurs vues en direct, tels les différents outils informatiques en constant développement. Il est vrai, cela étant, qu'à la rigueur de son texte, l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR ne paraît pas imposer à tout prix une discussion simultanée entre les protagonistes, fût-ce par téléphone ou tout autre moyen de communication adéquat. Il n'est donc pas exclu que cette disposition autorise une discussion échelonnée dans le temps, faite d'entretiens séparés entre les parties elles-mêmes, d'un côté, et entre le médiateur et l'une de celles-ci, de l'autre, et ce, quelle que soit la forme de ces entretiens. Toujours est-il que discussion il doit y avoir et que cette discussion doit porter sur la conduite de la procédure ADR, i.e. sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et/ou sur le processus ADR spécifique à suivre. Or, en l'espèce, semblable discussion n'a pas eu lieu, étant précisé, pour

abonder dans le sens de l'intimée, qu'elle ne devait pas avoir pour objet la recherche d'une solution sur le fond du litige.

Aussi bien, il appert clairement du résumé chronologique des démarches entreprises par les protagonistes après l'introduction de la demande de conciliation, tel qu'il a été fait plus haut (cf. let. A.c), que ces démarches, exécutées sous la houlette de la conciliatrice fraîchement nommée, ont porté, dans leur quasi-intégralité, sur la recherche d'une date disponible pour la tenue d'une conférence téléphonique devant permettre aux parties et à la conciliatrice de s'entretenir du processus ADR spécifique à suivre. En d'autres termes, toutes ces démarches ne constituaient qu'un préalable à l'entretien prévu par l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, lequel n'a donc jamais eu lieu car elles ont été interrompues avant qu'une date eût été arrêtée à cette fin, lorsque l'intimée a pris l'initiative d'engager une procédure d'arbitrage contre la recourante. C'est du reste ce que la conciliatrice et le Centre ADR ont constaté avec raison dans leurs courriers respectifs adressés aux parties en indiquant à ces dernières que la première réunion au sens de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR n'avait jamais eu lieu et qu'il fallait assimiler l'initiative prise par l'intimée à un retrait de la demande de conciliation. Au demeurant, le fait que, par lettre du 8 avril 2015, le Centre ADR a constaté que la procédure d'ADR s'achevait conformément à l'art. 6 par. 1 let. f du Règlement ADR, au motif que la part de l'avance de frais afférente à l'intimée n'avait pas été payée, ne change rien à l'affaire de ce point de vue, étant donné que cette partie avait d'ores et déjà manifesté sans ambages qu'elle n'entendait pas poursuivre la procédure de conciliation en cours.

On retiendra dès lors, à titre de conclusion intermédiaire et contrairement à l'avis du Tribunal arbitral, qu'il n'y a pas eu, *in casu*, de tentative de conciliation conforme à l'art. 34.2 des contrats d'association en liaison avec l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR.

2.4.3 Dans son argumentation principale, l'intimée soutient, toutefois, que la recourante invoque de manière abusive le non-respect, par le Tribunal arbitral, du préalable obligatoire de conciliation dont les cocontractantes étaient convenues.

2.4.3.1 En vertu de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Ce principe vaut également dans le domaine de la procédure. Il peut y avoir abus de droit, notamment, lorsque l'exercice d'un droit ne répond à aucun intérêt. En outre, le principe de la bonne foi s'oppose à ce qu'une partie qui constate un prétendu vice de procédure ne le signale pas immédiatement, à un moment où il pourrait encore être le cas échéant corrigé, mais attende l'issue de la procédure pour l'invoquer ultérieurement si celle-ci lui a été défavorable. Agit, dès lors, de manière abusive la partie qui invoque le non-épuisement du préalable obligatoire de conciliation dans son recours contre la sentence, alors qu'elle ne l'avait pas proposé à l'autre partie avant l'arbitrage (arrêt 4A\_18/2007, précité, consid. 4.3.3.1 et les références).

Dans l'affaire liquidée par cet arrêt, il n'y avait déjà plus guère d'espoir de concilier les parties, même avec l'intervention d'un tiers, au moment où la procédure arbitrale avait été introduite. En outre et surtout, la recourante avait préféré participer à l'arbitrage, tout en se ménageant la possibilité d'invoquer ultérieurement le moyen pris du défaut de conciliation préalable, ce qu'elle avait fait en formant un recours en matière civile fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP

contre la sentence finale rendue plus d'une année après le dépôt de la requête d'arbitrage. Aussi, comme elle soutenait devant lui qu'elle avait eu, à l'époque, la ferme intention de régler le différend à l'amiable, le Tribunal fédéral lui a-t-il répondu que, si telle avait bien été son intention, il eût fallu la traduire dans les faits, ce qu'elle aurait pu faire en prenant les devants et en mettant en oeuvre la procédure de médiation tout en invitant le Tribunal arbitral à suspendre temporairement la procédure conduite par lui. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral a indiqué qu'il aurait écarté le grief d'incompétence pour cause d'abus de droit, si, contrairement à ce qu'il avait retenu au préalable, la procédure de conciliation/médiation réservée dans le contrat liant les parties avait revêtu un caractère obligatoire (arrêt cité, consid. 4.3.3.2).

2.4.3.2 Cette jurisprudence n'est pas incontestée. Ainsi, deux auteurs considèrent qu'il serait inapproprié d'ériger en règle générale que la simple inaction du défendeur suffit à remédier à la violation par le demandeur d'une clause de conciliation. Pour eux, il convient de s'en tenir au principe selon lequel c'est toujours au demandeur qu'il appartient de démontrer qu'il a invité le défendeur à procéder à la conciliation, si bien que ce dernier devrait normalement être autorisé à soulever l'exception d'incompétence *ratione temporis* devant le tribunal arbitral, pour autant qu'il le fasse avant toute défense au fond (BERGER/KELLE-RHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n. 583). Point n'est besoin d'examiner plus avant la pertinence de cette opinion doctrinale. En effet, quoi qu'en dise l'intimée, il n'y a aucune commune mesure entre les circonstances de la présente cause et celles de l'affaire qui a donné lieu au prononcé de l'arrêt susmentionné. Outre le caractère obligatoire du préalable de conciliation, la cause pendante se singularise, de fait, par les éléments relevés ci-après. L'intimée, qui entendait assigner la recourante devant un tribunal arbitral, a logiquement pris l'initiative de mettre en oeuvre la procédure de conciliation. La recourante a participé activement à la première phase de cette procédure en répondant aux demandes formulées d'abord par le Centre ADR, puis par la conciliatrice, en vue de l'organisation du premier entretien, au sens de l'art. 5 par. 1 du Règlement ADR, qui devait prendre la forme d'une conférence téléphonique, voire d'une réunion physique de tous les intéressés à Paris. Puis, contre toute attente, alors que les parties avaient été relancées par la conciliatrice pour aller de l'avant, l'intimée a introduit une procédure d'arbitrage — ce dont la recourante s'est immédiatement plainte —, démarche que la conciliatrice et le Centre ADR ont assimilée à un retrait de la demande de conciliation. Une fois la procédure arbitrale engagée, la recourante a aussitôt manifesté l'intention de soulever l'exception d'incompétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral, ce qu'elle a fait en temps utile, ensuite de quoi les arbitres ont accepté de trancher la question à titre préliminaire et l'ont fait en rendant la sentence incidente présentement attaquée par elle.

On peine à discerner, au regard de ces éléments de fait, en quoi le comportement adopté par la recourante, tant dans la procédure de conciliation que dans la procédure arbitrale subséquente, pourrait être qualifié d'obstructionniste, pour reprendre l'adjectif utilisé par l'intimée, ni, partant, pour quelle raison le fait d'entreprendre la sentence ayant rejeté l'exception d'incompétence constituerait un abus de droit dans le cas concret. Du reste, les arguments avancés par l'intimée

à l'appui de la thèse inverse ne sont pas propres à emporter la conviction de la Cour de céans.

Selon cette partie, la recourante se serait d'abord opposée à la procédure de conciliation initiée par l'intimée au motif que les dirigeants des parties ne s'étaient pas réunis comme l'exigeait prétendument l'art. 34.2 des contrats d'association. Or, rien de tel ne ressort du paragraphe 12 de la sentence auquel l'intimée se réfère. Il en appert seulement que, dans une lettre du 30 septembre 2014 adressée au directeur central de l'intimée, le président de la recourante s'est étonné que l'intimée ait entrepris la démarche formelle que constituait le dépôt de la demande de conciliation auprès du Centre ADR, alors qu'elle n'avait jamais pris l'initiative de tenter de réunir les parties pour leur permettre de s'entretenir directement de leurs problèmes sans a priori et sans l'intervention d'un tiers, dans un esprit de loyauté et de bonne foi. Ce à quoi l'intimée a répondu, par courrier du 16 octobre 2014, que la conciliation initiée sous l'égide de la CCI fournirait également aux parties l'occasion de discuter des actions à entreprendre. Il y a là de quoi relativiser, à tout le moins, la prétendue opposition de la recourante à la procédure de conciliation.

L'intimée reproche, en outre, à la recourante d'avoir refusé que ses représentants légaux à elle, l'intimée, participent à la conférence téléphonique du 17 décembre 2014 et d'avoir, de ce fait, imposé le report de la réunion, alors qu'elle, la recourante, avait indiqué auparavant à la conciliatrice qu'il était inconcevable qu'une tentative de conciliation se déroulat sans la participation active des dirigeants des deux parties. Force est, toutefois, de constater que l'intimée, derechef, sort le fait imputé à la recourante de son contexte pour lui donner une importance qu'il n'a pas. En réalité, comme on peut s'en convaincre à la lecture du résumé des circonstances pertinentes (cf. let. A.c, 4<sup>e</sup> § ci-dessus), tout porte à croire que la recourante a été prise au dépourvu par la proposition que le conseil de l'intimée lui avait faite in extremis d'utiliser son propre service téléphonique pour permettre la participation des représentants de sa mandante à la conférence devant commencer dix minutes plus tard, alors qu'elle même, la recourante, n'avait pas fait venir les siens, estimant, à tort ou à raison, que seuls les avocats des parties devaient participer à la conférence téléphonique lors de laquelle il ne devait être question que du processus ADR spécifique à suivre. Quant au souhait, exprimé antérieurement par la recourante, de voir les dirigeants des deux parties s'impliquer activement dans la procédure de conciliation, l'intimée y décèle à tort une incompatibilité avec le comportement adopté par la recourante lors de la préparation de la conférence téléphonique, car ce souhait, exprimé en réponse à des questions d'ordre général posées aux parties par la conciliatrice, se rapportait, de toute évidence, non pas à ladite conférence, dont le but était d'organiser la procédure de conciliation, mais à la conciliation elle-même que la conciliatrice serait amenée à tenter, une fois les problèmes de procédure résolus. Au demeurant, la recourante avait immédiatement proposé à la conciliatrice de s'en tenir à la configuration qu'elle estimait être celle qui avait été initialement prévue ou d'organiser ultérieurement une réunion physique de tous les protagonistes à Paris. Il va de soi qu'une telle proposition ne s'apparentait guère à de l'obstruction, malgré qu'en ait l'intimée. Cette dernière fait encore grief à la recourante d'être restée totalement passive après le report de la conférence téléphonique, alors qu'un comportement proactif eût été de mise. Formuler pareil grief, c'est inverser

les rôles. L'intimée oublie, ce faisant, que c'est elle, et non l'adverse partie, qui avait déposé la demande de conciliation et que c'était donc à elle, au premier chef, de faire le nécessaire pour que la procédure ad hoc allât de l'avant.

L'intimée soutient également en pure perte, sur la base d'allégations de fait ne trouvant aucun écho dans les constatations du Tribunal arbitral, que la recourante aurait continué à bloquer le projet tout au long de la procédure de conciliation, démontrant ainsi son absence de réelle volonté de trouver une solution amiable au différend opposant les parties.

Quant aux critiques formulées par l'intimée au sujet de l'attitude adoptée par la recourante après l'introduction de la procédure d'arbitrage, elles tombent également à faux. Ainsi en va-t-il du reproche fait à la recourante de ne pas avoir cherché à soumettre à la conciliation les demandes reconventionnelles qu'elle avait manifesté l'intention de former dans la procédure arbitrale. En effet, comme l'intéressée le souligne avec raison, si la demande de conciliation n'avait pas été retirée par l'intimée, les demandes reconventionnelles auraient naturellement été abordées dans le cadre de la procédure de conciliation puisqu'elles ne constituaient que l'un des éléments du différend opposant les parties. Il est tout aussi vain de vouloir reprocher à la recourante de ne pas avoir mis en oeuvre une nouvelle procédure de conciliation alors qu'elle avait soulevé d'emblée l'exception d'incompétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral, que celui-ci avait décidé de traiter cette question à titre préliminaire et qu'il avait rendu sa sentence incidente quelque trois mois seulement après avoir pris cette décision. Enfin, affirmer, à l'instar de l'intimée, que le ton des mémoires sur la compétence présentés par la recourante était pour le moins virulent et ne procédait nullement d'une approche conciliatrice, sans plus ample démonstration, n'est pas un argument qui puisse être retenu.

Pour le surplus, l'intimée ne saurait être suivie lorsqu'elle prétend que, dans les circonstances actuelles, les chances de succès d'une nouvelle conciliation apparaissent encore plus improbables qu'à l'époque où la demande ad hoc a été déposée. Hormis le fait que son adverse partie soutient le contraire, semblable argument relève de la pétition de principe. Aussi bien, s'il suffisait de l'avancer pour exclure tout contrôle a posteriori du respect du préalable obligatoire de conciliation, cela reviendrait à faire fi du principe *pacta sunt servanda* (cf. PATOCCHI/FAVRE-BULLE, RSDIE, 2012, p. 554) et à permettre à une partie de se délier de l'engagement souscrit par elle à cet égard sur la foi d'une simple assertion de sa part quant à l'inutilité d'un tel préalable, lequel n'aurait dès lors plus d'obligatoire que le nom. C'est d'ailleurs le lieu de rappeler que, pour le Tribunal arbitral, la procédure de conciliation entre les parties n'était pas vouée à l'échec. Sur un plan plus général, on aurait tort, au demeurant, de sous-estimer le rôle dévolu à un médiateur dans la liquidation d'un différend et l'influence bénéfique que peut avoir sur des parties en conflit la force de persuasion d'une personne rompue à l'emploi des méthodes alternatives de règlement des litiges. Comme le notent, au surplus, deux commentateurs, il est difficile de soutenir qu'une médiation aurait échoué du seul fait qu'un arbitrage est en cours, car l'expérience et la statistique montrent que lorsqu'une médiation a effectivement lieu en cours de procédure arbitrale, elle a de fortes chances d'aboutir (TSCHANZ/FELLRATH GAZZINI, Revue de l'arbitrage, 2008, p. 768).

Cela étant, la recourante n'abuse pas de son droit en reprochant au Tribunal arbitral d'avoir admis à tort que la procédure de conciliation obligatoire a été respectée en l'espèce.

#### 2.4.4

2.4.4.1 Comme le Tribunal fédéral le relevait déjà dans son premier arrêt en la matière, la manière de sanctionner la violation d'une convention de médiation imposant aux parties de ne pas procéder devant un tribunal arbitral sans avoir recouru préalablement à ce mode alternatif de résolution des litiges est une question fort controversée, qui peut être formulée en ces termes: celui qui viole une convention de médiation ne s'expose-t-il qu'à l'obligation de payer d'éventuels dommages-intérêts à son adverse partie ou court-il le risque que sa demande soit déclarée irrecevable, voire rejetée (en l'état) par l'arbitre? (arrêt 4A\_18/2007, précité, consid. 4.3.1). Dans son deuxième arrêt traitant du même problème, le Tribunal fédéral a rappelé, à titre liminaire, que l'examen par lui sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP du grief tiré de la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage ne signifiait pas, dans son esprit, qu'un tel rattachement dicterait nécessairement la solution à adopter pour sanctionner le fait de déposer une requête d'arbitrage sans avoir accompli la démarche préalable obligatoire convenue par les parties. Soulignant derechef le caractère fort controversé de la question, il a avancé, comme l'une des explications à cette absence de consensus, le fait que les diverses solutions proposées pour sanctionner semblable violation émanaient de tribunaux ou d'auteurs provenant d'horizons juridiques différents et ne donnant pas tous la même signification aux notions de base qui entrent en ligne de compte dans ce contexte (compétence de jugement, recevabilité de la demande, exception de procédure, fin de non-recevoir, etc.). D'ailleurs, a-t-il encore noté, la formulation même de la question litigieuse, telle qu'elle a été faite dans l'arrêt précité, peut déjà prêter à discussion car elle semble vouloir opposer de manière irréductible la sanction matérielle (dommages-intérêts à payer à l'adverse partie) et la sanction procédurale (irrecevabilité ou rejet, en l'état, de la demande). Or, il n'est pas certain que les deux types de sanction ne puissent se combiner. Cela étant, a-t-il ajouté, il n'est guère possible d'affirmer qu'il existerait une tendance marquée à sanctionner la violation d'un mécanisme obligatoire préalable à l'arbitrage par une décision d'irrecevabilité *ratione temporis* de la demande au fond. Il semblerait plutôt qu'un courant doctrinal majoritaire se dessine, du moins en Suisse, en faveur de la suspension de la procédure arbitrale et de la fixation d'un délai aux parties pour leur permettre de réparer cette omission (arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011 consid. 3.4 citant POUDRET/BESSON, *Comparative law of international arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, n. 13 in fine; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *Arbitrage international*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n. 32a; CHRISTOPHER BOOG, *How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*, *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage [Bulletin ASA]*, 2008, p. 103 ss., spéc. 109). Cependant, dans l'un et l'autre cas, le Tribunal fédéral a pu laisser ouverte la question examinée ici: dans le premier, parce que la clause litigieuse n'instituait pas un mécanisme de conciliation obligatoire; dans le second, parce que ce mécanisme-là n'avait pas été violé, comme dans l'affaire jugée ultérieurement (arrêt 4A\_124/2014, précité, consid. 3.5), et que, même dans le cas contraire, la partie qui se fût prévalu de la prétendue violation, eût commis un abus de droit.

En revanche, la Cour de céans ne saurait faire l'économie de l'examen de cette question en l'espèce, puisqu'elle a conclu à la violation du préalable obligatoire de conciliation et à la bonne foi de la partie ayant dénoncé cette violation.

Le principe selon lequel la violation d'un mécanisme contractuel constituant un préalable obligatoire à l'arbitrage doit être sanctionnée a déjà été posé dans les trois arrêts susmentionnés et peut donc être tenu pour acquis (*contra*: TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2014, n. 76-79, qui exclut à tort toute sanction, tant matérielle que procédurale). Tel n'est pas le cas de la manière de sanctionner semblable violation (sur les différentes sanctions envisageables, cf. parmi d'autres: BAIZEAU/LOONG, *Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses*, in *Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide*, Arroyo [éd.], n. 46-50). Il sied d'ailleurs de rappeler, dans ce contexte, la remarque, toujours d'actualité, faite au consid. 3.4 in fine de l'arrêt 4A\_46/2011, précité, d'après laquelle on peut raisonnablement douter que la question controversée puisse recevoir une réponse adaptée à tous les cas de figure envisageables.

Cela étant, sanctionner par des dommages-intérêts la partie qui refuse de se soumettre à l'obligation de recourir à un préalable obligatoire à l'arbitrage ou de poursuivre jusqu'au bout la procédure spécifique en cours visant à favoriser un règlement du différend à l'amiable n'est pas une solution satisfaisante. Premièrement, cette sanction viendra trop tard, vidant de tout son sens l'obligation de recourir à la médiation avant d'introduire une procédure d'arbitrage. Deuxièmement, il sera difficile, sinon impossible, à la partie victime de la violation de la clause de médiation de justifier le montant du dommage subi. Il ne devrait certes pas être facile de prouver que le fait de ne pas avoir mené le processus de médiation à son terme est constitutif d'un dommage, puisque l'un des principes de la médiation est qu'il n'y a aucune obligation d'aboutir à un accord. C'est pourquoi les seules sanctions potentiellement efficaces — déclarer la demande irrecevable, la rejeter en l'état ou suspendre la cause arbitrale jusqu'à ce que le processus de médiation ait été mené à terme — sont de nature procédurale, et non pas contractuelle (DOMINIQUE BROWN-BERSET, *La médiation commerciale: le géant s'éveille*, RDS 121/2002 II, p. 319 ss., 368 s.; SAMUEL MONBARON, *La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France*, RSPC, 2008, p. 425 ss., 433).

Déclarer la demande irrecevable, voire la rejeter en l'état, et clore la procédure arbitrale n'est sans doute pas la solution la plus appropriée pour diverses raisons: d'abord et surtout, la clôture de la procédure met un terme à la mission des arbitres, si bien que le tribunal arbitral devra être reconstitué au cas où la procédure préalable de conciliation, qui devra être mise en œuvre ou poursuivie, n'aboutirait pas à la conclusion d'un accord; ensuite, la question pourrait se poser, dans cette hypothèse, de savoir si les arbitres désignés initialement par les parties sont toujours éligibles pour connaître du différend opposant celles-ci; en outre, le fait de mettre un terme au procès originaire occasionnera un rallongement de la procédure et un surcroît de coûts au détriment potentiel des deux parties; enfin, comme le dépôt d'une requête de médiation n'est pas propre à interrompre un délai de prescription, à supposer qu'une demande au fond, déposée à l'extrême fin de ce délai, soit déclarée irrecevable par le Tribunal arbitral pour cause de non-respect du préalable obligatoire de médiation, il se pourrait que la partie demanderesse, tenue de réparer cette omission, n'ait pas le

temps de terminer la procédure préalable avant l'expiration du délai dont elle dispose pour réintroduire sa demande devant un tribunal étatique ou arbitral — un mois après la déclaration d'irrecevabilité, si la demande doit être réintroduite en Suisse (art. 63 al. 1 et 2 CPC) — et que, faute d'une disposition comparable à l'art. 372 al. 1 let. b in fine CPC faisant partir la litispendance dès le moment où une partie engage la procédure de conciliation préalable convenue, elle voie sa demande écartée définitivement comme étant prescrite, sauf à avoir pris la précaution de la réintroduire au moment d'engager ou de poursuivre la procédure de médiation et d'en requérir la suspension jusqu'à l'achèvement de cette procédure-ci (cf. BOOG, op. cit., p. 109).

Force est, dès lors, d'admettre que la solution préférable est la suspension de l'arbitrage conjuguée avec la fixation d'un délai qui permettra aux parties de procéder à la conciliation, si la partie demanderesse avait introduit la procédure arbitrale sans respecter ce préalable, ou de reprendre et terminer une procédure de conciliation valablement engagée mais à laquelle il avait été mis fin indûment. Telle est aussi, on l'a vu, l'opinion majoritaire au sein de la doctrine (en plus des références précitées, voir également: BERGER/KELLERHALS, op. cit., n. 584; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, 2015, n. 5.23; BROWN-BERSET, op. cit., p. 373; GEISINGER/VOSE, *International Arbitration in Switzerland*, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 327 i.l.; MARCO STACHER, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, 2015, n. 264). Il va de soi que la suspension devra être requise *in limine litis* (BROWN-BERSET, *ibid.*). Au demeurant, le tribunal arbitral, en l'ordonnant, devra indiquer à quelles conditions la procédure pendante devant lui sera reprise et fixer aux parties un délai dans lequel le processus de conciliation devra être achevé, sauf circonstances exceptionnelles, sous peine de voir une partie récalcitrante priver sans aucune justification son adversaire de son droit d'obtenir une sentence arbitrale sur le fond dans un délai raisonnable en faisant durer le plus longtemps possible la procédure de conciliation (BOOG, *ibid.*).

2.4.4.2 Dans la cause en litige, l'intimée a engagé sans droit la procédure d'arbitrage contre la recourante alors que la procédure de conciliation de la CCI était toujours pendante. En se réservant d'emblée le droit de soulever une exception d'incompétence de ce chef, la recourante a néanmoins participé à la constitution du Tribunal arbitral. Celui-ci, désormais opérationnel, a rendu la décision présentement attaquée sans que la régularité de sa composition ait été remise en cause dans le recours en matière civile soumis à l'examen du Tribunal fédéral. Le principe de l'économie de la procédure s'oppose, dès lors, à ce que la violation, par l'intimée, du préalable obligatoire à l'arbitrage soit sanctionnée, en l'espèce, par une décision d'irrecevabilité pour cause d'incompétence *ratione temporis* du Tribunal arbitral, étant donné qu'une telle décision mettrait fin à la litispendance et contraindrait les parties à répéter le processus de désignation des arbitres appelés à statuer sur le fond du différend les opposant. Par conséquent, la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à l'achèvement de la procédure de conciliation est la solution qu'il convient d'adopter ici et qu'il est du reste possible d'adopter comme on l'a déjà indiqué. Pour le surplus, l'arbitrage étant une forme de justice privée à l'égard de laquelle l'intervention de l'Etat ne vise qu'à encadrer la mise en œuvre de l'autonomie des parties, le rôle du tribunal étatique chargé de



veiller au bon fonctionnement de cette justice-là consiste à laisser celle-ci aller son cours dans toute la mesure du possible. De ce point de vue, il paraît plus expédient d'abandonner au Tribunal arbitral, qui a la maîtrise de la procédure arbitrale pendante et une meilleure connaissance que quiconque de tous les tenants et aboutissants de l'affaire soumise à son examen, le soin d'arrêter les modalités de la suspension, puis de la reprise de la procédure arbitrale et, singulièrement, celui de fixer une limite temporelle convenable à cette suspension. Il pourra, par exemple, s'inspirer, à cette fin, des prescriptions figurant dans les clauses ADR proposées par la CCI (cf. brochure p. 5 s. et les « Clauses de médiation » publiées sur le site internet de la CCI).

Sous n. 167 de sa sentence, le Tribunal arbitral, formulant le dispositif de sa décision:

— retient sa compétence pour connaître du litige entre les Parties et rejette l'exception d'incompétence soulevée par la Défenderesse;

— déclare la demande de la Demanderesse recevable; et

— conclut que la question des frais et honoraires relatifs à la présente sentence sur la compétence sera déterminée à l'occasion de la sentence sur le fond du litige.

A considérer sa seule teneur, ce dispositif pourrait correspondre à la réalité puisqu'aussi bien tant la compétence du Tribunal arbitral que la recevabilité de la demande formée par l'intimée sont acquises. Cependant, si on le rapproche des considérants de la sentence attaquée, il apparaît clairement que ces deux points n'ont été traités qu'en relation avec « la question de la satisfaction de la procédure de conciliation », pour reprendre le titre du consid. 5.3 de la sentence, et qu'ils l'ont été erronément pour les motifs sus-indiqués. Par conséquent, il se justifie d'annuler formellement les deux premiers chefs de ce dispositif. Quant au troisième chef, il y a lieu de l'annuler également. En effet, au cas où la procédure de conciliation à poursuivre déboucherait sur la conclusion d'un accord entre les parties, il n'y aurait plus de sentence à rendre sur le fond du litige et la question du sort des frais de la procédure d'arbitrage devrait être réglée spécifiquement d'entente entre les litigants ou, sinon, au moyen d'une décision ad hoc du Tribunal arbitral. Dans le cas contraire, le Tribunal arbitral devra décider s'il entend régler par une telle décision le sort des frais relatifs à sa sentence sur compétence du 13 octobre 2015 ou, comme il l'a déjà fait dans cette sentence, ne traiter cette question qu'avec sa sentence sur le fond. [...]

### **La sanzione per il mancato rispetto di una clausola *multistep* conciliazione/arbitrato e le conseguenze per gli atti già compiuti dal tribunale arbitrale.**

1. Due società straniere avevano concluso dei contratti di associazione per la ricerca e lo sfruttamento di alcuni giacimenti petroliferi in Algeria nonché alcuni contratti di raggruppamento in vista dello sfruttamento congiunto di questi ultimi. In seguito è però sorta una controversia riguardante la risoluzione dei contratti di associazione, i quali prevede-

vano che « *tutte le controversie che dovessero insorgere fra le parti nell'esecuzione o nell'interpretazione di questo contratto, che non possano essere risolte dalle Parti, saranno inizialmente oggetto di un tentativo di conciliazione in applicazione del Regolamento ADR [...] della [CCI]. Qualora il procedimento di mediazione non si concluda con la conciliazione delle controversie, le medesime saranno risolte in ultima istanza mediante arbitrato in conformità al Regolamento di arbitrato UNCITRAL [...]* »<sup>(1)</sup>. La parte attrice dell'arbitrato ha però interrotto prematuramente il tentativo di conciliazione che si stava sperando, in base ad un giudizio unilaterale circa il suo andamento fallimentare, e si è rifiutata di essere coinvolta nel proseguimento della conciliazione nonché nel suo finanziamento. La convenuta, al contrario, si è opposta. Il Centro ADR ha così dichiarato formalmente chiusa la conciliazione ai sensi dell'articolo 6 cpv. 1 lett. f del Regolamento ADR. Contemporaneamente all'interruzione della procedura di conciliazione, la parte attrice ha però avviato un procedimento arbitrale ai sensi del Regolamento UNCITRAL. È stato tuttavia eccepito, *in limine litis*, il carattere prematuro dell'arbitrato e l'incompetenza *ratione temporis* del tribunale arbitrale. Nonostante il carattere vincolante del tentativo preliminare di conciliazione, il tribunale arbitrale ha riconosciuto, contro il parere avverso del conciliante, l'avvenuto esperimento del tentativo di conciliazione in conformità al Regolamento ADR. Il Tribunale federale svizzero, a cui la parte convenuta del procedimento arbitrale si è rivolta, ha annullato la sentenza arbitrale relativa alla competenza.

2. I giudici federali hanno confermato il carattere vincolante del tentativo preliminare di conciliazione<sup>(2)</sup> e hanno ritenuto che questo non fosse stato effettuato in conformità con il Regolamento ADR, dato che non era prevista l'interruzione del tentativo di conciliazione prima che le parti e il conciliatore non avessero discusso i termini della procedura conciliativa: « *l'intenzione delle parti [...] era, in primo luogo, quella di risolvere la controversia mediante un tentativo obbligatorio di conciliazione prima di qualsiasi procedimento arbitrale e, in secondo luogo, di confinare questo procedimento nel quadro formale e istituzionale del Regolamento ADR stabilito dalla CCI. Pertanto le parti, che si erano impegnate a rispettare questo Regolamento, si sarebbero dovute conformare ad esso prima di introdurre l'arbitrato, aspettando che tutte le fasi del procedimento di conciliazione, imposte dal Regolamento ADR, fossero esaurite. [...] Secondo l'articolo 5 cpv. 1 Regolamento ADR, infatti, le parti non possono*

---

<sup>(1)</sup> Le citazioni in italiano sono traduzioni dell'autore.

<sup>(2)</sup> Sentenza 4A\_628/2015, consid. 2.4.1: « *Si deve quindi interpretare questa clausola nel senso che le parti hanno subordinato la validità del ricorso all'arbitrato [...] all'obbligo di procedere, in via preliminare, ad un tentativo di conciliazione conforme alla procedura stabilita dal Regolamento ADR* ».

*eludere la conciliazione prima che siano discussi col conciliatore i termini della procedura di conciliazione [...]». A questo proposito, il tribunale arbitrale ha probabilmente ragione quando osserva che le parti e il conciliatore, se da un lato avevano l'obbligo di discutere della procedura ADR specifica da seguire, dall'altro, non erano tenuti a raggiungere un accordo [...] essendo però necessario che [...] almeno questa discussione fosse intercorsa tra le parti. » (3).*

Facendo riferimento al *Guide ADR* (4), il Tribunale federale ha rilevato che « *sebbene sia preferibile che questa discussione si svolga durante un incontro tra le parti e il conciliatore, può anche svolgersi tramite teleconferenza, videoconferenza o qualsiasi altra forma appropriata al raggiungimento dello scopo* ». In altri termini, se « *la concomitanza del luogo è un elemento auspicabile, la forma alternativa che potrebbe sostituire l'incontro fisico dei protagonisti dovrebbe almeno prevedere il rispetto dell'unità temporale, vale a dire, permettere un'appropriata discussione de visu tra le parti, cosicché le parti e il conciliatore possano discutere e scambiare opinioni in simultanea nonostante la distanza fisica* ». Colui che concilia deve infatti essere in grado « *di poter influenzare le parti esercitando il suo potere persuasivo in modo che esse trovino, col suo aiuto, un punto di convergenza per tentare di risolvere la controversia in via amichevole o, se hanno già concordato, sulle modalità specifiche della procedura ADR da seguire* ». Allo stesso modo, l'articolo 5 cpv. 1 del Regolamento ADR potrebbe consentire « *un confronto scaglionato nel tempo, colloqui separati tra le parti oppure tra queste e il conciliatore [...]* ». Qualsiasi sia la modalità prescelta, però, « *ci deve essere una discussione che comprenda i termini della procedura di ADR* ». Nel caso in esame, il Tribunale federale rileva che tutte le occasioni di incontro tra le parti, volte soprattutto ad individuare una possibile data per la discussione tra il conciliatore e le parti, sono state solo « *preliminari all'incontro richiesto dall'articolo 5 cpv. 1 Regolamento ADR, che però non ha mai avuto luogo [...], dato che il convenuto ha preso l'iniziativa di avviare un procedimento arbitrale nei confronti della parte ricorrente* » (5).

3. I giudici federali hanno respinto anche l'argomentazione relativa all'invocazione abusiva del tentativo preliminare obbligatorio di conciliazione, considerando sia l'atteggiamento chiaro e coerente della convenuta nel processo arbitrale, sia il fatto che l'eccezione relativa alla competenza del tribunale arbitrale non ha esentato la parte che se ne era avvalsa di rispettare gli obblighi derivanti dalla clausola compromissoria e, quindi, di

---

(3) Sentenza 4A\_628/2015, consid. 2.4.2.

(4) *Guide to ICC ADR*.

(5) *Loc. cit.*

partecipare attivamente al procedimento arbitrale. Viene inoltre ricordato che l'evoluzione del caso (nel caso specifico, le difficoltà di organizzazione della procedura di conciliazione e l'inizio del procedimento arbitrale) non pregiudica la probabilità di successo della conciliazione: « *Se bastasse [invocare tale argomento] per escludere ogni controllo a posteriori del rispetto del tentativo preliminare obbligatorio di conciliazione, ciò significherebbe ignorare il principio pacta sunt servanda e permettere ad una parte di rinnegare l'impegno da questa sottoscritto solo sulla base della sua affermazione secondo cui tale tentativo non avrebbe niente di obbligatorio se non il nome* » <sup>(6)</sup>. Purtroppo, non devono essere sottovalutate le prospettive di successo delle discussioni di transazione condotte contemporaneamente al procedimento arbitrale. Il Tribunale federale non ha però preso posizione sul possibile effetto riparatore derivante dall'inattività del convenuto discusso in dottrina.

4. Per quanto riguarda le sanzioni applicabili al mancato esperimento del tentativo preliminare di conciliazione, viene subito esclusa la sanzione pecuniaria per motivi di efficienza: « *In primo luogo, questa sanzione arriverebbe troppo tardi, cioè l'obbligo di ricorrere alla conciliazione prima di procedere in arbitrato perderebbe di sostanza. In secondo luogo, sarebbe difficile, se non impossibile [...] valutare il danno. Dimostrarne l'entità causata dal fallimento del tentativo di conciliazione non è certamente facile, dal momento che uno dei principi della conciliazione è proprio l'assenza dell'obbligo di concludere un accordo [...]* » <sup>(7)</sup>. Il Tribunale federale favorisce sanzioni di tipo processuale, eliminando pure la sanzione d'inammissibilità per motivi pratici relativi all'economia processuale ed imperativi legati all'interruzione della prescrizione: « *In primo luogo, il compito degli arbitri si conclude con la chiusura dell'arbitrato, cosicché si dovrebbe ricostituire il tribunale arbitrale qualora la procedura di conciliazione preventiva [...] non dovesse concludersi con un accordo; si porrebbe allora il problema dell'eventuale eleggibilità degli arbitri inizialmente designati dalle parti [...]; inoltre, la chiusura del procedimento originale impiegherebbe un'estensione della procedura che produrrebbe un costo aggiuntivo per entrambe le parti; infine, siccome il termine di prescrizione non viene interrotto dal deposito della richiesta di conciliazione, supponendo che una domanda nel merito, depositata all'estrema fine di questo termine sia dichiarata inammissibile dal Tribunale federale per mancato rispetto del preliminare obbligatorio di conciliazione, potrebbe succedere che l'attore, dovendo porre rimedio a questa omissione, non abbia più il tempo per terminare la procedura preliminare entro il termine*

---

<sup>(6)</sup> Consid. 2.4.3.2, citazioni omesse.

<sup>(7)</sup> Sentenza 4A\_628/2015, consid. 2.4.4.1.

a sua disposizione (per ripresentare la sua domanda presso un tribunale) [...] e [...] veda la sua domanda definitivamente rigettata per prescrizione, salvo averla introdotta nuovamente mentre si avviava [...] la procedura di conciliazione ed averne richiesto la sospensione fino all'esito della conciliazione ». Il Tribunale federale favorisce pertanto la sospensione dell'arbitrato combinata con la fissazione di un termine per esperire nuovamente un tentativo di conciliazione; specificando però che: « pertanto la sospensione deve essere richiesta in limine litis [...]. Inoltre, il tribunale arbitrale dovrà indicare in base a quali condizioni il procedimento arbitrale riprenderà nonché fissare un termine entro il quale le parti dovranno concludere la procedura di conciliazione [...] » (8).

Il lodo arbitrale relativo alla competenza è stato dunque annullato a causa dell'incompetenza *ratione temporis* del tribunale arbitrale, e la procedura arbitrale è rimasta sospesa fino alla conclusione della procedura di conciliazione ai sensi del Regolamento ADR della CCI.

5. In base al diritto svizzero dell'arbitrato, le clausole *multistep* sanciscono l'obbligo per le parti di conciliare la controversia prima di iniziare un procedimento arbitrale e la mancata osservanza del tentativo preliminare di conciliazione deve essere sanzionata « in un modo o nell'altro ». In base al principio secondo cui « tale violazione non è certo sufficientemente grave per rientrare nell'ambito dell'ordine pubblico procedurale » (art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP) ed in assenza di un possibile collegamento con gli altri motivi di ricorso limitatamente enumerati dalla legge (art. 190 cpv. 2 LDIP), l'argomento della mancata osservanza del preliminare tentativo di conciliazione obbligatorio viene collegato « *par défaut* » a quello della competenza arbitrale (competenza *ratione temporis*, art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP). In altri termini, il tribunale arbitrale adito prematuramente, qualunque ne sia la ragione, deve dichiararsi incompetente in caso di contestazione della parte convenuta, a pena di vedere l'ordinanza sulla competenza ovvero il lodo finale annullato per incompetenza *ratione temporis*. Più delicata è la natura della sanzione ed il valore degli atti compiuti da un tribunale arbitrale incompetente *ratione temporis*. Il Tribunale federale aveva finora evitato di rispondere a queste questioni, in casi in cui il tentativo preliminare di conciliazione obbligatorio non era stato convenzionalmente stabilito dalle parti (9), non era applicabile all'oggetto della causa portata in arbitrato (10), o mancavano

---

(8) Consid. 2.4.4.1, citazioni omesse.

(9) Sentenza 4A\_18/2007, consid. 4.3.3.1, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2008, 749 e ss., spec. 764 e 768. Tutte le sentenze e i decreti del Tribunale federale svizzero sono disponibili in lingua originale sul sito internet « [www.bger.ch](http://www.bger.ch) ».

(10) Sentenza 4A\_46/2011, consid. 3.4.

ragionevoli prospettive di successo della controversia (obiezione dilatoria ed abusiva) <sup>(11)</sup>.

I giudici svizzeri avevano preso in considerazione tali ipotesi, ma senza aderire ad una in particolare <sup>(12)</sup>. Questo caso è stato l'occasione per il Tribunale federale di chiarire, almeno parzialmente, la situazione.

6. Il Tribunale federale mantiene un profilo ambiguo per quanto riguarda il collegamento tra sanzione (sospensione) e conseguenze sulla competenza giuridica e funzionale (o organizzativa) residua del tribunale arbitrale. In linea di principio, le azioni di un tribunale incompetente sono assolutamente inefficaci <sup>(13)</sup>. Vale a dire che tutte le azioni del tribunale arbitrale « incompetente *ratione temporis* » sin dall'inizio dal procedimento arbitrale sono assolutamente inefficaci? Quali sarebbero le conseguenze sul procedimento arbitrale in caso di successo, anche parziale, del tentativo di conciliazione (competenza residuale parziale? riattivazione di una giurisdizione limitata?) oppure, al contrario, in caso di fallimento definitivo del tentativo di conciliazione (riattivazione di giurisdizione sospesa? conferma retroattiva alla giurisdizione originale?). Il Tribunale federale non è entrato nel merito della discussione relativa al rifiuto di considerare il ricorso (per inammissibilità) contro le ordinanze procedurali rese dal tribunale arbitrale per la continuazione dell'arbitrato in seguito al fallimento della conciliazione, per il fatto che queste ordinanze procedurali non costituiscono formalmente un « lodo » arbitrale o una decisione che implica l'ammissione della competenza arbitrale <sup>(14)</sup>. Queste domande rimangono dunque senza risposta per il momento, e il progetto di modifica del diritto svizzero dell'arbitrato non prende in considerazione il problema <sup>(15)</sup>.

L'argomento della mancata osservanza del tentativo preliminare obbligatorio di conciliazione rimane quindi collegato « *par défaut* » e, in modo artificiale, a quello della competenza arbitrale (competenza *ratione temporis*, art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP), senza pregiudicare però la competenza residua, almeno funzionale, dagli arbitri. Un collegamento per lo meno sfortunato per l'incertezza che ne risulta riguardo all'effettività degli atti presi dal tribunale arbitrale così detto incompetente *ratione temporis*, e considerando anche che, in diritto svizzero, la decisione

---

<sup>(11)</sup> Sentenze 4A\_18/2007, consid. 4.3.3.1 e 4.3.3.2; 4A\_46/2011, consid. 3.4; 4A\_124/2014, consid. 3.5, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2014, 991 e ss., spec. 1009 e 1015.

<sup>(12)</sup> Sentenze 4A\_18/2007, consid. 4.3.1; 4A\_46/2011, consid. 3.4.

<sup>(13)</sup> Sentenze 4A\_618/2015 del 9 marzo 2016, consid. 4.1; 4A\_634/2015 del 9 marzo 2016, consid. 4.1.

<sup>(14)</sup> Sentenza 4A\_524/2016 del 20 settembre 2016.

<sup>(15)</sup> Mozione 12.3012 Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale (08.417) del 3 febbraio 2012, Cons. Naz. M. Christian Lüscher, consultazione 1° gennaio-4 aprile 2017; <https://www.parlament.ch/fr>, keyword <Motion 12.3012>.

emessa senza competenza deve essere impugnata immediatamente davanti al Tribunale federale a pena di decadenza (art. 186 cpv. 3 ed art. 190 cpv. 3 LDIP).

ISABELLE FELLRATH





### **A proposito di *wing arbitrators*, di arbitri alati e di gatti che sogguardanti volano (e di altri animali.... della mia famiglia.... in senso lato e durrelliano)**

CLAUDIO CONSOLO

1. Per gli amici fedeli allo *humour* anche (e specialmente) nelle cose serie della vita sociale del diritto, risalta quest'anno il volumetto sullo arbitro volgarmente detto di parte, volumetto (*La neutralità benevola dell'arbitro di parte nel giudizio di equità*, Verona, 2017, a cura di L. Lambertini) che essi ora avranno modo di leggere, con diletto riflessivo. Il suo significato poi non avrebbe potuto essere meglio introdotto di come ha fatto il prof. Troiano, che del tema della "neutralità benevola", quale qui approfondito esperienzialmente e sociologicamente, ha così già tratteggiato i vari aspetti anche giuridici in modo che non lascia nulla a desiderare.

Eppure, forse per il contagio, non mi ritraggo all'invito di aggiungere qualche riga, anzi pochi pensieri, da un punto di vista diverso e alla evidenza senza alcun paludamento, posto che se è certo vero che su tutto ciò — ed il caso di quello che terrei a chiamare, alatamente, lo "*wing arbitrator*" è tipicamente tale, ad onta dei fiumi di inchiostro che ha originato — di cui non si può (o non si può ulteriormente senza troppe contestualizzazioni e *caveat*) parlare si dovrebbe tacere, però anche si potrà dire pur qualcosa su un piano che non sia onirico ma neppure grottescamente acquiescente. Insomma, riguardando il tema — suggerisce il volumetto stilato con cultura fantasiosa dallo avv. Lambertini — con l'occhio misterioso e sardonico dei gatti e più ancora, eh sì, di certe speciali gatte, di cui non solo Montaigne è stato tentato di divinare immagini e ironiche e sensoriali cogitazioni ed allora, forse, dovrebbe dirsi — e penso ad una certa gattina (attorno al 2001, in Scalone Castel San Pietro) Minù —: altro che parità! Del resto Tolstoj, certo non temperamento felino, ha fatto descrivere la società russa piuttosto dal cavallo Passolungo (Cholstomer).

Se il processo di cognizione (meritale) è certamente anche esperienza visuale e teatrale — quello cautelare e ancor più quello esecutivo assai meno, quello inglese è addirittura dramma di lusso in costume —, il processo arbitrale rituale, specie se collegiale (e ovviamente meno se societario) lo è in

qualche modo al quadrato (e in talune deteriori esperienze lo diviene al cubo, cioè teatro del grottesco e dell'effetto brechtiano di "straniamento", appunto): poiché il vero arbitrato "giurisdizionale" incrocia la vera e propria cosa giudicata (come chiarivano, cent'anni fa, Mortara e Carnelutti) con il carattere non solo "privato" ma "prescelto" del giudice e, se si vuole per giudice un Collegio, con una scelta... a doppia campata, anche audacemente, gravida di ponderazioni e anche di sorprese. Il pensiero corre a come — se la Russia zarista lo avesse praticato (pare di no!) — la penna deliziosa ma acre di Gogol avrebbe descritto una serie di vicende a cui ai lettori (di rado, beninteso) sarà capitato di assistere o di essere partecipi, specie negli arbitrati *ad hoc* (e specie se, come a frà Paolo Sarpi su un certo ponte veneziano, sarà capitato di dover dire "*Cognosco Stylum...*").

2. La trigonometria del diritto arbitrale (che molti vorrebbero) maggiormente "calcolabile" (più o meno) inizia già al momento della domanda di arbitrato, nella quale la scelta del "proprio" arbitro avviene in relazione a tante variabili, rese più complesse dal fatto che non si ha idea (o quasi) di chi diverrà il suo... dirimpettaio, scelto invece *ex adverso* potendo per così dire... fargli la rima. E ancora dolorosamente si ignora come i due potranno giungere a rapportarsi in quello che, probabilmente, finisce con l'essere un momento principale della opera dei primi prescelti: la individuazione del loro presidente, dell'ago della bilancia.

Benissimo Lambertini, nel ciato volume evoca (già) qui, nelle sofferte designazioni, i "campi di rapporti", per solito di rispettivo ascendente professionale e intellettuale (il pensiero corre a Weber), eppur talora però, rudemente, piuttosto di forza tentacolare e tentatrice dei poteri economico-politici, e le "traiettorie individuali", le valenze simboliche, *et coetera* sul piano della psicosociologia.

È chiaro che l'arbitrato cui venga additato il canone equitativo per la decisione (non mai per la trattazione) accresce le incognite della equazione, in cui si vorrebbe che il capitale giuridico e qui vieppiù anche culturale, e quindi di "umanità", dei decidenti primeggiasse. Per altro verso, per fare l'esempio più significativo, altrettanto vale per quei giudizi in cui appare chiaro, o almeno presumibile, che occorrerà una consulenza tecnica di ufficio, in cui le campate del ponte che condurrà alla decisione si accrescono di un arco fondamentale e sovente periglioso (il rapporto fra arbitrato e perizia è interessantissimo, come mostrato da un recente seminario romano presso la sede di Unidroit... dunque forse non a caso in via Panisperna evocatrice di scienza ammirevole, se però non si bada invece all'etimo del nome della via — si controlli per favore — e al rischio che esso evoca).

E le scenografie teatrali, seppur con un pubblico ridottissimo, proseguono via via: mi limito a qualche visione a caso: gli avvocati e magari addirittura i due arbitri davanti alle "*appointing authorities*" in caso di fallimento della

loro diciamo autodichia, i mutamenti di certi collegi difensivi a *panel* arbitrale infine rivelato o, al contrario e all'apologo della innaturalità, le dimissioni dell'arbitro designato *ab initio* dall'attore per potergli dare un più acconcio sostituto dopo le evoluzioni nella formazione del *panel* decidente! la comparizione personale delle parti e talune scivolate che ne possono sortire, la discussione in loro presenza o assenza sulla natura dello arbitrato e l'invito a chiarirla, o mutarla, ove i termini, obsoleti, rituale e irrituale volteggiano nel vento dei mutamenti (non molti) e dei diversi accenti (o quanti!) giurisprudenziali, delle loro regole di default, delle evocazioni della volontà di parti lontane nel tempo o disinformate e planano verso apici di *wishful thinking* nei casi in cui figurino anche espressioni ineffabili del tipo "secondo diritto e giustizia" oppure "con amichevole composizione", etc. Ovviamente, poi, sovengono le auscultazioni testimoniali con il dubbio che i normali presidii — giuramento, per impoverita che ne sia divenuta la formula, ammonizioni, confronto fra testi distonici e infine sanzione penale — non possano operare affatto o, al più, operino in guisa assai scipita. Per finire con la sciarada della autentica personalità e presenzialità della deliberazione dei provvedimenti ed almeno dei lodi, *et coetera*. E il resto nol dico. Già ognuno lo sa.

Un teatro un pò di Corte, senza un gran pubblico certo (ma del resto non lo si vuole più neppure nei processi statali, neppure in ultimo grado, checché sembri dire l'art. 6 Cedu, di cui vari anni addietro importò saggiare il rapporto appunto con il processo arbitrale), un teatro che non trova finora il suo disvelante Shakespeare che pure viveva ed operava presso le tante (allora ben più delle quattro odierne) *Inns of Court* (i colleghi che si dedicano alacremente a fare, o a incrociare con il diritto, la narrativa, perché finora sembrano aver trascurato il sapido campo degli arbitrati e dei loro retroterra?). Un teatro infine senza regista alcuno (ed è bene sia così, anche nell'arbitrato amministrato) e senza neppure una vera critica teatrale, complice il dogma comodissimo della assoluta privatezza degli arbitrati e financo dei lodi, di fatto non pubblicabili e non "sondabili". E questo non è bene.

Eppure teatro perché ciascuno opera sempre in vista degli altri, anche se non sempre, per fortuna, porta addirittura una maschera. Forse non è del tutto vero, anche per questo verso, ciò che pur acutamente ci dice Francesco Benatti ossia che i processualisti si sono impadroniti dell'istituto e lo verrebbero addirittura snaturando: una certa qual sua natura più elastica del processo statale appare saldamente presidiata da fattori di costume, di tradizione, di psicologia, financo di storia e, solo a tratti, di natura stessa della cosa. Pur chi evoca, ancor recentemente e forse un poco rugiadosamente, "la imprevedibile dolcezza della procedura" (che ricolma la borsa di miss Flyte, e si lascerebbe accostare alla pratica della prospettiva nel Paolo Uccello... notturno), dovrà pur ammettere che varie cose non tornano nel dilagante amore per la novella "*forms of action*".

3. Quel che, anche scontatamente, si vien dicendo vale infatti similmente in tutti i contesti ed in tutti gli ordinamenti? Certamente no, e trovo un poco eccessivo infatti parlare (e temere quasi l'avvento) di un farisaico puritanesimo arbitrale anglosassone, là dove taluni aspetti educazionali fra cui anche non tanto gli asciutti climi protestanti (sono assai vari, infatti) quanto la lontananza da certi insalubri umidori di sagrestie e congreghe (di nuovo *Cognosco* — ed *agnosco* — *stylum* ....., pur senza evocare il vecchio settore delle opere pubbliche in cui Pantalone moriva sempre) cambiano alquanto ed in meglio le cose di cui, con onirica sprezzatura, veniamo almanaccando. In ciò spronati dalle certo non reticenti pagine di Lambertini e di Benatti, senza che la puntuale e garbata introduzione di Troiano — cui interamente *ex cathedra* aderiamo — ci inibisca in questa veste rustica e dilettantesca di inanellare queste men che rigorose, proprio in quanto reminiscenti, annotazioni, con gaddiane espressività e financo con il suo intrigo di sintassi. Quante vie Merulana e quanti “Pasticciacci”!

Ma insomma, chè tanto altro soverrebbe alla mente della nostra antica Minù, gatta osservatrice, cosa si può fare per rendere meno turgida di incognite e di rischi la scena? O meglio per portarvi in primo piano, e togliere dal retroscena, un bel pò di quelle pittoresche ma non di rado moleste variabili (ed infatti in Italia, sia chiaro, gli arbitrati non solo non decollano ma tendono a diradersi, anzi a ritrarsi; e forse a ragion veduta). E questo al di là di tante retoriche e di una letteratura giuridica tanto cresciuta per quantità rispetto all'epoca — quella di Vecchione, Schizzerotto, Carnacini, Minoli, e davvero pochissimi altri — in cui iniziamo ad accostarci a questa “figura *juris*” strana fin nel nome e nel suo etimo, oggi analizzata in sterminate ed incalzanti bibliografie. Solo in questo senso va ammessa la appassionata invasione in effetti soprattutto da parte dei processualciviliisti, molto spesso anche dei giovanissimi e talora un filino... ignari, del mondo non del diritto (beninteso).

4. Qualche modesto consiglio, a questo punto, per prevenire, sia pure a costo di rendere tanto più prosaica e meno rutilante e acrobatica la esperienza. Il più è da tempo sul tappeto ma stenta a trovare fattivi ascoltatori, per varie ragioni di *habitus* su cui, se del caso, meglio ci si potrà intrattenere in incontri dal vivo di psicopatologia del tema. Eccone dunque un primo set:

— pubblicare tutti i lodi, al pari delle sentenze (salvo quelli irrituali che son contratti *ergo* davvero cosa privata, e dovrebbero essere eccezionali), seppur debitamente anonimizzati quanto a parti e peculiarità sensibili del caso;

— potenziare l'arbitrato (ben) amministrato, ma senza moltiplicare a dismisura le camere arbitrali e certune tendenze autonomistiche, anzi realizzando, fra quelle sorte in ambienti pubblicistici, maggiori e più snelle interrelazioni;

— non rifuggire, assecondando varie ragioni pur addotte in tal senso,

realistiche o mitiche che volta a volta siano, dalle esperienze di arbitro unico, cui in grazia del tanto risparmio di tempo, di affanni e di rischi di sviamenti non dispiacerà di non poter venire apostrofato con l'ambito, seppur temporaneo, titolo di Presidente (per taluni quasi inebriante, seppur — se ne converrà — meno elegante di *Chairman*).

Così non solo si spende molto meno, ma di solito, se la scelta è sagace, si avrà un esito ancor più attento alle esigenze, sartoriali spesso suol dirsi, del caso concreto; inoltre gli avvocati vedranno potenziato il loro ruolo di diretti interlocutori del giudicante; una variante marcata, ma alla fine equipollente, è quella di prevedere, già ad opera delle parti non ipocrite, due arbitri su tre dichiaratamente e quindi anche paritariamente partigiani (quegli stessi che magari avevano invano tentata la conciliazione) secondo un modello, non a caso, di ascendenza anglosassone, ispirato ad una esigenza di trasparenza e *truthtelling*. Non ipocrita, lodevole anzi.

— In caso di collegialità, pur in presenza di liti a spiccato gradiente tecnico metagiuridico, rifuggire dalla frequente soluzione di avere due legali *a latere* ed un capace tecnico al centro (che, per capace che sia, rischia venire irretito da uno o anche da entrambi i suoi eterogenei interlocutori: ricordo un antico caso in cui un presidente ingegnere, forse sedotto dal fascino dell'ignoto, definì il caso con un bel difetto di interesse ad agire, beninteso invocato del tutto fuor di luogo quale che sia la dottrina seguita su tale condizione della azione e poi annullato, con anni di perdita di tempo e di spese). Potrebbe talora funzionare invece la soluzione inversa, in cui i due tecnici-arbitri *a latere* dialogheranno fra loro un poco al modo degli *expert witnesses* di matrice anglosassone — frequenti negli arbitrati che si ispirino alle IBA Rules — e il terzo, dal loro dialogo, capirà chi meglio seguire sui dissensi fino in fondo davvero inconciliabili, mentre assicurerà la necessaria tenuta giuridica della decisione.

— Pubblico e privato nell'arbitrato rituale, ossia nell'arbitrato *tout court* (l'altro è solo contratto e vera specie di ADR), esprimono piani valutativi compresenti e dopo tutto convergenti. Non vi è antagonismo e quindi non si può vedere l'arbitro *a latere* come una proiezione solo privatistica all'interno di un organo indubbiamente giudicante, teso all'accertamento e non alla semplice composizione della lite; in guisa allora da generare soddisfazioni, o più spesso scontenti, tendenzialmente paritari. Secondo il vanto di alcuni *frequent players* della giustizia arbitrale.

— Nella designazione di parte dei futuri *wing arbitrators* ci si attenga pure alla idea sintetizzata — asciugando fiumi di inchiostro — nella formula indipendenza seppur non del tutto equidistante, Lambertini direbbe strabicamente benevola, rendendosi ben conto che tutta un'altra cosa è la parzialità e sovente anche controproducente (almeno quando non venga a mancare la vera congruenza e rettitudine del terzo arbitro ed *hic sunt leones e leones... antiqui*). Chiaro sia che tutti gli arbitri ricevono e accettano un mandato da tutte le parti, mentre bilaterale è solo la designazione di taluni fra loro, che è

cosa ben differente: ogni faziosa parzialità implica quindi inadempimento di quel mandato e intorbida la funzionalità del rapporto arbitrale. *De lege lata* i rimedi sono vari, più o meno efficienti, e così le sanzioni alla persona e magari anche all'atto, ma è dovere del terzo arbitro e del dirimpettaio del fazioso rendersi elegantemente sordi ad ogni proposta e profferta, anche subliminale, ispirate dal diffuso gusto non di giudicare ma di far vincere, qualunque di quel gusto sia la scaturigine, magari... solo competitiva e sportiva.

— Infine, neppure l'arbitrato di equità si sottrae a tali orientamenti, salvo che in esso (e per altro verso, come sopra accennato, negli arbitrati ad alto gradiente tecnico) si comprende alquanto meglio il *favor* per la collegialità — e quindi per avvicinamenti progressivi — e forse anche per una certa qual maggiore *seniority* dei designandi, che ne corrobori la familiarità e finezza comparativa delle (e fra le) situazioni (secondo la nota interazione fra la equità e il canone del *distingue frequenter*, ancor più di quanto la legge positiva possa mai ambire a fare).

— *Lastly*, poiché la patologia esiste... eccome, devi chiedere con più fermezza e costanza un serio, ma veloce, grado di *judicial review of the awards* (rituali od anche irrituali): da qualche lustro, a parte la nota insindacabilità degli errori di diritto sostanziale che non trasmodino in violazione dell'ordine pubblico (molti spunti, seppur in diverso contesto, da ult. in Hazelhorst, *Free movement of civil judgments in the European Union and the right to a fair trial*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2017), le nostre Corti di appello mostrano di volersi troppo ritrarre da ogni intensa forma di verifica, salvi i più gravi errori meramente procedurali: all'insegna, più o meno, del motto "questa è la bicicletta che hai voluto" (abbia o meno essa il sellino), la impugnativa per nullità vien rigettata circa in nove casi su dieci, seppur — si nota — dopo aver non di rado sospesa cautelatamente per vari anni la esecutività del lodo (massimizzando così spese e guasti per le parti) e magari per iscritto od oralmente, non lesinando critiche all'operato degli arbitri, alla fine tuttavia quasi sempre omologato (e la Cassazione poi conferma ossia rigetta i ricorsi, nel progetto Alpa sulle ADR si propone quindi di abolire il passaggio presso le Corti di appello, tanto i lodi vengono calando di numero). Se non si intende male il senso della intera operazione, quasi sanzionatoriamente per le parti ancora sensibili al fascino dell'antico mito dell'arbitrato. Qualche annullamento in più farebbe bene all'arbitrato, per paradossale che possa sembrare.

— Può allora la prassi e la virtù del nostro caro (in ogni senso) arbitrato, almeno di quelli nazionali, fiorire in un tale contesto?

## I tribunali arbitrali <sup>(1)</sup> presso le Camere di commercio. Riflessioni dopo la riforma (d.lgs. n. 219/2016)

BRUNO CAPURSO

1. *Premessa.* — A seguito della emanazione del d. lgs. n. 219/2016 <sup>(2)</sup> sul “*riordino delle funzioni e del finanziamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*”, che ha novellato la legge 29-12-1993, n. 580, succ. mod. con d. lgs. 15-2-2010, n. 23, è stato apportato a questi Enti un ulteriore rimaneggiamento <sup>(3)</sup>, che ha riguardato, tra l’altro, l’ambito della risoluzione alternativa delle controversie (cd. Alternative Dispute Resolution) comprendente le figure dell’arbitrato, della conciliazione e della mediazione <sup>(4)</sup>.

A questo particolare riguardo, la Relazione <sup>(5)</sup> illustrativa del decreto legislativo in esame chiarisce che, nel quadro di una generale “*ridefinizione dei compiti attribuiti ... rimane la possibilità per le camere di commercio ... di svolgere attività oggetto di convenzioni con le regioni e altri soggetti pubblici e privati*” riguardanti, tra l’altro, l’ambito della risoluzione alternativa delle controversie, “*fatte salve le convenzioni in corso o da completare*”.

Tale sintesi dell’intervento riformatore non dà conto, però, di un aspetto della modifica concernente l’elenco delle funzioni delle camere di commercio contenuto nell’art. 2 legge 29-12-1993, n. 580, rubricato “*Compiti e funzioni*”,

---

<sup>(1)</sup> La definizione è tratta dai Regolamenti di arbitrato amministrato delle CCIAA e li si è qualificati “non permanenti” (v. *infra*) per il carattere temporaneo che essi, previsti astrattamente, assumono volta a volta in concreto per il tempo che dura ogni procedimento arbitrale di cui sono investiti (ovviamente anche nella forma di arbitro unico). La questione aperta in questo scritto concerne la legittimazione di queste figure — sia per i procedimenti arbitrali in corso sia per eventuali procedimenti da iniziare — nel periodo di transizione fino alla messa a regime delle convenzioni per la gestione degli arbitrati, come previsto dalla riforma.

<sup>(2)</sup> Pubblicato in GU n. 276 del 25-11-2016 e in vigore dal 10-12-2016.

<sup>(3)</sup> Già la l. 29-12-1993, n. 580 recava un “*Riordinamento*” delle CCIAA rispetto alla loro precedente regolamentazione risalente al d. lgs. l. 21-9-1944, n. 315 che, a sua volta, le aveva ricostituite dopo la parentesi dei “*Consigli provinciali dell’economia corporativa*” (r.d. 29-9-1934, n. 2011), sostituiti alle camere di commercio e industria del R.d. 4 gennaio 1925 n. 29.

<sup>(4)</sup> Una particolare posizione hanno la mediazione e la conciliazione (cfr. art. 1 d. lgs. 28/2010).

<sup>(5)</sup> Approvato dal Governo il 09.11.2016; si trova in: <https://sites.google.com/site/ecosistemacamerale/riforma-delle-camere-di-commercio>.

che si può cogliere comparandone la versione previgente e quella novellata della *lettera g*) del comma 2<sup>(6)</sup>, le cui rispettive formulazioni presentano un contenuto completamente differente. Nella prima, infatti, si definiva in quel punto lo specifico *compito* attribuito alle camere come consistente nella “*costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti*” mentre nella seconda con espressione redatta in forma più ampia ed articolata, è definita la *funzione* come relativa a, “*ferme restando quelle già in corso o da completare, attività oggetto di convenzione con le regioni ed altri soggetti pubblici e privati stipulate*”<sup>(7)</sup> *compatibilmente con la normativa europea. Dette attività riguardano, tra l’altro, gli ambiti della digitalizzazione, della qualificazione aziendale e dei prodotti, del supporto al placement e all’orientamento, della risoluzione alternativa delle controversie. Le stesse possono essere finanziate con le risorse di cui all’articolo 18, comma 1, lettera a), esclusivamente in cofinanziamento con oneri a carico delle controparti non inferiori al 50%*”.

Visto da questa angolazione e limitando l’osservazione al particolare ambito della “*risoluzione delle controversie*”, l’intervento riformatore consiste: - a) nella eliminazione di una disposizione contenente unicamente la definizione della competenza istituzionale attribuita alle camere di commercio di costituire propri organismi per l’esercizio delle funzioni relative alla materia in argomento; - b) nella sostituzione di tale disposizione con una articolata regolamentazione delle modalità di esercizio (regime di convenzione e cofinanziamento con regioni ed altri enti) di una serie di attività in vari ambiti tra i quali quello della risoluzione alternativa delle controversie.

2. *Le questioni.* — Questa modifica normativa comporta un doppio ordine di questioni riguardanti, per un verso, le conseguenze della eliminazione di cui *sub a*) sulla sopravvivenza degli organismi già costituiti e funzionanti in tutte le camere e sulle attività che tali organismi possano avere in corso e, per altro verso, l’avvio dell’esercizio delle funzioni relative alla risoluzione alternativa delle controversie secondo il nuovo regime di convenzione e cofinanziamento.

La seconda questione può essere per intanto accantonata, poiché i relativi problemi saranno risolti con nuove iniziative statutarie e regolamentari in

---

<sup>(6)</sup> Diventato in realtà il n. 1 in quanto l’originario comma 1 è stato abrogato: cfr. art. 1, comma 1, lett. b) d. lgs. 219/2016.

<sup>(7)</sup> Qui, non può farsi a meno di rilevare che l’uso del plurale “*stipulate*” sembra esprimere una concordanza con “*le attività*” — che, però, non si stipulano — mentre il senso della frase ne indica una concordanza piuttosto con “*convenzione*”, che è al singolare. Se così è, come è più logico, il fatto si potrebbe spiegare con una disattenzione nel *collage* in sede di redazione della norma in quanto, come risulta dai lavori parlamentari (v. in <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmNlY29zaXN0ZW1hY2FiZXJhbGV8Z3g6Njc0NDU2ZjY2YmMxNGQ5Yg>) alla sua prima stesura, che si fermava a “*privati*”, è seguita quella definitiva con l’inserimento della frase “*stipulate compatibilmente con la normativa europea*”.



base ad indicazioni ministeriali, cui rinvia l'art. 4 d. lgs. 219/2016, e con riferimento ad esperienze già esistenti e regolamentate (ad es. art. 3, c. 2, lett. e, legge n. 84/2006 in materia di tintolavanderia).

In realtà, i problemi reali la cui esigenza di soluzione è maggiormente impellente si prospettano con la prima questione e concernono, innanzitutto, le “*commissioni arbitrali e conciliative*” scomparse dalla l. 580/1993 riformata, tenuto anche conto che manca nel d. lgs. 219/2016 una specifica disciplina transitoria relativa a questa nuova situazione normativa.

A tale ultimo proposito, a meno di non voler considerare l'espressione “*ferme restando quelle già in corso o da completare, ...*” come disposizione transitoria riferita alle attività delle “*commissioni*”, mentre essa si lega chiaramente all'immediato seguito della frase: “*... attività oggetto di convenzione*”, si deve rilevare la mancanza di indicazioni in merito alle “*commissioni*” stesse a cominciare dalla loro individuazione nel novero degli organismi che nelle camere di commercio ruotano attorno all'esercizio delle funzioni relative alla risoluzione alternativa delle controversie, per passare alla sorte di tali organi.

3. *Gli organi interessati dalla riforma in tema di arbitrato amministrato: i Tribunali arbitrali - le Camere arbitrali.* — Va premesso, in breve, che il termine “*commissione*” è usato in via generale per denominare organi amministrativi collegiali che esercitano attività di carattere para-giudiziario, nel senso di organi esterni all'ordine giudiziario che, pur non potendo essere giudici speciali per divieto costituzionale (ad es. le Commissioni amministrative provinciali, organi di giustizia amministrativa antenate dei Tribunali Amministrativi) comunque emettono giudizi su talune specifiche controversie e per i quali è ovviamente escluso l'appellativo di “*tribunali*” proprio per la loro netta differenza dagli organi di giustizia ordinaria; così come accade, ad esempio, per le Commissioni tributarie che pure sono organi di “*giustizia tributaria*” ed i cui procedimenti sono governati in massima parte dalle norme del codice di procedura civile.

Ciò detto in linea (necessariamente) approssimativa, volendo qui far riferimento ad un tale genere di organi operanti presso le camere di commercio, si rileva che nella normativa statutaria e regolamentare di queste ultime, concernente fondamentalmente l'arbitrato amministrato<sup>(8)</sup>, non viene recepito il termine di “*commissioni arbitrali*” — come pure sarebbe stato giustificato dalla fonte legislativa in argomento — ma sono usate le denominazioni di “*camere arbitrali*” e “*tribunali arbitrali*”, con terminologia ispirata probabilmente alla giustizia arbitrale internazionale, per definire rispettivamente gli organi di “*gestione ed amministrazione*” dell'arbitrato e gli organi di “*esercizio della funzione arbitrale*”.

---

<sup>(8)</sup> Per la conciliazione v. nt. 3.

Pertanto, al di là della terminologia, ai fini della individuazione degli organi corrispondenti alle “*commissioni arbitrali*” della disposizione riformata in argomento è da optare per il riferimento ai “*tribunali arbitrali*”, data la stretta analogia funzionale tra le due figure, resa evidente dal contenuto dalle rispettive disposizioni che le riguardano.

Conseguentemente, l’attenzione sulle conseguenze della riforma in termini di eliminazione della competenza alla costituzione in autonomia di organi arbitrali deve essere focalizzata sui “*tribunali arbitrali*” esistenti ed operanti presso le camere di commercio in virtù della disposizione riformata.

Mentre per quanto riguarda le “*camere arbitrali*”, si tratterà di modificare funzioni e competenze interne a livello statutario e regolamentare in base alle modifiche ordinamentali di carattere generale delineate nell’art. 4 d. lgs. 219/2016.

Poiché manca, come si è già rilevato, una specifica normativa transitoria, può essere utile far ricorso ai lavori preparatori allo scopo di trarne qualche possibile indicazione sulla soluzione del problema.

A tale proposito, la Commissione speciale — atti normativi del Consiglio di Stato <sup>(9)</sup> nel suo parere sullo schema del d. lgs. in esame, tra le osservazioni mosse aveva significativamente suggerito, alla lettera c) del paragrafo relativo all’art. 2, che “*alla lettera g) del comma 2, che disciplina le attività in convenzione, andrebbe chiarito che l’elencazione degli ambiti oggetto di convenzione non è tassativa ma esemplificativa, e che le attività possono essere svolte in autonomia dalle camere di commercio anche senza necessità di convenzione*” ammonendo che “*si produrrebbe al contrario un appesantimento operativo ad esempio in materia di risoluzione alternativa delle controversie, attività che le camere svolgono anche al di fuori di convenzioni*” <sup>(10)</sup>. A tali osservazioni si era richiamata, inoltre, la Commissione X del Senato nel suo parere (atto 327, all. 5) <sup>(11)</sup> ribadendo l’opportunità del chiarimento in questione.

Tuttavia, non si hanno validi punti di riferimento interpretativi poiché, al riguardo, non è stato dato alcun seguito da parte del legislatore delegato, che ha ignorato del tutto le osservazioni che precedono, limitandosi a prenderne in considerazione altre <sup>(12)</sup>.

4. *Problematiche della questione concernente i Tribunali arbitrali.* — Nella sostanza, la modifica in argomento potrebbe essere letta anche in termini di ritorno alla originaria regolamentazione, risalente all’art. 2, comma 4, lett. a) legge 29-12-1993, n. 580 prima della riforma del d. lgs. 15-2-2010, n.

---

<sup>(9)</sup> Parere obbligatorio nell’iter di approvazione dello schema del decreto legislativo, emesso nell’adunanza del 14-9-2016; n. 2155 e pubblicato in data 20-10-2016 - [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>(10)</sup> Testo del parere pag. 56-57, sub art. 2.

<sup>(11)</sup> Sub lett. v) n. 2, in <https://sites.google.com/site/ecosistemacamerale/riforma-delle-camere-di-commercio>.

<sup>(12)</sup> Cfr. Relazione definitiva pag. 4 sub art. 2 per il CdS e pag. 11 per la X Comm.

23, che prevedeva soltanto la possibilità per le camere di commercio di “*promuovere*” la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative.

A tale proposito, in sede di commento di tale intervento riformatore era stato rilevato che anche prima di esso le camere avevano “*creato una consistente rete di camere arbitrali per gli operatori anche senza un esplicito riconoscimento legislativo*”<sup>(13)</sup>. Ma, in realtà, se la scomparsa di questi organismi nella normativa novellata non sembra poter avere il significato di una loro eradicazione, data l’evidente esigenza strumentale che essi assolvono nella economia funzionale dell’attività finalizzata alla risoluzione alternativa delle controversie, non si può trascurare il fatto che la riforma ha inteso prospettare una evoluzione delle attività delle camere di commercio in tema di *risoluzione alternativa delle controversie*, considerate qui con particolare riguardo all’arbitrato amministrato, per l’esercizio delle relative funzioni dei tribunali arbitrali, che debbono essere gestiti ed amministrati in regime di convenzione e finanziamento adeguando a queste nuove modalità statuti e regolamenti.

Nelle more dell’adeguamento normativo, se le camere arbitrali in quanto organi di amministrazione permanenti delle camere di commercio, insieme ai regolamenti che ne sono la fonte, possono godere della *prorogatio* prevista dalle disposizioni transitorie dell’art. 4, c. 3 d. lgs. 219/2016, che richiamano anche le analoghe disposizioni degli artt. 2 e 3, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del d. lgs. n. 23/2010, non altrettanto sembra potersi dire dei “*tribunali arbitrali*”, che sono organismi non permanenti ma costituiti caso per caso e la cui costituzione non può più avvenire se non nel regime di convenzione e cofinanziamento, secondo la riforma.

Concludendo sul punto, seguendo la lettera della legge non sembra potersi richiamare la situazione precedente, secondo l’ipotesi formulata innanzi, poiché se nel precedente quadro normativo sussisteva la possibilità per le camere di commercio quantomeno di “*promuovere*” la costituzione dei “*tribunali arbitrali*”, nel contesto della legge n. 580/1993 come novellata dal d. lgs. n. 210/2016 non si rintraccia alcuna legittimazione in capo alle camere stesse per esercitare attività nell’ambito della risoluzione alternativa delle controversie, in particolare dell’arbitrato amministrato, se non nel nuovo regime di convenzione e cofinanziamento.

Alternativamente: la stessa Unioncamere, esercitando le sue competenze e rifacendosi agli autorevoli suggerimenti del Consiglio di Stato e del Senato, richiamati in precedenza circa il carattere esemplificativo della elencazione degli ambiti oggetto di convenzione, potrebbe ritenere che le attività dei tribunali arbitrali possano continuare ad essere svolte dalle camere di commercio in autonomia anche senza necessità di convenzione e spingersi, quindi,

---

<sup>(13)</sup> La constatazione è a pag. 7 della Relazione di UNIONCAMERE al *Regolamento di arbitrato amministrato delle Camere di commercio* (maggio 2007).

a ritenere legittimo consentire di far continuare alle CCIAA, in fase di transizione, l'attività di arbitrato amministrato dei tribunali arbitrali avendo però riguardo al regime di finanziamento dell'attività per le ovvie implicazioni di bilancio (che la riforma ha ridimensionato); ovvero, chiedere direttive al Ministero competente.

A tale riguardo, può essere utile rilevare che nella Relazione illustrativa del decreto legislativo in esame non è stata data alcuna risposta alle osservazioni formulate in taluni pareri e audizioni<sup>(14)</sup>, con le quali si suggeriva di chiarire che, per l'esercizio delle attività dei tribunali arbitrali nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie, il regime di convenzione e cofinanziamento non fosse da intendere come tassativo ma avrebbe potuto continuare anche in via autonoma, in quanto i costi dei tribunali arbitrali sarebbero coperti da tariffe e diritti secondo quanto già previsto da altre disposizioni normative.

---

<sup>(14)</sup> Con riferimento alla X Commissione Senato pag. 16. Nello stesso senso anche le osservazioni di Unioncamere (audizione dell'11-10-2016, pag. 8) e Rete Imprese Italia (audizione del 5-10-2016, pag. 9).

### **Osservatorio sulla Giustizia Civile - Laboratorio su giurisdizione e ADR: il Documento della Avvocatura dello Stato**

*Nell'ambito dei lavori preparatori per la XII Assemblea nazionale degli osservatori sulla Giustizia civile svoltasi a Roma nei giorni 19-21 maggio 2017 presso la Corte di Cassazione sul tema "Giustizia diffusa e condivisa: confronto e collaborazione nella risoluzione dei conflitti", l'Avvocatura Generale dello Stato ha collaborato con magistrati, avvocati del libero foro ed esponenti del mondo accademico all'interno del gruppo di lavoro "Giurisdizione e ADR", ed elaborato un documento in cui ha chiarito il ruolo che l'Avvocatura dello Stato può svolgere in questa fase di applicazione degli strumenti di Alternative Dispute Resolution, con particolare riferimento alla mediazione civile e commerciale e alla convenzione di negoziazione assistita.*

*Il documento, che si stima di particolare rilevanza, si caratterizza sia per la parte (negativa) che propriamente evidenzia i profili di incompatibilità della normativa riguardante mediazione e negoziazione assistita, modellata sulla figura dell'avvocato del libero foro, con il peculiare statuto del public attorney, pubblico ufficiale preposto alla cura di interessi generali; sia per la parte autenticamente (pro-)positiva, laddove, specie attraverso adeguamenti interpretativi della stessa normativa, si sviluppano linee guida per individuare le cd. "regole operazionali", destinate a tutti gli attori giudiziali: è qui, in sintesi, il tentativo di realizzare (anche) da parte dell'Avvocatura erariale, in un'ottica di leale confronto e collaborazione, quella che sempre più spesso è invocata come "giurisdizione condivisa".*

*Il testo, nella versione di seguito pubblicata, è dovuto alla redazione del vice Avvocato generale Massimo Salvatorelli e dell'avvocato dello Stato Gaetana Natale. [FERRUCCIO AULETTA]*

LA PARTE PUBBLICA IN MEDIAZIONE E NEGOZIAZIONE  
ASSISTITA: RIFLESSIONI GENERALI  
IL RUOLO DELLA AVVOCATURA DELLO STATO

Negli ultimi anni, come noto, anche nell'ordinamento processuale italiano si è assistito alla introduzione di varie misure volte a garantire i principi costituzionali in tema di celerità ed effettività della tutela giurisdizionale, attraverso metodi alternativi per la prevenzione del contenzioso e la risoluzione delle controversie (cosiddetti "ADR": *alternative dispute resolution*).

Nel regolamentare tali procedure (e si pensa qui, in particolare, alla mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al D. Lgs. 04.03.2010 n. 28, al D.L. 12.09.2014, n. 132 in tema di degiurisdizionalizzazione e definizione dell'arretrato in materia di processo civile, che regola il trasferimento dei procedimenti pendenti in sede arbitrale e la negoziazione assistita, al D. Lgs. 06.08.2015, n. 130 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori), mezzi di portata generale ed applicabili in linea di principio a tutti i soggetti potenzialmente parti di una controversia, assai di rado, però, il Legislatore si è posto nell'ottica delle modalità di applicazione degli stessi ai soggetti pubblici. Basta pensare, a questo proposito, alla presenza di norme "premiali" con riflessi tributari per le parti che si accordano; agli obblighi relativi alla informazione che il difensore deve fornire alle parti assistite; a quelle disposizioni che presuppongono la iscrizione del difensore stesso all'albo professionale, per comprendere che siamo in presenza di previsioni evidentemente non applicabili alle parti pubbliche e ai loro difensori; e d'altro canto, le disposizioni del diritto dell'Unione che sono in gran parte ispiratrici degli ADR sembrano anch'esse escludere la presenza nelle controversie in atto o in potenza di una parte pubblica.

Ora, le peculiarità che innegabilmente caratterizzano l'operare di tali soggetti, e in particolare le modalità con le quali gli stessi sono assistiti e difesi in giudizio, hanno creato e creano una serie di problemi concreti, dei quali si è dovuta fare carico anche l'Avvocatura dello Stato, difensore *ex lege* delle Amministrazioni statali e di altri enti pubblici, finendo col dare talvolta l'impressione di un preconetto rifiuto di tali strumenti: rifiuto che invece, a ben vedere, non c'è.

Tali vie alternative non possono non essere viste anche dalla parte pubblica come fondamentali, potenzialmente decisive per il raggiungimento di scopi (generali e particolari) certamente condivisi. Ma un reale contributo alla loro effettività anche nei confronti di quelle parti non può che passare attraverso una condivisione delle difficoltà che essi pongono.

Un costruttivo confronto dialettico tanto con il Foro libero quanto con la Magistratura, finalizzato ad una intelligente, reciproca comprensione delle problematiche — problematiche reali, e non mero "scudo" sintomatico di un gretto rifiuto della novità —, può e deve allora contribuire a rendere quegli

strumenti realmente utili ed efficaci per il raggiungimento delle fondamentali finalità di abbattimento del contenzioso.

Altrimenti, è inutile nascondere, la mancata “reciproca comprensione” non può che condurre ad un risultato addirittura opposto, costituendo gli strumenti ipoteticamente deflattivi un passaggio meramente formalistico, utile solo ad un ulteriore allungamento dell’*iter* processuale: il che sarebbe una sconfitta per tutti, anche, e si vorrebbe dire in primo luogo, per il soggetto per definizione portatore di interessi collettivi.

\* \* \*

L’atteggiarsi delle Amministrazioni pubbliche nei confronti degli strumenti deflattivi del contenzioso è caratterizzato da due ordini di distinte problematiche, da affrontare e risolvere con approcci diversi.

Vi è, per così dire, un aspetto “soggettivo”: meno serio, certamente, sotto il profilo giuridico, ma tutt’altro che trascurabile, poiché può costituire di fatto un ostacolo difficilmente sormontabile: il timore che nutre il funzionario pubblico nell’addivenire ad una composizione della controversia.

E ciò per due ordini di ragioni.

Uno, per così dire, è psicologico, e di “educazione”: spesso, i vertici delle Amministrazioni — quelli che, naturalmente, si trovano a dover assumere la decisione finale sulla definizione della controversia avendo la disponibilità del diritto — provengono da una formazione culturale tradizionalmente sospettosa di fronte ad accordi che precedano o sostituiscano una statuizione giurisdizionale.

L’altro, al primo collegato, ma ben più concreto, è costituito dal timore che concludere una transazione possa essere per il funzionario fonte di responsabilità. E occorre dire che l’assunzione di atteggiamenti rigidi da parte del Giudice contabile cui non di rado si è assistito possono avere decisiva influenza in questo senso.

Sono, questi due profili “soggettivi”, aspetti sui quali si può certamente lavorare, e l’Avvocatura dello Stato a questo fine concretamente si sta impegnando. Occorre cioè far comprendere che una buona, o comunque una ragionevole transazione, lungi dal comportare responsabilità, può anzi prevenire un addebito di *mala gestio* della cosa pubblica. Rifiutare un accordo in una situazione dove l’accordo appare consigliabile per prevenire più gravi conseguenze per l’Erario costituisce propriamente una scelta di “buona amministrazione” da assumere proprio nel corretto perseguimento dell’interesse pubblico. L’assistenza del difensore, che chiarisca caso per caso questo punto, può certamente essere fondamentale, come altrettanto utile può essere la disponibilità e la collaborazione dell’Autorità giudiziaria, laddove in qualche modo investita della questione, e degli stessi difensori di controparte. Anche per il privato un accordo rapido e ragionevole può essere preferibile, pur se in

termini magari meno vantaggiosi, ma più facilmente accettabili da parte dell'Amministrazione.

\* \* \*

Tuttavia, accanto a questi profili che abbiamo definito “soggettivi”, ben più serie problematiche “oggettive” vanno ad incidere sulla partecipazione delle Amministrazioni pubbliche e dei loro difensori ai procedimenti deflattivi del contenzioso.

È su questi aspetti che una piena comprensione e collaborazione da parte di tutte gli altri soggetti che intervengono negli ADR possono fornire il contributo decisivo per la effettiva utilità del rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale.

Con più specifico riferimento alla mediazione, un primo ordine di problemi deriva dai limiti di applicabilità normativamente posti al ricorso a quello strumento deflattivo.

a. La normativa vigente, correttamente, ritiene percorribile la strada della mediazione limitatamente ai soli diritti disponibili.

Con riferimento ai soggetti pubblici, ciò si traduce in una limitazione per tutta una serie di vicende che, *ratione materiae*, non sono suscettibili di accordo. Considerato anche il testuale riferimento alle “controversie civili e commerciali”, si deve dunque escludere che possano essere oggetto di mediazione (perché non possono essere oggetto di accordo):

i. le controversie in materia di diritto amministrativo, laddove cioè l'Amministrazione abbia esercitato o debba esercitare potestà pubbliche;

ii. le controversie tributarie (evidentemente comprese quelle in materia doganale);

iii. le controversie in tema di responsabilità dello Stato per atti compiuti *iure imperii*. Tra queste devono ritenersi evidentemente rientrare le (non transigibili) controversie in materia di responsabilità per l'eccessiva durata del processo (cd. “*legge Pinto*”), come dimostra la necessità, che era stata come noto a suo tempo avvertita, di istituire una specifica procedura di natura para-conciliativa;

iv. le pretese civili azionate a mezzo della costituzione di parte civile nel procedimento penale;

v. le controversie relative a diritti reali “pubblici” (si pensi a vicende involgenti la demanialità o la natura patrimoniale indisponibile di un bene).

In tutti questi casi, è evidente (e deve essere compreso dalle stesse controparti e dai Giudici) che l'opposizione di un rifiuto alla mediazione/ negoziazione discende da un preciso obbligo di legge e non da un “capriccio” di un'Amministrazione neghittosa.

b. Ma a queste ipotesi devono affiancarsene logicamente altre, pur vertenti in materia “*civile e commerciale*”, nelle quali l'Amministrazione non può logicamente addivenire ad accordo alcuno, poiché in realtà la atipicità del



suo operare non consente di ricomprendere la controversia, se non attraverso una lettura superficiale, in tale novero.

Si pensi, così, ai casi in cui vi sia stretta commistione tra la materia civilistica e quella pubblicistica, laddove cioè l'Amministrazione si trovi ad agire sì, formalmente, sul piano privatistico, ma attraverso una commistione con attività e strumenti di altra natura.

Agevoli esempi di casi simili, nei quali non appare possibile ricorrere agli strumenti deflattivi considerati, sono costituiti:

- i. dalla necessaria parallela adozione di atti organizzativi;
- ii. laddove si sia in presenza di rapporti contrattuali "speciali" nei quali, in considerazione della natura pubblica di uno dei contraenti, siano inserite nel contratto clausole imposte dalla legge (il che accade, a titolo meramente esemplificativo, per talune tipologie di locazioni);
- iii. quando sia in ogni caso necessaria l'adozione di altri atti amministrativi (si pensi alle "transazioni" regolate da legge e da regolamenti in materia di danno da emotrasfusione);
- iv. più in generale, laddove si sia in presenza di atti amministrativi presupposti, sui quali evidentemente l'Amministrazione non può incidere direttamente in via pattizia (si pensi ai contratti accessivi a concessioni).

c. Non si può infine trascurare l'esistenza di controversie per le quali, in ragione delle loro peculiari connotazioni, la via dei rimedi alternativi come definiti dalla normativa in discorso non risulta in sostanza adeguata, finendo con il costituire una superfetazione superflua/inutile che finisce proprio col comportare una situazione dilatoria contraria alla stessa finalità degli ADR.

È ben noto, ed evidente, che i rimedi alternativi al contenzioso giudiziale sono stati pensati principalmente per il contenzioso tra privati di natura sostanzialmente bagatellare: è in questo campo che hanno le maggiori possibilità di essere realmente incisivi, abbattendo il contenzioso.

Ma ciò non avviene in una larga parte del contenzioso delle Amministrazioni pubbliche.

Esso involge materie di particolare delicatezza e complessità giuridica, non di rado di elevatissimo valore, nei quali si confrontano con l'Amministrazione soggetti privati (imprenditori di grandi dimensioni, multinazionali, ecc.) che hanno a loro volta strutture legali particolarmente specializzate e agguerrite. Anche laddove non siano normativamente previsti procedimenti speciali volti alla definizione (ma si pensi, in primo luogo, ai *Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale* previsti dal Capo II del Titolo I della Parte VI del nuovo *Codice dei contratti pubblici*, D. Lgs. 18.04.2016, n. 50, artt. 205 e seguenti), è evidente, da un lato, che i legali delle parti, prima di accedere al contenzioso giudiziale, avranno tentato di percorrere ogni strada idonea alla risoluzione bonaria della controversia, in analogia con il procedimento di negoziazione assistita; d'altro canto, è lecito dubitare che un mediatore, pur dotato di grande abilità dialettica e di capacità di "smussare gli angoli" tra le parti private, possa fornire un effettivo contributo ad una soluzione pre-giudiziale

della vicenda. In questi casi, se mai, potrebbe essere solo il Giudice, *cognita causa*, a suggerire alle parti una via conciliativa sulla base del (principio di) convincimento che si fosse in lui formato in sede di esame della causa sottopostagli.

Parimenti da escludere appare l'utilità concreta di un tentativo di composizione alternativo per il contenzioso seriale che spesso vede coinvolte le Amministrazioni pubbliche (non diversamente da quanto accade, per vero, ad altri soggetti quali Assicurazioni, Banche, Finanziarie, ecc.). È in questi casi evidente che non è possibile risolvere la singola controversia, anche se di valore non particolarmente elevato, se non passando attraverso una soluzione di carattere più generale, per la quale deve ravvisarsi una competenza ai massimi livelli decisionali, anche a tutela di fondamentali principi costituzionali quali la parità di trattamento tra le parti e il buon andamento dell'Amministrazione.

In tutti questi casi sembra giustificato e comprensibile il rifiuto dell'Amministrazione di anche solo avviare o partecipare ad un ADR che finirebbe, come detto, col comportare unicamente una dilazione superflua rispetto all'accesso alla giustizia.

\* \* \*

Nel quadro così sommariamente delineato resta da comprendere quale debba essere il ruolo del difensore pubblico, e, in particolare, dell'Avvocatura dello Stato: ruolo che, va detto subito, non può che essere fondamentale nell'affiancare e assistere l'Amministrazione patrocinata favorendo la finalità, da tutti condivisa, di una riduzione del contenzioso, sgombrando però il campo dell'errato e dal superfluo e concentrando l'intervento su quei casi nei quali vi sia effettiva, concreta possibilità di definizione.

È di piena evidenza che, proprio per la sua posizione istituzionale di difensore della parte, ma anche di pubblico ufficiale, l'Avvocato dello Stato, ben prima della nascita degli strumenti deflattivi di cui si discorre, si è sempre inserito nella dialettica processuale come garante della legittimità dell'azione amministrativa.

In quest'ottica svolge un ruolo fondamentale la funzione consultiva dell'Avvocatura, che può consentire all'Amministrazione, per un verso, di prevenire un contenzioso inutile o dannoso, e, per l'altro, di definire ove possibile in tempi ragionevoli il contenzioso con una soluzione accettabile per entrambe le parti in contesa.

Non può tacersi, per contro, che gli adempimenti necessari per fronteggiare un crescente accesso da parte del privato ai rimedi alternativi di cui si tratta costituiscano per l'Avvocatura dello Stato un aggravio consistente in termini di carico di lavoro, richiedendosi in materia una attività giuridica e soprattutto una presenza "fisica" in luoghi diversi, spesso oggettivamente

inconciliabili con i concomitanti impegni professionali degli Avvocati dello Stato.

Per accennare a uno solo tra i tanti problemi (che il Legislatore non sembra a suo tempo essersi posto), per l'Ente pubblico che intenda agire in una materia per la quale è prevista la mediazione obbligatoria si pone il problema della scelta della struttura cui rivolgersi: scelta che comporta l'impegno di fondi pubblici e impone quindi obblighi contabili che potrebbero giungere addirittura alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva per l'individuazione della struttura.

Sembra tuttavia che, anche alla luce di quanto fin qui esposto, sia possibile una ragionevole lettura delle disposizioni che regolano gli ADR in modo tale da contemperare le varie esigenze presenti, riducendo l'intervento concreto dell'Avvocatura alle sole ipotesi in cui lo stesso sia effettivamente utile, ferma restando una costante e generale attività di assistenza dell'Amministrazione, in linea peraltro con la funzione consultiva sempre svolta.

Come si accennava (cfr. le lettere a., b. e c. che precedono), vi sono dei casi nei quali il rimedio alternativo non è giuridicamente praticabile, o è comunque sostanzialmente privo di utilità perché evidentemente destinato al fallimento.

Ragioni di economia nell'attività dei soggetti pubblici suggeriscono in questi casi che l'Amministrazione (sempre "sentita l'Avvocatura") provveda direttamente, e chiarisca con una motivata risposta all'invito alla mediazione o alla negoziazione — eventualmente intervenendo direttamente in sede di primo incontro di mediazione — le ragioni che sono di radicale ostacolo al percorso conciliativo.

Deve essere altresì possibile per l'Amministrazione intervenire direttamente (ed esclusivamente) nel procedimento in tutti i casi in cui la normativa le consenta di presenziare da sola anche in sede giurisdizionale (si pensi, a titolo esemplificativo, alla previsione degli artt. 2 e 3 del T.U. n.1611/1933 e di altre disposizioni similari; a non diversa soluzione sembra potersi giungere nelle ipotesi di Amministrazioni che abbiano uffici legali interni e che si avvalgano del patrocinio cd. "autorizzato" dell'Avvocatura). Sarebbe, in effetti, del tutto irrazionale pretendere l'intervento dell'Avvocatura pubblica in una fase pre-contenziosa laddove poi l'Amministrazione possa difendersi in giudizio da sola.

Parteciperà invece certamente all'ADR l'Avvocatura (oltre che nei casi in cui occorre promuovere la procedura di mediazione obbligatoria) laddove si delineino per la mediazione o la negoziazione concrete possibilità di successo: nel qual caso, oltre a svolgere la normale attività di consulenza per l'Amministrazione, l'Avvocatura si darà carico di intervenire partecipando a quanto necessario per il successo del procedimento, e in primo luogo alla stesura dell'accordo transattivo.

Sembra, in conclusione, che una lettura "elastica" e costruttiva delle disposizioni sui rimedi alternativi per la definizione delle controversie quale

quella suggerita nelle pagine che precedono con riferimento alla partecipazione agli stessi delle Amministrazioni pubbliche e dei loro difensori sia pienamente conforme allo spirito delle norme, e possa contribuire, con la collaborazione di tutte le parti coinvolte, all'auspicato risultato di una riduzione del contenzioso. A ciò l'Avvocatura pubblica intende contribuire pienamente, rendendosi fattivo protagonista per tendere agli obiettivi posti nella Carta fondamentale per una giustizia più celere ed efficace.

## **The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Era of International Commercial Law**

On July 11<sup>th</sup>, 2017 the Chamber of National and International Arbitration of Milan (“CAM”), in conjunction with UNIDROIT, hosted a conference on the new 2016 edition of the UNIDROIT Principles (“UPICC”), focusing in particular on their actual use in the drafting of international contracts and resolving international disputes.

Professor Sergio Maria Carbone chaired the first part of the event, in his capacity as President of the Arbitration Council of the CAM.

José Angelo Estrella Faria, Secretary-General of UNIDROIT, briefly looked back on the history of the UPICC. The initial works, which ultimately led to the elaboration of the UPICC, were launched in the 1980s as an effort of eminent contract and comparative law experts to harmonize international contracts through acceptable rules for most legal systems, aimed at catering to the very practical needs of international trade. The UPICC have no binding force and can only be applied when the parties agree to their use, or judges and arbitral tribunals apply them as general principles of law or use them to interpret or supplement international instruments or domestic law.

The UPICC have significantly influenced many national legislative reforms since their very first publication. To name a few examples, on the basis of the UPICC, the Russian Federation inserted the possibility to terminate the contract due to fundamental changes in circumstances in its Civil Code, and acknowledged a general obligation to act in good faith, as well as the notion of abuse of right. The UPICC also influenced, along with the CISG, China’s contract law reform. The most striking example of the UPICC’s influence on the drafting of national law is to be found in Lithuania: the Lithuanian legislator decided to use “as many provisions of the UPICC as possible, taking into account the social and economic realities of Lithuania”. The French legislator, inspired by the UPICC, enacted new provisions on the general principle of good faith, hardship, and anticipatory non-performance in its 2016 Civil Code reform. The Spanish Code of Commerce was also influenced by the UPICC with regard to its provisions on the liability for losses caused by negotiating or terminating negotiations in bad faith.

The UPICC are also a precious tool during the drafting phase of international contracts. Not only because the parties may refer to the UPICC as the applicable rules, but also because they can use them as guidelines for contractual provisions to adopt. The flexibility allowed by Article 1.5 of the Principles (“*The Parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary any of their provisions, except as otherwise provided by the Principles*”) enhances their attractiveness.

Professor Giacomo Rojas Elgueta illustrated the “*Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”, published by UNIDROIT in 2013. In particular, the Model Clauses choosing the UPICC as the rules of law governing the contract were presented as an efficient alternative to the adoption of a domestic law that, while neutral, is often unknown to both parties and therefore a source of higher transaction costs (e.g., expensive consultation with legal experts of the country of the chosen law). Professor Rojas Elgueta also pointed out that, when parties adopt the UPICC as the rules of law governing the contract, it is strongly advisable to combine such a choice-of-law clause with an arbitration agreement, given that parties may choose a “soft law” instrument as the governing law of the contract on which arbitrators will base their decision in the context of international commercial arbitration.

With respect to the practical advantages of the UPICC, Pietro Galizzi (Eni) illustrated the “new” focus of the revised edition of the 2016 Principles on long-term contracts. Article 1.11 para. 4 of the 2016 Principles defines a long-term contract as “*a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties*”. In long-term contracts, good faith and coherent behavior are particularly important: the duration of the performance period gives more opportunities to the parties to change their behavior over time and the interpretation of the contract becomes of the essence. In that sense, the provisions on gross disparity and hardship may turn out to be central. Pietro Galizzi highlighted in particular the relevance of Article 7.3.3 on anticipatory non-performance: “*Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract*”. This provision has few equivalents in national legislations, though it addresses a very important need of the parties for long-term agreements. This was recently acknowledged by the French legislator, which introduced a form of *exceptio timoris* with the 2016 Civil Code reform. Similarly to Article 7.3.4 of the Principles, Article 1220 of the French Civil Code now provides that “*A party may suspend the performance of its obligation if the counterparty will evidently not perform on due time and it may suffer serious consequences from this non-performance. The suspension must be notified to the counterparty as quickly as possible*”.

Another set of UPICC provisions, of particular relevance in case of international dispute settlement, is contained in the chapter on limitation periods. The lack of uniformity among the national rules on prescription is often overlooked as a problem by the parties when negotiating and drafting their contracts and when deciding upon the applicable law. Therefore, failing common standards and/or where a national law is not clearly identified by the parties, arbitral tribunals in particular may find significant guidance in the UPICC. This topic was addressed by Cecilia Carrara, also on the basis of selected international arbitration case studies. Cecilia Carrara further discussed the issue of whether the UPICC's rules on limitation periods may be viewed as generally accepted rules of international law, so that contract clauses referring to international principles of laws as the applicable law, may be construed as referring to the UPICC also on the issue of such periods. It was suggested that arbitrators and judges should proceed with great caution in this regard, especially in light of the broad variety of solutions adopted by national legislators on many aspects connected with prescription (i.e. effects of the prescriptions on the rights/claims, calculation criteria for the date of commencement of the limitation period, knowledge test, causes and effects of suspension and interruption, possibility for the parties to extend or reduce the limitation periods).

The second part of the event, chaired by Professor Giuditta Cordero Moss (University of Oslo), consisted of a round-table of experienced in-house counsels from several industrial sectors, such as Umberto Simonelli (Brembo), Michele Ius (Danieli) and Stefano Catelani (DuPont). Though the discussants acknowledged the inherent advantages of UPICC, especially in the context of international negotiations and dispute settlement, the debate highlighted that the business community has not yet adopted the UPICC as one of the main references for purposes of drafting contracts. All the discussants agreed that a greater diffusion of the knowledge of the UPICC among business operators and raising awareness on the actual use of the UPICC at the international level are important steps in promoting the UPICC's broader acceptance. The discussion reflected a widespread consensus on the quality, reasonableness and logical simplicity of the UPICC, which are all characteristics that would suggest that the UPICC are ready for a wider acceptance also by business users.

Professor Alberto Mazzoni, President of UNIDROIT, delivered the closing remarks. He briefly touched upon the main points that had emerged from the presentations and the round-table and offered a number of additional considerations. In particular, he emphasized two aspects.

Firstly, he pinpointed the great variety of the Principles' potential uses and of the functions that they may fulfill, even outside and beyond the non-exhaustive list set out in their Preamble. Of special significance was the possibility, referred to on several occasions during the discussion, of using the

Principles as an instrument for interpreting and supplementing standard commercial contracts, such as the FIDIC construction contracts.

Secondly, he argued that in realistic terms the new multipolar distribution of the world's economic power is likely to threaten the basis on which certain State laws (such as English law, New York law or Swiss law) have so far been consistently preferred in the choice-of-law clauses of major international contracts. Faced with the alternative of a substantial increase of international contracts governed by the national law of new economic powers, whose legal systems have less developed traditions in dealing with international cases, many important economic players may turn to preferring the Principles as the balanced and politically neutral solution that can receive broad or even universal approval. [STEFANO AZZALI]



## La scomparsa di Ada Pellegrini Grinover

Nel mese di luglio passato è deceduta in San Paolo Ada Pellegrini Grinover. Si è spenta così una voce del diritto processuale autorevole non soltanto in Brasile, ma anche in Italia e nel mondo.

Nata a Napoli nel 1933, ancora adolescente seguì nel dopoguerra la famiglia nel trasferimento in Brasile e lì compì i suoi studi. Nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo si laureò ed iniziò l'attività di ricerca nel diritto processuale, che era stato fecondato dall'opera di Enrico Tullio Liebman, giunto esule in Brasile (così come Tullio Ascarelli) poco prima che scoppiasse il conflitto mondiale e presto divenuto il riferimento culturale di tutti gli studiosi del processo in quel paese.

Ada Pellegrini si dedicò allo studio del diritto processuale civile e penale, fu cattedratica nella stessa Università di San Paolo e assai vasta è la sua produzione scientifica che tocca punti nodali anche della teoria generale del processo.

Il suo *cursus honorum* la vide partecipe di importanti momenti della vita accademica anche internazionale (fu tra l'altro presidente dell'Istituto Ibero Americano di diritto processuale e vice presidente dell'Associazione internazionale per il diritto processuale).

Notevole il suo impegno nelle attività di riforma del diritto: collaborò alla redazione dei nuovi *Codigo Civil* del 2003 e *Codigo de processo civil* del 2015. Decisivo fu il suo contributo nello studio delle azioni collettive e nella preparazione del *Codigo de Defesa do Consumidor*, che presenta soluzioni assai avanzate.

Proprio nel contesto dell'elaborazione degli istituti per la tutela del consumatore, Ada Pellegrini intuì la rilevanza degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e si dedicò alla elaborazione della loro disciplina e alla loro applicazione. Non trascurò tuttavia di considerare anche l'arbitrato come strumento altrettanto rilevante soprattutto nell'ambito dei rapporti contrattuali tra imprese.

Partecipò quindi con fervore all'evoluzione che verso la fine del secolo scorso condusse il Brasile all'introduzione di una adeguata disciplina dell'arbitrato, al pieno riconoscimento del suo ruolo nell'ordinamento costituzionale e, quindi, alla adesione alla Convenzione di New York. Ciò ha permesso che

le istituzioni brasiliane si trovassero pronte a gestire efficacemente l'importante crescita dell'impiego dell'arbitrato nel contesto dello sviluppo che nell'ultimo decennio ha marcato la economia di quel paese.

In tutto il corso della sua vita operosa, Ada si dimostrò sicura e autorevole interprete e partecipe delle esigenze, prospettive e traguardi del mondo giuridico brasiliano.

Ma non rinunciò mai alle sue radici italiane. Ne è testimonianza la sua frequentazione costante, intelligente e affettuosa degli studi e degli studiosi del nostro paese. Importante è stato il suo ruolo, riconosciuto anche dal conferimento della laurea *honoris causa* da parte dell'Università Statale di Milano, nel mantenere stretto il legame tra la cultura giuridica dei due paesi.

Conservo vivo il ricordo della sua visita a Roma nell'ottobre del 2015 per il seminario sull'“*Arbitrato fra due mondi*”, in cui con la consueta vivacità presentò gli sviluppi dell'arbitrato in Brasile. Ancor più recente è stata la promozione in San Paolo della costituzione di una Camera arbitrale italo-brasiliana, che si è posta come naturale punto di riferimento per le iniziative in materia nei due paesi e di cui era divenuta la presidente.

Tra il diritto brasiliano e quello italiano esiste un legame storico nato dalla comunanza di cultura e anche di costumi e mentalità. Questo legame è stato costantemente rinsaldato dalla presenza attiva di studiosi che si sono in maggiore o minore misura sentiti partecipi della vita del diritto nei due paesi. Tullio Ascarelli, Enrico Tullio Liebman, e, più recentemente, Edoardo Ricci, sono stati luminosi interpreti di questa tradizione. Ada Pellegrini lo è stata con essi e così, oltre che come cara amica di tutti coloro che hanno avuto la felice opportunità di incontrarla, qui la ricordiamo con rimpianto. [DIEGO CORAPI]

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2017

<b>Unione europea</b>	<b>€ 100,00</b>
<b>Paesi extra Unione europea</b>	<b>€ 150,00</b>
<b>Prezzo di un singolo numero (Extra U. E. € 38,00)</b>	<b>€ 25,00</b>

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	<i>Unione europea</i>	<i>Paesi extra Unione europea</i>
<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>	€ 140,00	€ 210,00
<i>Rivista dell'arbitrato</i>	€ 100,00	€ 150,00

Gli sconti non sono cumulabili

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2016, sono disponibili fino ad esaurimento scorte

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 31,00\* non abbonato € 82,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2017, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2017.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- **a ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

### **Pubblicità:**

**Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426 - e-mail: periodici@giuffre.it**

---

*I contributi pubblicati in questa rivista potranno, previa autorizzazione, essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.*

---

Registrazione presso il Tribunale di Roma al n. 113 in data 2 marzo 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: Maria Beatrice Deli

---

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

