



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXV - N. 3/2015  
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 LUISO - 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 - ALESSANDRA COLOSIMO - FLAVIA CONTE - ELENA D'ALESSANDRO - ANNA DE LUCA - FERDINANDO EMANUELE - ALESSANDRO FUSILLO - DANTE GROSSI - MAURO LONGO - ROBERTO MARENCO † - FABRIZIO MARRELLA - ELENA OCCHIPINTI - ANDREW G. PATON - FRANCESCA PIETRANGELI - SIMONA SCIPIONI - ROBERTO VACCARELLA

*Segretari di redazione:* ANDREA ATTERITANO - MARIANGELA ZUMPANO.

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)

## INDICE

### **DOTTRINA**

SERGIO M. CARBONE, <i>Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo</i> .....	429
EUGENIO PICOZZA, <i>Il concetto di pubblica amministrazione tra arbitrato e giudizio di ottemperanza</i> .....	449
FABRIZIO CRISCUOLO, <i>La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale</i> .....	479

### **GIURISPRUDENZA ORDINARIA**

#### **I) Italiana**

*Sentenze annotate:*

Cass., Sez. I, 19 gennaio 2015, n. 744, con nota di L. SALVANESCHI, <i>Sul termine per la pronuncia del lodo, sulla sua disponibilità e sulla validità della previsione di un termine "mobile"</i> .....	513
Cass., Sez. I, 7 aprile 2015, n. 6909, con nota di C. DELLE DONNE, <i>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</i> .....	521
Trib. Agrigento 23 giugno 2014, con nota di B. CAPPIELLO, <i>Il rapporto fra giudizio civile italiano ed arbitrato estero</i> .....	541

#### **II) Straniera**

*Sentenze annotate:*

Regno Unito - High Court 19 febbraio 2015	
Stati Uniti - District Court of New York 27 agosto 2013, con nota di G. ZARRA, <i>L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?</i> .....	561

## **RASSEGNE E COMMENTI**

EMANUELE ODORISIO, <i>Il nuovo Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale dei contratti pubblici</i> .....	597
STEFANO A. CERRATO, <i>Arbitrato societario: è tempo di una riforma</i> .....	611

## **DOCUMENTI E NOTIZIE**

<i>Il nuovo Regolamento della Camera Arbitrale dei Contratti Pubblici</i> .....	625
<i>Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici (la proposta del Consiglio della Camera Arbitrale)</i> .....	631

## Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo (\*)

SERGIO M. CARBONE (\*\*)

1. La c.d. delocalizzazione della giurisdizione e la progressiva espansione al riguardo del ruolo dell'autonomia privata. Cenni introduttivi. — 2. Le conferme della natura giurisdizionale dell'attività arbitrale. — 3. La progressiva assimilazione delle regole dell'arbitrato interno a quelle dell'arbitrato internazionale. — 4. L'ampio riconoscimento dell'autonomia privata nella disciplina dell'arbitrato. — 5. Il riconoscimento delle determinazioni e delle regole scelte dalle parti nella disciplina del loro programma contrattuale: in particolare, il *depeçage* e le definizioni convenzionali. — 6. *Continua*: le conferme della giurisprudenza italiana e comunitaria: la disciplina convenzionale delle *indemnities* e del luogo di consegna. — 7. *Continua*: le *rules of law* e la loro utilizzazione negli arbitrati italiani. — 8. La rilevanza delle pratiche relative alla disciplina del processo arbitrale internazionale e la loro utilizzabilità negli arbitrati nazionali. — 9. *Continua*: la c.d. richiesta di *disclosure*: modalità ed effetti. L'impiego delle *Redfern Schedules*.

1. Manifestazioni sempre più ricorrenti relative alla crisi della sovranità territoriale dello Stato e dell'assolutezza del suo potere normativo in tale ambito hanno messo in evidenza le inevitabili ripercussioni di tale crisi sull'esercizio della giurisdizione, ed in particolare sul relativo monopolio dello Stato territoriale. Si è, così, in particolare, avvertita la scissione dell'esercizio della giurisdizione e l'incrinarsi dell'esclusività di tale esercizio da parte dello Stato all'interno del quale l'attività giurisdizionale opera e/o è destinata a produrre i suoi effetti.

In questa prospettiva, pertanto, si constata la c.d. "delocalizzazione della giurisdizione" ed il definitivo abbandono della giurisdizione intesa come emanazione esclusiva della sovranità dello Stato del foro dal quale trova legittimazione. È, infatti, evidente la sempre più intensa e numerosa

---

(\*) *Relazione presentata al convegno di Napoli della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile nei giorni 14-16 maggio 2015.*

(\*\*) Professore emerito nell'Università di Genova.

presenza di varie forme di giustizia non statale riconducibili al sistema normativo della U.E. o all'ordinamento internazionale, oppure, direttamente o indirettamente, all'autonomia dei privati (anche in virtù dell'attività delle diverse organizzazioni in varie sedi costituite al servizio della composizione conciliativa e della soluzione arbitrale delle controversie relative soprattutto al commercio internazionale).

Ed è anche evidente la rimozione delle radici ideologiche che avevano prodotto l'avversione nei confronti della giustizia esercitata nell'ambito di ordinamenti stranieri. Di tale cambiamento sono testimonianza le modifiche, apportate volta a volta ed in modo sempre più significativo nel tempo, alla disciplina contenuta nell'originaria formulazione del codice di procedura civile italiano (soprattutto agli artt. 2 e 3 in cui, come è noto, si escludeva, in via di principio, la derogabilità della giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero e si prevedeva l'irrilevanza della previa pendenza di una lite all'estero rispetto all'esercizio della giurisdizione italiana).

Di questo aspetto, e della relativa evoluzione vissuta dall'ordinamento italiano, sono esempi particolarmente significativi le novità contenute nella L. n. 218/1995 sulla riforma del diritto internazionale privato, legge nell'ambito della quale, come è noto, è stato eliminato il divieto di deroga convenzionale della giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero (art. 14), è stata rimossa l'irrilevanza della pendenza di un processo straniero di cui ci si è piuttosto preoccupati di definire soltanto gli effetti limitativi dell'esercizio della giurisdizione italiana (art. 7) ed è stato riconosciuto il valore di giudicato della sentenza straniera « senza che (a tale fine) sia necessario il ricorso ad alcun procedimento » di delibazione (art. 64). La stessa prospettiva, a maggior ragione, è stata accolta nell'ambito dei principi di diritto processuale civile adottati nel sistema comunitario, nei quali trova la sua radice la normativa nazionale ora indicata: nel sistema comunitario, infatti, il coordinamento e l'integrazione della giurisdizione fra Stati dell'Unione sono stati, fin dalle origini, fondati sulla tendenziale parificazione del trattamento dell'esercizio della giurisdizione da parte di tutti i giudici degli Stati appartenenti all'Unione Europea sino a comprenderli in un vero e proprio unitario spazio giudiziario europeo.

Per quanto riguarda, in particolare, l'indicata "delocalizzazione della giurisdizione" dalla sovranità dello Stato attraverso varie modalità di espressione dell'esercizio dell'autonomia privata, essa si è progressivamente affermata nell'ordinamento italiano anche attraverso i vari interventi normativi che hanno progressivamente rimodulato l'istituto dell'arbitrato previsto nell'originaria formulazione del codice di procedura civile. Si tratta, in particolare, della normativa introdotta dalla L. n. 25/1994 e con il D. Legs. 2 febbraio 2006 n. 40, da cui risulta chiaramente la negazione del monopolio del c.d. "servizio giustizia" da parte dei soli organi giudiziari appartenenti allo Stato. Servizio che comunque si conferma essere dovuto da parte dello Stato italiano ai sensi dell'art. 24 Cost..

Esso, peraltro, risulta sempre più fruibile anche attraverso l'esercizio dell'autonomia privata e l'impiego di arbitri, compresi quelli non localizzati nell'ambito dell'ordinamento italiano, con libertà per le parti di operare al riguardo anche le rilevanti scelte procedurali (se pur entro determinati limiti). Infatti, ad esempio, deve essere in ogni caso rispettata l'indipendenza degli arbitri e si deve garantire che l'attività arbitrale si svolga secondo i fondamentali principi del procedimento civile. Tale attività dovrà, pertanto, svolgersi secondo le regole alla base del giusto processo, in particolare nel rispetto dei principi del contraddittorio, della domanda e dell'interesse di agire; in ogni caso, la procedura arbitrale non dovrà mascherare la creazione di un giudice speciale. Tanto che non si è esitato a definire l'arbitrato come vera e propria "giurisdizione privata", mettendo in rilievo l'equiparazione sia delle caratteristiche relative al suo esercizio sia degli effetti delle relative decisioni con quelli dei procedimenti e delle sentenze dei giudici statali. Equiparazione che, tra l'altro, sembra trovare una chiara conferma nella nuova formulazione dell'art. 824-*bis* cod. proc. civ. con piena adesione a quella dottrina che da tempo ha posto in rilievo come elemento essenziale del lodo sia non già la sua natura di "atto negoziale" bensì il suo carattere di "atto decisorio" adottato sulla base di un procedimento condotto secondo determinati principi da parte di soggetti indipendenti dalle parti.

2. Sulla scorta di queste indicazioni non stupisce che la Corte di Cassazione in una recente, ma già famosa ordinanza (Cass. S.U., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, Pres. Rovelli, Rel. Segreto), non abbia avuto esitazione ad affermare « la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all'arbitrato rituale » e conseguentemente a qualificare l'eccezione di compromesso quale « eccezione di rito ».

Né in senso contrario si è ritenuto potesse ostare il precetto costituzionale dell'art. 102 Cost., interdittivo della creazione di giurisdizioni speciali. In realtà, secondo quanto ormai da tempo precisato anche da parte della Corte Costituzionale (sentenza 14 luglio 1977 n. 127), la libera scelta delle parti a favore dell'arbitrato è « compatibile con il monopolio della giustizia statale nei limiti in cui esso non sia obbligatorio ». Infatti, come ulteriormente precisato nella citata ordinanza delle S.U. della Cassazione n. 24153 del 25 ottobre 2013, la scelta dell'arbitrato è uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto garantito dall'art. 24, comma 1 Cost., che trova legittimazione costituzionale in altre norme della stessa Costituzione quali ad esempio gli artt. 41-44 Cost..

La libertà di tale scelta a favore dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario, pertanto, trova il suo fondamento e la sua legittimazione non soltanto nell'art. 806 cod. proc. civ., o in altri strumenti

normativi internazionali (soprattutto, nell'art. II della Convenzione di New York del 1958), ma in veri e propri « principi generali costituzionalmente garantiti dell'intero ordinamento ». Tanto che il monopolio, ed il divieto di deroga, della giurisdizione statale non deve, comunque, essere inteso in senso assoluto, ma esclusivamente con riferimento al già accennato divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali.

Rispetto a tale monopolio, quindi, si riconosce alla libera ed autonoma scelta delle parti di derogare ad esso a favore di alternative modalità e sedi di tutela giurisdizionale dei propri diritti « 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 quei diritti è connesso », purché in tal modo, come innanzi accennato, non si addivenga alla creazione di un « giudice speciale ». Ma non soltanto. L'esercizio di tale libera scelta è ammissibile a favore di un procedimento arbitrale soltanto se esso è caratterizzato in senso « giurisdizionale »: deve cioè trattarsi di un arbitrato che si svolge in coerenza con le garanzie processuali proprie della funzione giurisdizionale e rispetto al quale è possibile proporre impugnativa e/o opposizione al riconoscimento del relativo lodo davanti agli organi della giurisdizione ordinaria, nei limiti ed alle condizioni richieste dall'ordinamento statale nell'ambito del quale se ne intendono far valere gli effetti.

D'altro canto, l'accennata natura giurisdizionale dell'arbitrato trova conferma nelle stesse caratteristiche della disciplina dell'arbitrato adottata dall'ordinamento italiano. Del relativo procedimento, infatti, se ne prevede il funzionamento in conformità con i requisiti richiesti, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Roma sulla tutela dei diritti dell'uomo del 1950, ai fini dell'esercizio dell'attività giudiziaria con effetti anche nei confronti dei terzi: tra essi, ad esempio, gli effetti previsti dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ., a seguito delle integrazioni al loro contenuto apportate ai sensi dell'art. 26 della L. 5 gennaio 1994 n. 25 a proposito della trascrizione dell'atto di avvio del procedimento arbitrale. Tale loro riconosciuto effetto interruttivo rispetto ai termini relativi ai diritti fatti valere in sede arbitrale conferma così la natura giurisdizionale dell'arbitrato e consente la sospensione della prescrizione per tutta la durata del procedimento arbitrale « sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa nell'impugnazione » (art. 2945 n. 4 cod. civ.).

Del tutto naturale, pertanto, appare anche la soluzione codificata nell'art. 819, primo comma n. 3 cod. proc. civ., in virtù della quale si prevede che gli arbitri possano proporre questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della L. 11 marzo 1953 n. 87. Ed altrettanto naturale risulta la conseguente decisione adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 233 del 19 luglio 2013 sulla base della quale, proprio in virtù della natura giurisdizionale (e non negoziale) dell'arbi-



trato rituale, si è affermata l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter cod. proc. civ. secondo comma nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità del regime della c.d. *translatio* di cui all'art. 50 cod. proc. civ. ai rapporti tra arbitrato e processo ordinario.

3. È ben vero che, secondo alcuni, l'accennato ampliamento della nozione di giurisdizione (e la sua non necessaria identificazione con il solo monopolio statale della giustizia) non ha comportato alcun mutamento della natura dell'arbitrato, che permarrrebbe, pertanto, come fenomeno autonomo rispetto all'esercizio della giurisdizione. In realtà, secondo questa impostazione, il progressivo avvicinamento relativo all'arbitrato rituale nell'ambito dei principi applicabili all'esercizio della giurisdizione, non avrebbe mutato la natura interamente privatistica del procedimento arbitrale, operante e fondato su scelte necessariamente riconducibili all'esercizio dell'autonomia privata: quindi, proprio in quanto tale, necessariamente alternativo alla giurisdizione garantita dalla giustizia statale.

Ma è altrettanto vero che il fenomeno evolutivo descritto nei precedenti paragrafi ha comunque provocato il c.d. sgretolamento della sovranità statale rispetto all'esercizio della giurisdizione. Si è trattato di un fenomeno che ha operato anche a favore dell'arbitrato nazionale ed estero (oltretutto a favore di giudici stranieri e/o sovranazionali) individuando, in termini sempre più precisi, modalità, criteri e principi di svolgimento dei procedimenti arbitrali che hanno consentito di assimilarne gli effetti a quelli di un procedimento innanzi ai giudici ordinari. In questo senso, così, si è venuta a legittimare la definizione dell'arbitrato come una "giurisdizione privata" pienamente sostitutiva di quella del giudice ordinario, ad essa equivalente, secondo un insegnamento risalente ancora a Carnelutti, di cui si hanno evidenti tracce in vari passaggi (ad esempio al par. 5.9) della citata ordinanza della Cassazione n. 24153 del 2013.

In ogni caso, ciò che sicuramente residua della sovranità statale relativa all'esercizio monopolistico della giurisdizione riguarda il suo potere di incidere in senso esclusivo e determinativo in merito alla validità ed agli effetti dei procedimenti e dei lodi arbitrali allorché sono portati ad esecuzione nell'ambito territoriale di esercizio di tale sovranità. In altri termini, gli effetti di lodi (nazionali o esteri) nell'ambito dei vari ordinamenti statali dipendono non tanto dalla disciplina e dagli esiti dei controlli dello Stato della sede dell'arbitrato, ma piuttosto da quelli dello Stato in cui il lodo viene portato ad esecuzione. Sono, infatti, questi ultimi i profili della disciplina arbitrale di cui ogni Stato conserva l'esclusiva ed il monopolio, anche se il relativo esercizio deve avvenire entro i limiti stabiliti da fonti normative di vario tipo adottate (con effetti più o meno vincolanti) nell'ambito della Comunità internazionale, con particolare riferimento ai rapporti del commercio internazionale ed all'arbitrato

commerciale internazionale. Anzi, proprio al fine di giustificare tale prospettiva del tutto innovativa rispetto ai principi del passato, si è addirittura affermato che i controlli « *du judge de l'exequatur est sans doute de meilleur qualité que celui du siège car l'Etat dans lequel la sentence s'apprête à produire des effets juridiques est davantage concerné que celui où le tribunal arbitral a siège* ».

Sotto quest'ultimo profilo, l'accennata evoluzione normativa e la progressiva affermazione al riguardo della sempre maggiore rilevanza di fonti di origine internazionale hanno operato a favore di una più precisa ed internazionalmente uniforme disciplina dell'arbitrato che, in particolare, si è manifestata, da un lato, attraverso la sostanziale assimilazione del c.d. arbitrato interno rispetto a quello estero o internazionale (anche in quegli ordinamenti che pur ne mantengono la distinzione) e, dall'altro, attraverso la possibilità concessa agli arbitri di applicare "regole di diritto" non necessariamente riconducibili ad uno specifico ordinamento statale. Tanto che, ad esempio, nell'ordinamento francese, con specifico riferimento alle novità introdotte nell'art. 1505 cod. proc. civ., non si è esitato ad affermare che negli ultimi decenni si è riusciti a passare dalla localizzazione alla delocalizzazione e dalla territorialità all'universalismo del funzionamento dell'arbitrato: in altri termini, « *la conception universaliste de l'arbitrage est désormais consacrée* ». Anzi, al riguardo è stata addirittura elaborata da parte di alcuni autori la nozione di lodo arbitrale internazionale « delocalizzato e svincolato da ogni collegamento con ordinamenti statali: quindi, autonomo ».

Nessuno stupore, quindi, per la progressiva assimilazione della disciplina italiana dell'arbitrato interno a quella dell'arbitrato internazionale e/o estero, evidenziata anche dalla normativa tendenzialmente unitaria al riguardo adottata nel nostro ordinamento in occasione del D. Lgs. n. 40 del 2006. È sufficiente ricordare, in proposito, che l'art. 816-*bis* cod. proc. civ. prevede la facoltà delle parti non solo di disporre delle norme che « gli arbitri debbono osservare nel procedimento », ma soprattutto di scegliere la lingua dell'arbitrato (che potrà, pertanto, essere diversa dalla lingua italiana) secondo indicazioni tratte, appunto, dalla normativa dell'arbitrato praticata in ambito internazionale. Inoltre, l'art. 823 cod. proc. civ. consente che la deliberazione del lodo possa avvenire con la partecipazione degli arbitri non necessariamente riuniti in conferenza personale estendendo, in tal modo, agli arbitrati nazionali il previgente regime dell'art. 837 cod. proc. civ., previsto originariamente soltanto a proposito dell'arbitrato internazionale in conformità con la pratica abitualmente adottata in ambito internazionale.

Infine, l'art. 822 cod. proc. civ. a proposito della disciplina applicabile alle controversie sottoposte al giudizio arbitrale, conferma che « gli arbitri decidono secondo norme di diritto », utilizzando un'espressione, originariamente e normalmente impiegata a proposito dell'arbitrato internazio-

nale, comprensiva della possibilità di applicare normative non necessariamente riconducibili ad un specifico ordinamento statale. Nonostante autorevoli opinioni in senso contrario è, pertanto, proprio quest'ultimo significato che deve essere attribuito alla disposizione in esame. Il problema che, piuttosto, si pone è se l'applicazione delle "regole di diritto" intese nel senso ora indicato possa avvenire solamente sulla scorta di precise indicazioni delle parti oppure anche *ex officio*. A mio avviso, la presenza di una tale indicazione delle parti sembra importante, o addirittura essenziale, nell'indirizzare gli arbitri verso l'applicazione di tali regole. Peraltro, al riguardo non sarà necessario uno specifico ed espresso rinvio ad esse nella clausola compromissoria o nel compromesso, essendo sufficiente che ne risulti la rilevanza dall'insieme del contesto della specifica disciplina contrattuale sulla scorta della quale deve essere decisa la controversia.

A favore della soluzione ora indicata potranno pertanto essere sicuramente sufficienti eventuali rinvii a regolamenti arbitrali precostituiti dalle varie Camere Arbitrali, a pieno titolo legittimati dall'art. 832 cod. proc. civ. alla loro piena operatività anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, anche allorché precisano, secondo quanto ora indicato, la portata dell'espressione "regole di diritto" che devono, o comunque possono, essere applicate dagli arbitri. Tanto più che, in virtù dell'introduzione della nuova disciplina dell'arbitrato, nelle pur limitate circostanze in presenza delle quali, per espressa volontà delle parti o della legge, è ammessa l'impugnazione per errore di diritto di una decisione arbitrale, essa è ammissibile (art. 829 penultimo comma cod. proc. civ.) anche con riguardo a violazioni di qualsiasi "regola di diritto": un termine volutamente non limitato alle sole norme appartenenti ad un ordinamento statale di cui si conferma, pertanto, il legittimo impiego in sede arbitrale.

4. Si conferma, dunque, l'evoluzione normativa e giurisdizionale dell'ordinamento italiano secondo una tendenza rivolta a rinnegare definitivamente, e nel modo più fermo, l'impostazione "pubblicistica" e stato-centrica dell'esercizio della giurisdizione. Inoltre, emerge anche un sistema sempre più orientato a riconoscere gli effetti delle clausole di deroga alla giurisdizione a favore di giudici stranieri e di soluzioni arbitrali, con riferimento alle quali viene riservato ampio spazio all'esercizio dell'autonomia privata (secondo regole uniformi previste sulla base di parametri normativi elaborati in ambito internazionale di cui si tende ad estendere l'operatività anche ai c.d. arbitrati nazionali).

In tal modo si riscontra, anche sotto quest'ultimo profilo, la tendenza a favorire l'effettività delle scelte operate dalle parti ai fini della risoluzione delle loro controversie civili e commerciali nella specifica prospettiva arbitrale. In tal senso, si conferma una sempre più significativa

rilevanza attribuita al criterio di collegamento rappresentato dalla loro volontà ai fini della determinazione della legge applicabile per le decisioni da adottare in sede arbitrale e del riconoscimento dei relativi effetti (art. 839 cod. proc. civ.), anche con specifico riguardo alla determinazione del luogo in cui stabilire, anche implicitamente, la sede dell'arbitrato.

Tale sede, infatti, dovrà essere determinata secondo le indicazioni delle parti ed i relativi effetti di tali determinazioni dovranno essere riconosciuti anche se, per espressa volontà delle parti o determinazioni legittimamente adottate dagli stessi arbitri, nel luogo a tal fine previsto non si svolge concretamente ed effettivamente alcuna attività processuale e la controversia non presenta alcun collegamento oggettivo o soggettivo con lo Stato in cui la sede dell'arbitrato è stata volontariamente localizzata. Si tratta, quindi, di un ampio riconoscimento dell'esercizio dell'autonomia privata che, anche attraverso la scelta della sede dell'arbitrato, consente alle parti di determinare, tra l'altro, l'ordinamento nel quale far valutare la legittimità dell'esercizio dell'autonomia privata rispetto ai contenuti della clausola compromissoria, con i conseguenti effetti al fine di definirne l'ambito di operatività rispetto alle controversie dedotte in arbitrato. Tanto più che tali effetti potranno operare ed essere fatti valere anche negli altri ordinamenti ed in particolare nell'ordinamento italiano, proprio in virtù dell'importante ruolo riservato al riguardo alla legge della sede dell'arbitrato (secondo la disciplina riconducibile alla rilevante normativa di diritto internazionale), in particolare in occasione del riconoscimento degli effetti dei lodi provenienti da tale ordinamento.

Questa soluzione dipende, ancora una volta, dall'influenza prodotta anche nell'ambito dell'ordinamento italiano dalla normativa internazionale in materia di arbitrato e soprattutto dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere che, come è noto, impone di riconoscere gli effetti derogatori della giurisdizione ordinaria (nazionale o straniera) delle convenzioni arbitrali e di dare esecuzione ai lodi arbitrali stranieri in presenza di alcuni limitati requisiti (meno rigorosi di quelli originariamente previsti nell'ordinamento italiano). Si è reso pertanto necessario, per evitare una sorta di discriminazione alla rovescia (c.d. *reverse discrimination*) nei confronti dei lodi nazionali, che i requisiti di riconoscibilità dei lodi stranieri fossero estesi ai controlli previsti per l'impugnazione dei lodi nazionali. Si è realizzata, così, una progressiva assimilazione dei motivi di impugnazione degli arbitrati interni alle circostanze rilevanti nei procedimenti di opposizione al fine di evitare il riconoscimento nell'ordinamento italiano degli effetti prodotti da arbitrati esteri o internazionali. In tal senso, pertanto, è stata orientata la progressiva evoluzione normativa dell'ordinamento italiano che ne ha caratterizzato il più recente sviluppo e parimenti, nella stessa direzione, è ragionevole che debba essere rivolta la corrispondente evoluzione giurisprudenziale. Qualsiasi soluzione alternativa, tra l'altro,

pregiudicherebbe gli arbitrati nazionali rispetto alla concorrenza tra i vari sistemi normativi nell'ambito dei quali possono essere localizzati gli arbitrati ai quali l'accennata normativa internazionale garantisce, comunque, la circolazione dei relativi effetti anche in Italia in presenza dei soli e specifici requisiti in essa direttamente previsti.

Pertanto, da più parti è stato rilevato che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, tutt'ora permane un'apertura al riconoscimento sia del ruolo dell'autonomia privata sia di un completo *favor* dell'arbitrato non adeguata rispetto ad altri ordinamenti (come ad esempio la Svizzera), che si sono dotati di normative ispirate a principi particolarmente liberali specificamente rivolte a promuovere i loro Paesi a sedi di arbitrati. Si è, infatti, osservato che anche attraverso una specifica disciplina ricognitiva, nella massima misura possibile, del diritto delle parti di regolare la soluzione delle controversie alle quali sono interessate secondo propri canoni di massima efficienza e adeguatezza (nei soli limiti previsti dalla normativa internazionale) è consentito alle imprese interessate al commercio internazionale, ed agli ordinamenti dotati di tali normative, di essere particolarmente competitivi sul piano internazionale.

In tal senso si è assistito, ad esempio, ad un progressivo ampliamento in molti ordinamenti dell'ambito riconosciuto all'arbitrabilità delle controversie ed alla progressiva riduzione delle cause di nullità dei lodi arbitrali. A questa tendenza si è adeguato anche l'ordinamento italiano, ma, secondo alcuni, non ancora in una misura sufficiente ad indurre a privilegiarne la scelta quale sede di arbitrati internazionali, essendo l'Italia ancora considerata, soprattutto all'estero, poco liberale e non particolarmente sensibile alle istanze del commercio internazionale. Si tratta, quindi, in tale prospettiva, quanto meno con riguardo all'arbitrato commerciale relativo a controversie, caratterizzate o meno da elementi di internazionalità, di valutare l'opportunità di ulteriori integrazioni normative idonee a rimuovere inequivocabilmente gli indicati pregiudizi. In ogni caso, come innanzi precisato, è comunque auspicabile, e forse anche sufficiente, uno sviluppo in tal senso dell'applicazione giurisprudenziale delle norme esistenti, la cui recente formulazione già ne consente un'applicazione "internazionalmente orientata": ad esempio, a proposito dell'estensione della compromettibilità per arbitrato delle controversie — anche future — riconducibili ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

5. Nella prospettiva ora indicata, nell'ambito degli arbitrati con sede in Italia, sembra pertanto logico che l'interpretazione ed applicazione delle norme nazionali in tema di arbitrato avvenga, nella massima misura possibile, attraverso l'impiego di tecniche abitualmente adottate per la soluzione delle controversie relative ai corrispondenti rapporti internazionali che hanno trovato conferma nella pratica giurisprudenziale dell'arbitrato internazionale.

Anzitutto, riconoscimento della tendenziale prevalenza e priorità delle scelte operate dalle parti a proposito della disciplina del loro programma contrattuale anche allorché, per garantirne la coerenza unitaria, coordinano e distribuiscono gli effetti economici delle diverse fonti normative e dei vari atti sovrani che a diverso titolo incidono sull'attuazione del rapporto contrattuale a prescindere dalla disponibilità di tali effetti secondo la specifica disciplina dell'ordinamento giuridico al quale appartengono tali fonti normative o atti sovrani. In tal modo, infatti, si garantisce alle parti di preservare, nella massima misura possibile, l'equilibrio degli interessi materiali alla base del loro rapporto in occasione della soluzione delle controversie ad esso relative: si riconoscono, così, gli effetti delle norme di applicazione necessaria volta a volta rilevanti rispetto alla disciplina dei vari aspetti del rapporto contrattuale ed allo stesso tempo si consente alle parti di distribuirne i costi e/o i rischi secondo la *ratio* alla base del rapporto in virtù delle regole di diritto scelte dalle parti (e non già di quelle previste nell'ordinamento di appartenenza delle norme di applicazione necessaria). Si pensi, ad esempio, alla rilevanza dell'applicazione di alcune disposizioni fiscali o valutarie la cui operatività dovrà essere garantita secondo la *lex loci executionis*, con contestuale possibilità di regolarne, sulla scorta della legge applicabile all'intero rapporto contrattuale, la trasferibilità degli effetti su una parte diversa da quella che deve subirli in virtù delle norme di applicazione necessaria della *lex loci executionis*.

A tale fine, in particolare, risulta possibile ed è legittimato l'impiego di tutte le specifiche tecniche attraverso le quali sono risolti, in ambito internazionale, i conseguenti conflitti di legge; impiego che deve tenere conto, da un lato, del ruolo dell'autonomia privata nelle sue diverse configurazioni in cui si manifesta nel diritto del commercio internazionale, e, dall'altro, della ineludibile rilevanza che assumono alcune leggi che, per loro caratteristiche e per loro prossimità ad alcune parti dei rapporti controversi, incidono a vario titolo su di essi e, quindi, anche nei casi in cui tale applicazione opera semplicemente alla stregua di qualsiasi altra circostanza fattuale (*local datum*). In tal modo, l'autonomia privata, come fattore di regolazione del rapporto, si manifesta con varie modalità: attraverso il suo impiego quale tradizionale criterio di collegamento internazionalprivatistico, oppure quale fonte di recezione convenzionale delle più varie normative di differenti origini, oppure quale fonte diretta di disciplina sostanziale del rapporto, oppure quale criterio convenzionale di distribuzione degli effetti e dei rischi che l'operatività di alcuni atti sovrani producono sul rapporto. Ed è proprio in funzione delle modalità di tale impiego che dovrà, volta a volta, esserne garantita l'attuazione rispettandone l'unitaria funzione rivolta a perseguire gli obiettivi di una compiuta realizzazione del programma contrattuale ed i relativi equilibri ad esso sottesi.

In particolare, per quanto riguarda la rilevanza che possono assumere anche diverse leggi nella regolazione della disciplina delle controversie

deferite alle determinazioni arbitrali dovrà, quindi, essere consentito alle parti di prevederne l'applicazione secondo le varie tecniche ed i vari criteri selettivi propri anche delle tradizionali regole del diritto internazionale privato per la disciplina dei vari aspetti del rapporto controverso e di quest'ultimo nel suo insieme.

Tra queste tecniche, ad esempio, rileva l'ampio impiego del c.d. *depeçage*, in virtù del quale si consente la parcellizzazione volontaria delle leggi applicabili in funzione delle specifiche esigenze relative alla disciplina materiale delle varie componenti del rapporto contrattuale. L'applicazione dei vari ordinamenti statali si presta, pertanto, ad essere effettuata anche in modo frazionato, in funzione della specifica idoneità della loro disciplina alla piena soddisfazione dell'intento pratico dei contraenti che, pur unitario, è qui da essi realizzato attraverso regole di diversa origine ed appartenenza applicabili alle varie componenti del rapporto contrattuale, che nel loro insieme costituiscono, appunto il loro programma contrattuale. Si giustifica, così, tale frazionamento della legge applicabile anche sulla scorta dell'*implied consent* delle parti in funzione non tanto della localizzazione dei vari aspetti del rapporto contrattuale, bensì della specifica idoneità dei relativi contenuti a perseguire gli obiettivi, ed a garantire gli equilibri tra le posizioni delle parti, posti alla base del loro pur unitario programma contrattuale.

In ogni caso, non si può prescindere dalla constatazione che, a quest'ultimo fine, negli arbitrati internazionali viene riconosciuto grande rilievo alla c.d. autosufficienza della disciplina sostanziale del contratto e della terminologia al riguardo adottata. Tanto che rispetto a tale regolamentazione, da un lato, ogni integrazione normativa è prevista solo in via eccezionale e, dall'altro, si applicano specifiche "definizioni" del lessico contrattuale, dotate di vera e propria autonoma portata normativa, formulate dalle parti con contenuti spesso diversi da quelli adottati nelle corrispondenti terminologie impiegate nei vari ordinamenti statali. Esse, infatti, anche nei casi in cui non presentano una compiuta portata normativa, contengono quanto meno precisazioni ulteriori ed integrazioni specifiche al riguardo che ne adeguano la portata prevista in uno specifico ordinamento giuridico in funzione delle particolari esigenze del programma contrattuale, con effetti, in ogni caso, essenziali nel determinarne le caratteristiche e la conseguente disciplina.

Pertanto, di tali definizioni e della tendenziale autosufficienza della relativa disciplina contrattuale alla quale risultano applicabili non si potrà fare a meno di tener conto secondo l'intento voluto dalle parti. In particolare, in via di principio, tale intento dovrà essere considerato valido ed idoneo a realizzarne gli effetti secondo i contenuti, spesso molto dettagliati, adottati al riguardo di cui si dovrà offrire un'applicazione che consenta l'impiego di criteri idonei a riconoscere, nella massima misura possibile, gli effetti voluti dalle parti in ogni sede in cui sono fatti valere.

6. Quanto ora indicato trova conferma in una recente sentenza della Cassazione (24 luglio 2014 n. 16963) nella quale, in occasione dell'impugnazione di un lodo nazionale, è stata riconosciuta la legittimità e la conseguente applicabilità, da parte di arbitri con sede nell'ordinamento italiano, di una specifica disciplina di alcune garanzie relative ad una compravendita internazionale di azioni: in particolare, si tratta dell'autonoma regolazione delle *indemnities* secondo una nozione e normativa applicabile a proposito di alcune specifiche voci della situazione patrimoniale della società compravenduta (regolazione autonoma rispetto a quella prevista dalla legge regolatrice del contratto) ed in particolare della disciplina legale delle garanzie relative alle azioni del *sale-purchase agreement*.

Si è infatti, riconosciuta al riguardo la legittimità di un regime di responsabilità del venditore per eventuali sopravvenienze passive successive alla conclusione del contratto riconducibili alle c.d. *business warranties* (rivolte ad assicurare la consistenza patrimoniale e la capacità reddituale dell'impresa) autonomo e distinto rispetto a quello previsto dalla legge applicabile al rapporto contrattuale a proposito delle c.d. *legal warranties* a favore dell'acquirente con riferimento alle azioni. Per quanto riguarda le prime, si è addirittura riconosciuta l'applicabilità ad esse di una vera e propria autonoma disciplina legittimata secondo i principi e nei soli limiti della normativa di diritto comune relativa alla legge regolatrice del contratto, mentre la specifica normativa relativa al contratto di compravendita di azioni è considerata rilevante soltanto a proposito delle c.d. *legal warranties* relative ad esse. Si riconosce, in altri termini, la legittimità della differenziazione del regime giuridico eventualmente adottato a proposito delle diverse garanzie prestate nell'ambito dello stesso contratto e della stessa operazione economica che ne è alla base (differenziazione in funzione degli specifici effetti sostanziali voluti dalle parti), secondo modalità e criteri condivisi nella pratica, in virtù di formulazioni che si sono rivelate, attraverso le tecniche ora indicate, in grado di essere uniformemente applicate nei vari ordinamenti interessati all'attuazione del contratto.

Una conferma, quindi, della possibilità di applicare anche innanzi ai giudici italiani, ed a maggior ragione nell'ambito di procedimenti arbitrali con sede in Italia, normative differenti alle componenti dello stesso rapporto contrattuale, secondo la diversificazione voluta dai contraenti (in virtù di una regolamentazione di alcune parti del loro rapporto adottata secondo criteri tendenzialmente autosufficienti in funzione delle specifiche esigenze del programma contrattuale). Tanto che, nella situazione innanzi indicata, pur trattandosi in entrambi i casi di garanzie relative ad una vendita, se ne è data una configurazione differente, secondo una disciplina propria di due diversi ordinamenti giuridici. Si sono così assoggettate le c.d. *business warranties* alla normativa delle *indemnities*, riconducibile all'ordinamento inglese, con evidente enfasi della rilevanza assegnata alla possibilità di un'autonoma e separata disciplina della parte relativa alle



garanzie della situazione patrimoniale del *business* trasferito attraverso la cessione azionaria rispetto a quella delle *warranties* limitata alle azioni oggetto del *sale-purchase agreement*.

D'altronde, della rilevanza dell'autosufficienza della regolamentazione di alcune parti dei rapporti contrattuali internazionali e della possibilità di operarne una compiuta attuazione da parte dei giudici statali (e quindi a maggior ragione da parte di arbitri) indipendentemente dallo specifico ordinamento applicabile alle altre parti di tali rapporti si è avuto un importante riscontro anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Infatti, in occasione del recente caso *Electrosteel* (causa C-87/10), si sono consolidate soluzioni rivolte ad individuare la disciplina di rilevanti aspetti di alcuni rapporti di contratti internazionali (ad esempio, a proposito della localizzazione del « luogo di consegna » dei beni oggetto di contratti internazionali di vendita a distanza) addirittura sulla base delle sole disposizioni di tali contratti, con specifica esclusione di qualsiasi riferimento al diritto sostanziale applicabile. In realtà, già in occasione della decisione *Car Trim* (causa C-381/08) non si era avuta esitazione ad escludere il ricorso alle norme di diritto internazionale privato, e al relativo diritto sostanziale indicato come applicabile, per localizzare il « luogo di consegna » dei beni compravenduti ai fini dell'esercizio della giurisdizione: esso, infatti, in tale occasione, venne dedotto dal regime giuridico voluto a questo specifico riguardo dalle parti, prescindendo totalmente dalla legge in generale applicabile alla vendita nell'ambito della quale tale consegna era intervenuta.

Identica soluzione, come accennato, è stata poi ribadita e meglio precisata nel successivo caso *Electrosteel* nel senso che in occasione dell'applicazione delle regole contrattuali si debba tener conto dell'autosufficienza della disciplina di alcune parti dei rapporti contrattuali a prescindere dalla legge applicabile all'insieme del rapporto, in particolare allorché tale autosufficienza sia idonea ad identificare un compiuto regime giuridico al riguardo rilevante, come è stato, ad esempio, specificamente riscontrato a proposito della determinazione del « luogo di consegna » (anche in virtù delle altre circostanze ricavabili dallo stesso contratto e dalle modalità di sua concreta attuazione). Tanto che, in tale occasione, si è ritenuto di precisare che, qualora i soli contenuti espressi nelle clausole del contratto non dovessero risultare adeguatamente sufficienti, si dovrà prendere in considerazione anche il luogo ove l'acquirente ha effettivamente conseguito o avrebbe dovuto conseguire la disponibilità dei beni compravenduti.

Pertanto, tali tecniche, e le accennate evoluzioni giurisprudenziali, legittimano l'autosufficienza e l'autodisciplina anche di parti dei contratti caratterizzati dalla loro internazionalità ed in particolare le possibili parcellizzazioni delle normative al riguardo rilevanti, secondo le diverse modalità di impiego delle varie espressioni dell'autonomia privata. Si

tratta, quindi, di prenderne atto e utilizzare tale autonomia valutativa riconosciuta alle parti con maggiore intensità anche nell'ambito delle soluzioni delle controversie affidate agli arbitrati che si svolgono in Italia, al fine di adeguarne le tecniche argomentative e decisionali alle parallele esperienze della pratica giurisprudenziale relativa ai rapporti del commercio internazionale. Ed in tale prospettiva si giustifica e si legittima ulteriormente un'interpretazione in senso internazionalistico della normativa italiana in tema di arbitrato, secondo il criterio indicato nei precedenti paragrafi. Tanto più che anche le relative disposizioni, secondo quanto innanzi precisato, risultano formulate ed indirizzate in tal senso.

7. Queste ultime considerazioni conducono, pertanto, a favorire, nella massima misura possibile, l'applicazione anche negli arbitrati con sede in Italia non solo delle regole (direttamente o indirettamente) indicate dalle parti, ma anche di quelle elaborate da organismi internazionali specificamente qualificati con riguardo a particolari rapporti di frequente ricorrenza nel commercio internazionale, anche se tali norme sono adottate prescindendo da un loro inquadramento in uno specifico ordinamento statale.

In realtà, con particolare riferimento alla rilevanza delle "regole di diritto" da ultimo ricordate, già è stato indicato nel precedente par. 3 che la stessa formulazione dell'art. 822 cod. proc. civ. non osta ad una loro diretta applicazione in sede arbitrale, come risulta anche da quanto dispone l'art. 829 penultimo comma cod. proc. civ. e dal rinvio operato dall'art. 832 cod. proc. civ. ai regolamenti arbitrali che, nella generalità dei casi, prevedono la possibilità di applicare "regole di diritto" a prescindere dalla loro appartenenza o riconducibilità ad uno specifico ordinamento statale.

D'altro canto, l'impiego di tali "*rules of law*" è sempre più frequente, e non soltanto negli arbitrati internazionali (anche se è proprio in occasione di tali arbitrati che il riferimento ai loro contenuti conferisce specifica prova della loro effettiva applicazione alla stessa stregua di norme statali). Un esempio particolarmente significativo riguarda il "*set of rules*" codificato negli *Incoterms* elaborati dalla Camera del Commercio Internazionale, che costituisce ormai un riferimento normativo dotato di sicura effettività nella risoluzione delle controversie relative a rapporti contrattuali internazionali di compravendita di cose mobili e pertanto rappresenta un ineludibile strumento da impiegare, in particolare, nella determinazione del momento e del luogo del passaggio dei rischi relativi ai trasferimenti della proprietà di beni oggetto di cessioni anche a diverso titolo.

A conferma di quanto indicato, d'altronde, è sufficiente ricordare la già citata decisione della Corte di Giustizia nel caso *Electrosteel* in cui è

stato precisato che, con riguardo alla determinazione del luogo di consegna dei beni compravenduti, dovranno essere applicate, a prescindere dalla legge applicabile al relativo rapporto contrattuale, anche le regole di diritto ed i principi generalmente riconosciuti quali risultano « sanciti dagli usi del commercio internazionale » (come si verifica, appunto, per quelli previsti nei predetti *Inconterms*).

Anche tali principi e regole di diritto devono, pertanto, ritenersi “as rules of law governing the contract” allorché (i) sono direttamente richiamati dalle parti alla stessa stregua di una legge regolatrice del contratto oppure sono “incorporated in the contract”, anche implicitamente, quale strumento di integrazione della sua disciplina nel completamento dell’autosufficienza della regolamentazione del rapporto contrattuale oppure (ii) rilevano come regole di codificazione degli usi direttamente applicabili al rapporto contrattuale dai quali le parti possono prescindere soltanto in virtù di una specifica deroga convenzionale.

Nella stessa direzione, pertanto, deve essere orientata anche la concreta applicazione di tali norme o regole di diritto ai fini della soluzione di controversie riconducibili alla competenza di arbitri con sede in Italia. Né in senso contrario può essere fatta valere, per le ragioni già esposte, un’interpretazione dell’art. 822 cod. proc. civ., laddove precisa che gli arbitri « decidono secondo le norme di diritto », secondo un significato che limiti i poteri degli arbitri all’applicazione delle sole norme appartenenti ad un ordinamento statale. Ed altrettanto si deve osservare a proposito delle riserve da più parti espresse (in occasione del regolamento U.E. c.d. Roma I e dei lavori della Conferenza dell’Aja sul diritto internazionale privato) nei confronti delle clausole in cui l’autonomia privata si esprime a favore dell’applicazione di regole di diritto non riconducibili ad uno specifico ordinamento statale. In realtà, la pratica degli arbitrati del commercio internazionale ed il riconoscimento dei loro effetti nell’ambito dei vari ordinamenti statali conferma l’effettività e la legittimità dell’impiego di tali norme come vere e proprie “regole di diritto” oltretutto l’intensità e l’utilità del loro utilizzo. Di tali regole e dalla loro applicazione sembra, pertanto, che non si possa fare a meno anche in attuazione della disciplina italiana dell’arbitrato. In ogni caso sembra escluso che tale disciplina ne precluda l’impiego, salvo espressa indicazione al riguardo delle parti interessate al rapporto.

A maggior ragione quanto ora indicato vale a proposito dei rapporti contrattuali con riferimento ai quali le parti hanno specificamente inteso estendere l’applicazione di norme di diritto uniforme previste in una vera e propria Convenzione internazionale in quanto hanno considerato i loro rapporti sostanzialmente assimilabili (per la funzione da essi assegnatagli) a quelli in tale sede regolati. In quest’ultimo caso, quindi, tale disciplina, con tutti gli effetti ad essa propri, dovrà essere considerata riconducibile

ad un sistema, tendenzialmente completo, di “regole di diritto”, di cui anche nell’ambito degli arbitrati con sede in Italia dovrà essere garantita l’applicazione.

Ma non soltanto. Tali normative, di varia origine internazionale, potranno anche essere integrate, in occasione della loro applicazione, non solo in virtù dei principi da esse, volta a volta, specificamente e direttamente ricavabili, ma anche sulla base dei più generali principi relativi ai rapporti contrattuali internazionali da considerare, se pur indirettamente, ricompresi nei principi alla base delle varie normative ora indicate.

Naturalmente, nella ricognizione e nella precisa determinazione di tali regole e principi, non si potrà prescindere anche dai precedenti giurisprudenziali, ed in particolare da quelli specificamente arbitrati, operanti nei vari ordinamenti statali interessati dalla loro applicazione. Infatti, come è noto, ai fini ricognitivi del contenuto di tali regole e principi è proprio la loro “pratica applicativa”, ed in particolare quella arbitrale, che consente di precisarne i contenuti e, spesso, di adeguarne gli effetti alle particolari esigenze dei vari rapporti contrattuali. D’altronde, la particolare rilevanza delle pratiche giurisprudenziali ora indicate trova riscontro anche quale elemento interpretativo assai prezioso in occasione della puntuale determinazione della portata di ogni espressione impiegata nelle regole di diritto relative alla normativa in esame, oltretutto nell’individuazione dei principi che ne sono a fondamento e da cui non è possibile prescindere nella loro applicazione ed interpretazione in occasione delle risoluzioni di controversie caratterizzate da elementi di internazionalità.

8. La prospettiva di un’interpretazione internazionalmente orientata della normativa italiana relativa all’arbitrato vale anche con riferimento ai profili più rigorosamente processuali, nell’ambito dei maggiori spazi che, a seguito della riforma del 2006, sono previsti e garantiti all’autonomia delle parti ed alle relative determinazioni in virtù dell’art. 816-*bis* cod. proc. civ. e più in generale in virtù della sempre maggiore estensione degli effetti prodotti dal principio consensualistico posto al fondamento dell’istituto dell’arbitrato.

Nessun dubbio, anzitutto, in merito alla piena libertà degli arbitri di organizzazione e di determinazione dei tempi relativi allo svolgimento del procedimento, pur nel rispetto dei principi fondamentali e qualificanti dell’esercizio dell’attività giurisdizionale di cui si è fatto cenno al par. 1. Pertanto, ad esempio, piena libertà in merito alla fissazione dei termini e dei modi di scambio degli atti, nei soli limiti del rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento di entrambe le parti. In tale prospettiva, pur in presenza di differenti opinioni espresse dalla dottrina, si ritiene che nell’ambito dei poteri degli arbitri di scandire i tempi del processo vi sia anche la possibilità di determinare termini perentori e specifiche preclusioni per il compimento dei vari atti di cui si compone il procedimento arbitrale.

Pertanto, piena libertà dalle preclusioni previste per il giudizio ordinario dal nostro cod. proc. civ., salvo quelle specificamente volute dalle parti o determinate dal collegio arbitrale, ed in particolare piena libertà di modellare il procedimento arbitrale, secondo quanto innanzi accennato, con riferimento alle deduzioni probatorie, al deposito dei documenti e al deposito degli atti finali. Ed altrettanta libertà è riconosciuta agli arbitri in merito alle modalità di esercizio del loro potere decisorio: sarà loro consentito di decidere con ordinanza revocabile le varie questioni che sorgono durante il procedimento oppure di provvedere, ove del caso, con lodo non definitivo oppure, in alternativa, di riservarne la decisione al prosieguo con differimento alla pronuncia del lodo definitivo.

Già da quanto esposto risulta, quindi, l' idoneità dell'attuale disciplina italiana dell'arbitrato, e degli spazi di libertà in essa riconosciuti alle parti ed agli arbitri, a modellare lo svolgimento dei procedimenti arbitrali con sede in Italia in coerenza con criteri e modalità propri dei procedimenti caratterizzati da elementi di internazionalità secondo la pratica abitualmente adottata e gli specifici regolamenti operanti in merito alla soluzione di controversie relative al commercio internazionale.

Tra tali spazi rilevano anche profili apparentemente di dettaglio relativi al concreto svolgimento della procedura arbitrale: tra essi particolarmente rilevante è quello relativo all'acquisizione ed allo svolgimento della prova. Una specifica attenzione deve, pertanto, essere riservata alla possibile utilità delle regole abitualmente impiegate nella pratica dell'arbitrato internazionale che hanno trovato una compiuta, anche se su alcuni aspetti addirittura eccessivamente dettagliata, elaborazione nelle c.d. *IBA (International Bar Association) Rules* ed in particolare in quelle regole "on the taking of evidence in International Commercial Arbitration" alle quali le parti o gli stessi arbitri possono fare riferimento all'avvio della procedura arbitrale, per stabilirne la vincolante applicazione durante lo svolgimento della procedura. In tal modo sarà pertanto possibile, ad esempio, prevedere e regolare con precisione il ricorso alla c.d. testimonianza scritta al di là di quanto genericamente previsto nell'art. 816-ter, comma 2 cod. proc. civ..

In particolare, sarà, infatti, possibile indicare le specifiche e vincolanti modalità attraverso le quali devono essere presentati i c.d. *witness statements*, precisandone la relativa scansione secondo criteri che prevedano un adeguato periodo temporale per la loro analisi prima dello svolgimento dell'udienza orale, nell'ambito della quale gli *witness* potranno essere invitati a comparire su richiesta di entrambe le parti, di una sola di esse o dello stesso collegio arbitrale, al fine di confermarne i contenuti e di precisarli ulteriormente.

Ma non soltanto. In tale occasione, attraverso l'ausilio delle *IBA Rules*, potrà essere anche più specificamente regolamentato il ricorso alla *cross-examination* (il c.d. controinterrogatorio) sulle parti delle dichiara-

zioni testimoniali che si intende contestare e di cui è opportuno specificamente individuare il contenuto. A tale fase, inoltre, potrà anche seguire una ulteriore *re-direct examination*, con la precisazione se, ed in quale misura, gli *witness* potranno essere interrogati anche su aspetti estranei agli argomenti di cui al loro originario *statement* ma rilevanti nei loro contenuti rispetto alla decisione della controversia, utilizzando le varie codificazioni operate al riguardo dalle più significative esperienze arbitrali (tra le quali quella elaborata da parte dell'IBA e nei vari regolamenti adottati dalle Camere Arbitrali).

Ciò che, comunque, soprattutto rileva dalla indicata c.d. pratica arbitrale internazionale è la possibilità di allargare l'ambito dei soggetti che possono essere chiamati a fornire testimonianza, tra i quali possono essere comprese anche persone alle dipendenze delle parti e gli stessi loro legali rappresentanti, oltretutto esperti professionalmente qualificati su aspetti tecnici (anche su specifici argomenti giuridici). Del loro contributo il collegio arbitrale potrà, pertanto, giovare senza preclusioni eccessivamente rigide (come quelle previste nell'ordinamento italiano) secondo un giudizio da effettuare volta a volta sulla scorta delle circostanze del caso in merito alla loro "personal credibility" e, comunque, senza pregiudizio dell'ulteriore facoltà di nominare consulenti tecnici d'ufficio (soprattutto per verificare quanto rappresentato dagli indicati *expert witness*).

Inoltre, a conferma della maggiore flessibilità dell'istruzione probatoria condotta in sede arbitrale, nell'ambito delle esperienze vissute in occasione dei c.d. arbitrati internazionali, rispetto a quelle innanzi ai giudici e negli arbitrati nazionali, è ancora da ricordare che è abituale che gli avvocati delle parti assistano i testimoni nella formulazione del loro *witness statement* e nella preparazione del loro interrogatorio nell'udienza orale. Tale pratica, infatti, è abitualmente valutata in senso positivo in quanto, se condotta secondo criteri deontologicamente corretti ed allo specifico fine di mettere in particolare rilievo gli aspetti qualificanti della propria difesa (e pertanto senza in alcun modo favorire una falsa rappresentazione della realtà processuale), risulta molto proficua nel consentire agli arbitri di percepire e di provvedere adeguatamente sui profili essenziali (di fatto e di diritto) della materia controversa.

Si tratta, quindi, di una modalità non da escludere nella concreta attuazione della regolamentazione dell'arbitrato con sede in Italia, anche se in contrasto con i principi relativi alla testimonianza previsti nel cod. proc. civ.. Peraltro, al riguardo, è necessario saperne percepire esattamente i positivi risultati, con piena consapevolezza dei rischi e dei limiti entro i quali l'accennata modalità può essere impiegata. In merito a quanto ora indicato può essere di grande aiuto la specifica disciplina adottata nella citata normativa elaborata in sede IBA e, con particolare riguardo al ruolo dell'avvocato nella preparazione dei testimoni, la re-

cente esperienza dell'ordinamento francese ed in particolare le determinazioni adottate dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Parigi per garantirne le corrette modalità di attuazione.

9. Analoghe considerazioni sono pure estensibili all'utilizzo, negli arbitrati con sede in Italia, della pratica relativa alla c.d. *disclosure* in virtù della quale « a party is entitled to require the counterparty to disclose documents relevant for the case » purché essi siano chiaramente identificati e nella disponibilità della parte richiesta. Tale pratica, infatti, risulta sicuramente compatibile con i principi di ordine pubblico processuale dell'ordinamento italiano, anche se non è specificamente regolata nel cod. proc. civ. e resta la consapevolezza della difficoltà di attuarne compiutamente gli effetti in tutti i casi in cui la parte richiesta si rifiuta di provvedere nonostante la specifica determinazione in tal senso da parte del collegio arbitrale.

Non essendo, infatti, possibile ottenere, in assistenza dell'effettività delle determinazioni adottate nel corso del procedimento arbitrale, uno specifico provvedimento giudiziario dotato dei requisiti di esecutività ed essendo, comunque, non agevole ottenere un provvedimento equivalente a sensi del cod. proc. civ. italiano, gli effetti di tale mancata cooperazione da parte del soggetto destinatario della richiesta di *disclosure* che non sia giustificata da adeguate ragioni, dovranno essere valutati discrezionalmente dal collegio arbitrale. Da tale comportamento, pertanto, si potrà soltanto desumere argomenti di prova contrari a tale parte (ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ.) ed anche far valere ulteriori eventuali specifici effetti negativi a carico della parte che non collabora allorché essi siano previsti e condivisi con le parti in sede di avvio del procedimento arbitrale ai sensi della specifica facoltà prevista nell'art. 816-*bis* cod. proc. civ.. Facoltà, quest'ultima, che potrà essere utilizzata anche nel corso del procedimento arbitrale, in virtù del principio consensualistico che lo caratterizza in ogni sua fase nonostante la restrittiva formulazione dell'art. 816-*bis* innanzi citato. In ogni caso, peraltro, tale modalità di acquisizione delle prove nel procedimento arbitrale non potrà mai essere utilizzata e tanto meno convenuta per legittimare c.d. *fishing expeditions*, la cui fattibilità è, invece, sicuramente incompatibile con i principi dell'ordine pubblico processuale dell'ordinamento italiano.

Deve, infine, essere posta in rilievo l'importanza pratica che alcune tecniche espositive (e di produzione delle relative prove) adottate negli arbitrati internazionali possono avere anche nello svolgimento dei procedimenti arbitrati con sede in Italia. Tra queste, particolarmente utile è l'impiego delle c.d. *Redfern Schedules*, sia con riferimento ai documenti la cui produzione è oggetto di contestazioni in sede di *discovery* sia con riferimento all'ammissibilità e rilevanza delle circostanze oggetto di prova

testimoniale. A questo riguardo la loro adozione impone, infatti, alle parti di riassumere, in un unitario contesto secondo identiche modalità e comuni criteri caratterizzati da particolare efficienza ed essenzialità, gli specifici punti oggetto delle divergenti valutazioni, riservando nella stessa scheda all'ultima colonna un adeguato spazio per le definitive determinazioni arbitrali di rigetto o di accoglimento di ogni specifica istanza riportata nella prima colonna.

In tal senso, quindi, si ha una conferma che il percorso verso l'internazionalizzazione dell'arbitrato interno progressivamente intrapreso dal nostro legislatore (con sempre maggiore convinzione nel corso degli ultimi decenni) può essere proficuamente proseguito e meglio finalizzato dalla giurisprudenza arbitrale e dai giudici ordinari che dovranno operarne i previsti controlli qualora si ritenga che debba essere particolarmente valorizzata l'impostazione internazionalistica che caratterizza, per le ragioni innanzi esposte, il D. Legs. n. 4 del 2006 e le innanzi ricordate (al par. 2) decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte Costituzionale.

*This paper explores the evolution of the Italian rules on arbitration (as especially featured by articles 2 and 3 of the Italian Code of civil procedure and by the Law No. 218/1995 on the Italian Private International Law system) in light of the crisis which has affected the principle of the State's monopoly of jurisdiction, as evidenced by the emergence of various forms of non-state jurisdiction as well as by the gradual expansion of party autonomy as regards the possibility to lodge actions with courts others than States' courts. The author suggests the opportunity of interpreting the Italian rules on arbitration in accordance with the most recent developments undergone by this matter at the international level. These developments essentially rest on the assimilation of arbitration proceedings to the exercise of jurisdiction by domestic courts (as confirmed by article 824 bis of Italian Code of civil procedure), on parties' autonomy being given extended scope and effects (including the possibility to use the so called depeçage technique) and on arbitration proceedings being considered compatible also with the application of rules of law others than those existing under a specific national legal system (such as the IBA Rules). This approach has eventually been confirmed by the Italian Corte di Cassazione (through its judgment of July 24<sup>th</sup>, 2014, no. 16963) as well as by the EU Court of Justice (Car Trim and Electrosteel). The author highlights that among the Italian rules on arbitration providing a basis for the proposed interpretation are primarily articles 816 bis, 822, 823 and 829 of Italian Code of civil procedure. It is noted, however, that the scope of party autonomy and the extent to which the favor arbitrati principle is endorsed by the Italian rules need to be further improved. In light of the characters of domestic arbitration becoming more and more similar to those of international arbitration, the author holds that the techniques developed with regard to international arbitration can be resorted to also for the purposes of interpreting national rules on domestic arbitration.*



## Il concetto di pubblica amministrazione tra arbitrato e giudizio di ottemperanza

EUGENIO PICOZZA (\*)

1. Premessa. — 2. Il concetto di pubblica amministrazione nel codice del processo amministrativo. — 3. La possibilità per “la pubblica amministrazione” di richiedere il giudizio di ottemperanza del lodo contro altre parti, pubbliche o private. — 4. Conclusioni.

1. Il codice del processo amministrativo approvato con d. lgs. 2.07.2010 n. 104 e s.m.i. pone tra i numerosi problemi una particolare delicatezza di indagine nella esatta interpretazione ed applicazione del concetto di “*pubblica amministrazione*” (1).

Infatti all’articolo 112 (disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza) dopo aver stabilito al primo comma che “*i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*” fissa i limiti e il campo di applicazione dell’azione stessa di ottemperanza (2): essa infatti può essere proposta per conseguire

---

(\*) Professore ordinario nella Università di Roma Tor Vergata.

(1) P. STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2012, 876; F. SAIITA, *Prove tecniche di applicazione del codice del processo amministrativo: Palazzo Spada... incerto tra eccezioni in senso proprio e mere difese*, nota a Consiglio di Stato, 7 novembre 2011, n. 5883, sez. V, in *Foro amm. CDS*, fasc.1, 2012, 128.

(2) Per una prima analisi di questa disposizione si veda A. DAIDONE - F. P. GRIFFI, in *Codice della giustizia amministrativa*, G. Morbidelli (a cura di), Milano, 2015, 1033-1034: “*I predetti orientamenti giurisprudenziali hanno trovato una loro consacrazione nel comma 1 dell’art. 112 del Codice laddove stabilisce che: “i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti”. Questa norma disciplina una delle più importanti ipotesi di giurisdizione esclusiva estesa al merito attribuita al giudice amministrativo, potendosi quest’ultimo sostituirsi alla P.A. inadempiente nell’adozione dei provvedimenti necessari a dare attuazione alla pronuncia giurisdizionale non eseguita, direttamente o — come di regola avviene — a mezzo di un commissario ad acta (Police, Attualità e prospettive, 1437; Police, Il ricorso di piena). L’ampiezza del suo ambito di applicazione pone, tuttavia, alcune criticità. Per quanto attiene all’ambito oggettivo, la relazione finale di accompagnamento al Codice riconosce nella nuova configurazione del sistema un obiettivo di “concentrazione”, per cui sembrano confluire nel giudizio “tutte le questioni di inesecuzione, elusione, violazione del giudicato, oltre che tutte le questioni che insorgono nel corso del giudizio a seguito degli atti del commissario ad acta”. A tale criterio si somma poi una “regola del caso concreto”,*

tra l'altro l'attuazione "...e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della p.a. di conformarsi per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" (3).

Il combinato disposto di queste due norme pone innanzitutto una problematica di carattere generale se cioè l'azione di ottemperanza sia proponibile non solo nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche nei confronti delle altre parti soccombenti, dal momento che, come

---

secondo cui "una volta che vi è una sentenza che ha dettato la regola del caso concreto, ogni provvedimento successivo va rapportato al giudicato e sindacato nel giudizio di ottemperanza". Queste indicazioni consentono di riconoscere un'ampia estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto, che si riflette anche sul piano soggettivo. A tal riguardo, sembra ormai pacifica l'interpretazione secondo cui anche i soggetti privati ai quali sono affidati servizi o funzioni pubbliche in regime di outsourcing, siano definibili "pubbliche amministrazioni" (Travi, *L'esecuzione*, 4656) e, in quanto tali, sottoponibili al giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, IV, 29.10.2001 n. 5624, FI2002, III, 273; Tar Sicilia Catania, I, 31.01.2008 n. 215). A sostegno di una tale visione contribuisce, altresì, il riferimento nella norma alle "altre parti" soprattutto se letto in combinato disposto con l'art. 42 del Codice, ove si ammette che un soggetto privato possa essere parte resistente nel processo nonché ricorrente incidentale. La giurisprudenza ha, comunque riconosciuto un limite in caso di condanna di un soggetto privato all'esibizione di un documento ai sensi dell'art. 25, l. 7.8.1990 n. 241, ove l'obbligo di esibizione, infatti, deve essere stato definitivamente accertato in esito a un giudizio amministrativo connesso con lo svolgimento di attività a rilevanza pubblica (CGAS, 13.02.2007 n. 42). È evidente, quindi come il legislatore, sulla scorta dei principali orientamenti giurisprudenziali, abbia sposato l'assunto della rilevanza della natura oggettiva dell'attività svolta, anche in ordine alla definizione dei profili soggettivi di estensione della disciplina". Si veda anche C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in *Il codice del processo amministrativo*, B. Sassani - R. Villata, Torino, 2012, 1248: "Il duplice riferimento ai provvedimenti del giudice amministrativo che devono essere eseguiti dall'amministrazione (e dalle altre parti); ed alle sentenze ed ai provvedimenti amministrativi esecutivi suscettibili di ottemperanza, affranca anche linguisticamente la disciplina positiva dell'archetipo ottocentesco "dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" e a tutti i corollari che la "normazione pretoria" ne aveva ricavato".

(3) R. VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 03, 1123; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, Milano, in *Enc. dir., Annali II*, tomo 2, Milano, 2008, 818; M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, *Federalismi.it*, 27.09.2010; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del Codice del processo amministrativo*, *Giustamm.it*, 2011; A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza (dir. Amm.)* in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2006; G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2011, pag. 1321; M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1291; Tra i principali commenti cfr. G. MORBIDELLI, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; R. CARANTA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Bologna, 2011; M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, pag. 198 e ss.; F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012; E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010; R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010. Per quanto riguarda in particolare i rapporti con l'arbitrato si veda: A. MEALE, *Il giudizio di ottemperanza e l'esecuzione del lodo arbitrale*; in *Urb. e appalti*, 2011, 10, 1207 e ss.; A. PANZAROLA, *Giudizio di ottemperanza e lodo rituale di condanna della p.a.*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2009, 108 e ss.; C. ASPRELLA, *La proponibilità del rimedio dell'ottemperanza ai fini dell'esecuzione di lodo arbitrale esecutivo inoppugnabile*, in questa *Rivista*, fasc. 3, 2011, 440.

si è appena riportato, i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti non solo dalla medesima pubblica amministrazione, ma anche dalle altre parti <sup>(4)</sup>. Poiché non risultano, almeno a mia conoscenza, precedenti specifici in tema da parte dell'Adunanza Plenaria e del Consiglio di Stato <sup>(5)</sup>, posso solo suggerire una soluzione positiva di tipo

---

<sup>(4)</sup> Si veda sull'argomento quanto scritto da R. ARBIB - M. DI LULLO nel commento all'art. 112 in *Codice del processo amministrativo*, M. Sanino (a cura di), Torino, 2011, 452: "La prescrizione contenuta nel 1° comma dell'articolo in esame ("I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti") suscita la riflessione se le parti private del giudizio di cognizione — non i soggetti privati che esercitano potestà pubbliche, che sono ovviamente assimilabili alle Amministrazioni — siano anch'essi tenute all'ottemperanza, in ossequio al principio di effettività della tutela del ricorrente vittorioso e del dovere di leale cooperazione che grava su tutte le parti. Il codice innova la disciplina precedente, che come s'è visto prima menzionava soltanto l'Amministrazione. Va ricordato peraltro che, nella configurazione del giudizio di ottemperanza ex r.d. n. 642/1907, oggi non più in vigore, non era richiesta la notifica alle controparti dell'atto, che veniva semplicemente depositato ed era poi la segreteria del Giudice amministrativo adito ad avvisare la sola Amministrazione. Oggi le modalità sono ben diverse e, a norma dell'art. 114, 1° comma, il ricorso va notificato all'Amministrazione ed a tutte le altre parti, dunque anche private, in effetti suscettibili di ricevere riflessi dall'ottemperanza in quanto titolari di una posizione opposta (i controinteressati) o corrispondente (cointeressati) rispetto a quella del ricorrente. quanto invece alla parte che propone il ricorso, prima del Codice era pacifico che la legittimazione spettasse al vincitore del giudizio di cognizione. Come si vedrà fra breve, invece, poiché nell'ambito dell'ottemperanza possono essere chiesti chiarimenti sulle modalità esecutive della pronuncia, in questa prospettiva dovrebb'essere ammesso a ricorrere chiunque vi abbia interesse e dunque, in sintesi, anche l'Amministrazione chiamata ad ottemperare o il Commissario ad acta nominato dal giudice ex art. 114, 4° comma, lett. d) del Codice". Sul punto si veda anche F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, pag. 1060 e ss.: "Alcune pronunce del Consiglio di Stato hanno dato risposta affermativa, sul presupposto che occorre avere riguardo al profilo oggettivo dell'esercizio da parte del privato di un potere pubblicistico. (...) L'interpretazione più corretta sembra essere quella secondo cui tutte le parti, anche i soggetti privati, debbano eseguire il giudicato. E tanto specie se si ammette che possa essere parte resistente nel processo anche un soggetto privato come è attualmente previsto dall'art. 42 che consente la proposizione di ricorso incidentale genericamente alle parti resistenti in giudizio".

<sup>(5)</sup> Si veda comunque T.A.R. Catania (Sicilia) sez. I, 18.01.2013, n. 165 "È ammissibile l'azione di ottemperanza proposta nei confronti di soggetti privati sia perché l'art. 112 c.p.a., laddove afferma che "I provvedimenti del g.a. devono essere eseguiti dalla p.a. e dalle altre parti", pone un generale principio di ammissibilità dell'azione proposta anche nei confronti di soggetti privati e non solo nei confronti della p.a., sia perché, se inteso con questa connotazione "allargata", il giudizio di ottemperanza va a realizzare quel principio di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.) che, per espressa disposizione di legge, è realizzato attraverso la concentrazione davanti al g.a. di ogni forma di tutela di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi, sia, infine, perché, in base alle disposizioni costituzionali (art. 103 cost.) il g.a. non è il giudice esclusivo dell'amministrazione, ma il giudice dell'interesse legittimo — ed in particolari materie anche dei diritti soggettivi — sicché appare costituzionalmente legittima l'attribuzione del compito di garantire l'attuazione del giudicato (anche nei casi in cui l'obbligo di esecuzione gravi su una parte privata) venendo in rilievo la tutela di un vero e proprio diritto soggettivo, affidata dal legislatore ordinario al g.a."; T.A.R. Ancona (Marche) sez. I, 08.03.2013 n. 190 "Nel processo amministrativo l'azione di ottemperanza può essere proposta anche nei confronti di soggetti privati, in quanto l'art. 112 c.p.a., laddove afferma che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla Pubblica amministrazione e dalle altre parti, pone un generale principio di ammissibilità dell'azione non solo nei confronti della Pubblica amministrazione, ma anche di soggetti privati". In senso contrario invece T.A.R. Aosta (Valle d'Aosta) sez. I, 27.07.2011 n. 52 "Il sistema di tutela apprestato dall'art. 112 c.p.a. mal si attaglia ad una controversia tra privati, in quanto costruito sulla necessità di assicurare che la p.a. inadempiente provveda all'esecuzione della decisione, se del caso mercé la sostituzione del giudice

analogico basata sulla riconosciuta ammissibilità per la pubblica amministrazione di adire in sede di giurisdizione esclusiva e nelle materie contemplate dall'articolo 133 C.p.A. il giudice amministrativo territorialmente e funzionalmente competente per ottenere l'esecuzione specifica coattiva ex art. 2932 c.c. non solo dei contratti preliminari e degli impegni a contrarre, ma anche più in generale degli obblighi imposti al privato direttamente dalla legge o sulla base della sua riserva da un provvedimento amministrativo generale o particolare <sup>(6)</sup>.

Tale orientamento costituisce ormai *jus receptum* perché convalidato sia dal massimo giudice amministrativo, il Consiglio di Stato con l'Adunanza Plenaria 28/2013 sia in sede di impugnazione proprio di quella sentenza, dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 4683/2015 <sup>(7)</sup>.

Osservo quindi che dato che l'azione ex art. 2932 c.c. è un'azione mista sia di cognizione che di esecuzione laddove l'autotutela giudiziale realizza direttamente gli effetti del contratto non concluso o degli altri obblighi ed obbligazioni imposti direttamente o mediamente dalla legge <sup>(8)</sup> —, l'interpretazione in chiave retorica (il più comprende il meno) consente di proporre una risposta positiva anche per quanto riguarda la possibilità di ottenere questa pronuncia all'esito di un lodo arbitrale

---

*all'Amministrazione — direttamente (art. 114 comma 4, lett. a e c) od indirettamente, attraverso un suo ausiliario (art. 21 e 114 comma 2, lett. a) — nell'esercizio di una giurisdizione che è estesa al merito amministrativo. L'ordine del giudice di ottemperare alla sentenza passata in giudicato, pur accompagnato dalla prescrizione delle relative modalità, qualora rivolto ad un soggetto privato finirebbe per non costituire altro che il contenuto di una sentenza di condanna, non altrimenti eseguibile che attraverso gli ordinari strumenti di cui al libro III del codice di rito civile: cioè l'esito di un giudizio anch'esso puramente cognitorio, che vertendo tra privati spetta al giudice civile, al quale appartiene pure il giudizio ordinario di esecuzione forzata".*

<sup>(6)</sup> L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932 c.c.)*, Padova, 2012; M. ANNUNZIATA, *L'applicazione dell'art. 2932 nella P.A.*, in *Giur. di merito*, 1990, 428 ss.; S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 1991, 79; S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Tratt. di Dir. Priv.* (diretto da) P. Rescigno, Torino, 1985; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. di Dir. priv.*, (diretto da) P. Rescigno, Torino, 1994; S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato dei contratti* (diretto da) P. Rescigno, Torino, 1963.

<sup>(7)</sup> V. CAPUZZA, *L'azione civilistica ex art. 2932 cod. civ. nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: considerazioni rapsodiche sugli effetti incogniti della sentenza Cass. sez. Unite, n. 4683/2015*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>(8)</sup> C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953; E. ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*, voce in *Nuovo dig. It.*, n. 5 sub A), 1938, 506; E. ALLORIO, *L'esecuzione forzata*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 724; F. D. BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980; F. P. LUISO, *Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 18; G.A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1977, 537; L. MONTESANO, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 528 ss.; V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 508 e ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. Rescigno, XX, Torino, 1988; A. DI MAIO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla pubblica amministrazione nell'ambito della cartolarizzazione immobiliare*, in *I Contratti*, 2007, 8-9, 579 e ss.; L. MONTESANO, *Obblighi di fare e azioni civili contro la pubblica amministrazione*, in *Foro.it*, 1961, I, 951 e ss.;

divenuto inoppugnabile. Ovviamente la soluzione qui affacciata non riguarda l'intero ambito di giurisdizione del giudice amministrativo ma — coerentemente con la disposizione generale del codice del processo riguardante le controversie arbitrali (“art. 12 Rapporti con l'arbitrato <sup>(9)</sup>: *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 ss. c.p.c.*” <sup>(10)</sup>).

Sono, cumulativamente le controversie:

a) che rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 C.p.A. e sempre che il giudice amministrativo abbia giudicato in materia di diritti soggettivi <sup>(11)</sup>;

---

F. BRAVO, *Arbitrato rituale e pronunce costitutive ex art. 2932 c.c. nei confronti della p.a.*, in *Contratti*, 2002, 2, 133 e ss.; M. ANNUNZIATA, *Applicazione dell'art. 2932 nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. Merito*, 1990, IV, 428 e ss.

<sup>(9)</sup> Si veda A. DAIDONE, in *Codice della giustizia amministrativa*, G. Morbidelli (a cura di), Milano, 2015, 281-282: “Considerato che anche l'attuale testo dell'art. 12 c.p.a. ha previsto la facoltà di devolvere ad arbitri le sole controversie concernenti diritti soggettivi non sembrano porsi particolari problemi in ordine all'ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie risarcitorie derivate da lesione di interessi legittimi. Ciò in quanto la giurisdizione sul risarcimento del danno — come evidenziato peraltro dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 204/2004 e 191/2006 — non può ritenersi una giurisdizione su diritti soggettivi ma, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, una forma di tutela dell'interesse legittimo ulteriore rispetto a quella demolitoria e conformativa (sui limiti alla compromettibilità in arbitrato dell'interesse legittimo cfr Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa*, 627). Di contro, come noto, diverso indirizzo ermeneutico ha ritenuto che il diritto soggettivo al risarcimento per la lesione della posizione sostanziale di interesse legittimo e autonomo e separato da quest'ultima, traendo fonte dall'ingiusta lesione subita dal titolare della posizione (cc. SU, 23.12.2008 n. 30254). In quest'ottica si tratterebbe in concreto di azionare un diritto soggettivo patrimoniale (un diritto di credito risarcitorio): azione proponibile anche dinanzi al collegio arbitrale. Ad ogni modo, la formula contenuta nell'art. 12 c.p.a., riferendosi espressamente ai soli diritti soggettivi, non lascia spazio ad interpretazioni che siano idonee a ricomprendere anche le controversie riguardanti ogni forma di tutela diversa, quale quella dell'interesse legittimo (in tale senso, Pajno, *La giurisdizione*, 90). La relativa questione, pertanto, non potrebbe essere annoverata fra quelle concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione amministrativa, compromettibili in arbitri ai sensi dell'articolo in commento (è solo il caso di ricordare che la dottrina è sempre stata critica anche in merito alla sussistenza in capo agli arbitri di disapplicare atti amministrativi: Antoniolì, *Arbitrato*, 704; Fazzalari, *Arbitrato*, 368; in giurisprudenza: *Cons. Stato*, ad plen., 26.03.2003 n. 4; *Cons. Stato*, ad. Plen. 22.10.2007 n. 12)”.

<sup>(10)</sup> Sull'argomento si veda quanto affermato da R. GAROFOLI, G. FERRARI in *Codice del processo amministrativo*, Picozza, 2010, 167: “Collocata nel capo III del Codice, dedicato alla giurisdizione amministrativa, e intitolata “rapporti con l'arbitrato” la norma in commento costituisce la disciplina generale sugli arbitrati c.d. di diritto pubblico. Sebbene la parte preponderante della prassi applicativa di tali arbitrati riguardi la materia degli appalti pubblici, la norma in esame abbraccia anche fattispecie diverse. Si pensi, per esempio, agli arbitrati in tema di cooperazione allo sviluppo (sul punto Cass. Civ. sez. I, 14 settembre 2004, n. 18460) a quelli in tema di convenzioni tra enti pubblici (cfr. Cass. S.u., 27 ottobre 2008, n. 25770) o a quelli in materia di agricoltura (rispetto ai quali è previsto il rito avanti la Camera nazionale arbitrale in agricoltura istituita con d.m. 1 luglio 2002 e disciplinato con il d.m. 20 dicembre 2006)”.

<sup>(11)</sup> E. PICOZZA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'avvento della Costituzione fino alla legge 205/2000*, in *Atti del Quarantunesimo convegno di Studi Amministrativi*, Milano, 2004, 35 e ss.; A. ROMANO, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, entrambi in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Atti del XLIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2004; S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, in *Dir. Proc. Amm.*,

b) che se pure originate nell'ambito della giurisdizione di legittimità di fatto rientrano nella giurisdizione esclusiva di detto giudice (ad esempio quelle originate dall'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria) <sup>(12)</sup>.

c) Le controversie che sarebbero state devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, ma per le quali le parti hanno preferito in base ad apposita clausola compromissoria o specifico negozio giuridico di compromesso, devolverle alle procedure arbitrali, e sia stata parte soccombente una pubblica amministrazione.

Per quanto concerne in particolare la procedura alternativa alla giurisdizione del giudice amministrativo, la proponibilità dell'azione di ottemperanza per ottenere l'esecuzione coattiva dei lodi arbitrali riguarda in particolare:

— la materia dei contratti di costituzione di società, pubbliche o miste, (soprattutto dopo l'ampia apertura contenuta nelle recenti direttive concessioni ed appalti 23, 24 e 25/2014 in sede di trasposizione nazionale mediante legge delega e decreti legislativi delegati) <sup>(13)</sup>;

— gli accordi tra pubbliche amministrazioni o tra pubbliche amministrazioni e privati (dal combinato disposto degli articoli 11 e 15 della

---

Milano, 2003, n. 2, 365 e ss.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 1989, n. 4, 623 ss; G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 2006, n. 4, 884 e ss.; P. M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, Torino, 1991; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Volume primo, Profili teorici e ricostruzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; A. POLICE, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; G.D. COMPORI, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. amm.*, 2020; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002; B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. CASSESE (a cura di), Tomo V, II ed., Milano, 2002, 4661 e ss.; F. SATTA, voce *Giurisdizione esclusiva* in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, vol. V., Milano, 2001, 571 e ss.

<sup>(12)</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2013; L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. Proc. Amm.* 2005, 557 e ss.; V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, pag. 1 e ss.; R. GISONDI, *L'azione di condanna*, in F. Caringella - M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Lavis, 2010; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, relazione al 56° convegno di studi amministrativi, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010.

<sup>(13)</sup> Si veda la relazione di E. PICOZZA dal titolo *Le concessioni nel diritto comunitario. Profili e prospettive*, tenuta al Convegno ICOM del 6 luglio 2010. Si veda anche *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, di L. TORCHIA, relazione tenuta al 61° Convegno di Studi Amministrativi (Varenna, 17-19 settembre 2015), e pubblicata on line su [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu).

legge 241/90) che spesso prevedono al loro interno una clausola arbitrale omnicomprendente per tutte le controversie in materia di interpretazione e/o attuazione degli accordi stessi<sup>(14)</sup>.

Tuttavia propedeutica alla stessa ipotizzata ed anticipata soluzione del problema cui si è accennato sopra, appare l'individuazione e la delimitazione del campo di applicazione dello stesso concetto di pubblica amministrazione cui l'articolo 112 nel suo complesso ed in dettaglio fa costante riferimento<sup>(15)</sup>.

Ci si occupa quindi di questo problema nel paragrafo due per ritornare poi al paragrafo tre sulla portata omnicomprendente dell'articolo 112.

2. Il codice del processo si occupa del concetto di pubblica amministrazione essenzialmente nell'articolo 7 (giurisdizione amministrativa). Di particolare interesse dopo la definizione di carattere generale contenuta nel comma 1 (*“sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questioni di interessi legittimi e nelle particolari materie indicate dalla legge di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi, o comportamenti riconducibili anche media-*

---

<sup>(14)</sup> Sugli accordi nel diritto amministrativo v. tra gli altri G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; E. M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996; P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2011; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; A. CONTIERI, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009.

<sup>(15)</sup> Sull'argomento si veda quanto affermato da R. GAROFOLI - G. FERRARI in *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, 1504: *“Quanto ai provvedimenti giurisdizionali per la cui esecuzione si aziona il giudizio di ottemperanza, la norma in commento esordisce affermando che: “i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti.”. La formulazione letterale sembrerebbe intendere che possa essere soggetta al giudizio di ottemperanza la sola pubblica amministrazione in senso stretto; al riguardo tuttavia non sembra si possa dubitare della perdurante validità di quella giurisprudenza che, formatasi sull'art. 37, l. Tar, pacificamente riconosceva che la locuzione “autorità amministrativa”, va intesa in senso lato, dovendosi in essa ricomprendere anche il soggetto privato che in quanto succeduto ad un soggetto pubblico, è tenuto ad adempiere ad un giudicato amministrativo (Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2009, n. 446). Il richiamo poi al fatto che la sentenza debba essere eseguita anche dalle “altre parti” dovrebbe essere inteso in senso coerente con quanto si è detto a proposito dei limiti soggettivi del giudicato, soprattutto sul versante dell'amministrazione. In altre parole, sono tenute all'esecuzione del giudicato non solo le amministrazioni intimamente nell'ambito del giudizio di cognizione, ma anche quelle che ad esempio possono avere una diretta responsabilità ai fini del ripristino dello stato quo ante (si pensi alla restituzione di somme di denaro ad opera dell'amministrazione che ha effettivamente la disponibilità di dette somme, cfr. Cons. st., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409”.*

tamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da Pubbliche amministrazioni") —, amplia in realtà immediatamente dopo tale concetto al comma 2:

*“Per pubbliche amministrazioni ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad essi equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”.*

Come è noto tale estensione deriva soprattutto dalla rilevanza del diritto europeo sui diritti nazionali<sup>(16)</sup> in quanto frutto di una doppia trasformazione del concetto in chiave europea sia dal punto di vista oggettivo che sotto il profilo soggettivo. Occorre premettere che pur non essendo stato considerato fino alle pietre miliari costituite dalle sentenze della Corte di Giustizia van Gend en Loos e Costa, un ordinamento giuridico di portata generale, quello europeo si è largamente ispirato nei suoi presupposti ed elementi costitutivi al modello dello stato sociale di mercato<sup>(17)</sup>, che a sua volta aveva largamente conformato la costituzione tedesca del secondo dopoguerra. A differenza dell'ordinamento giuridico italiano che nella costituzione del dopo guerra faceva leva sulle formazioni sociali intermedie (partiti, sindacati, eccetera) l'ordinamento sociale di mercato dà molto rilievo al principio della sussidiarietà non solo di tipo verticale (cioè tra comunità politiche territoriali), ma anche orizzontale (la società civile rispetto al potere politico) soprattutto per quanto riguarda il mondo delle imprese e in generale delle attività economiche. Il trattato CEE ne porta coerentemente le conseguenze:

---

<sup>(16)</sup> E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. I, Milano, 1992, 719 ss.; anche in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 4/92.

<sup>(17)</sup> L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; M. S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle comunità europee*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 4/2003, 979 e ss. ove l'autore afferma: *“Però questo ordinamento giuridico non è sovrano. C'è qualcuno che lo ritiene, ma per l'equivocità di quel termine sovrano, per cui significa tre o quattro cose diverse nel linguaggio giuridico. Non è ordinamento sovrano perché non trova in se stesso l'origine della propria ragione d'essere; mancando di originarietà manca di sovranità. Ma attenzione, non è neanche un ordinamento derivato, perché non deriva il suo essere da altri ordinamenti. È dunque una di quelle forme atipiche di ordinamenti ai quali non è applicabile né il concetto di sovranità, né il concetto di originarietà. (...) questo può sembrare un paradosso, ma se per poco vi si riflette, ci si accorge che, in sostanza, l'ordinamento delle comunità europee non è molto diverso dall'ordinamento che si davano i commercianti, o con più precisione le varie categorie di operatori economici nel periodo anteriore al 1600. Questi ordinamenti commerciali del basso Medio Evo erano delle unioni di imprenditori appartenenti a più nazioni, intendendo nazioni nel senso di nationes, secondo il concetto dominante positivamente vigente nel diritto medievale, i quali si davano delle leggi uniformi e avevano degli istituti per disciplinare i problemi e i conflitti che potevano nascere tra di loro o, soprattutto, che potevano nascere tra quelli che appartenevano a diverse nationes. (...) Ma non è nulla più che una recezione in senso materiale, simile a quella che, sempre nel Medio Evo si faceva rispetto agli istituti di diritto romano”.* Questo articolo è preceduto da una prefazione di S. Battini ove si legge: *“Ed in tale prospettiva, anche l'idea di una ricostruzione dei tratti dell'ordinamento comunitario secondo strutture giuridiche privatistiche, con il suggestivo accostamento alle unioni internazionali di imprenditori commerciali del basso medio evo, è meno paradossale e provocatoria di quanto possa apparire”.*



a) Secondo il diritto europeo, come è noto, il concetto di attività globalmente rilevante è relazionato sia per il diritto pubblico che per il diritto privato alla fattispecie del “servizio” inteso come attività fornita normalmente dietro retribuzione (18). Un esempio lampante riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla natura imprenditoriale delle banche non importa se pubbliche o private: principio che a suo tempo costrinse il nostro giudice penale a rinunciare a perseguirle per i reati propri della pubblica amministrazione (19). Dunque questo concetto ha soppiantato il tradizionale concetto di funzione pubblica che aveva ispirato non solo il nostro diritto amministrativo, ma anche il diritto penale: infatti ad esso già il trattato di Roma preferiva il concetto di pubblico potere (vedi articoli 58 e 64). Di conseguenza non è più valida la ricostruzione a suo tempo molto autorevolmente prospettata (20) che articolava il sistema dinamico del diritto amministrativo dalla produzione giuridica alla imputazione giuridica nei tre termini di potere — funzione (procedimento inteso come forma della funzione) — atto e provvedimento amministrativo. Nel diritto europeo è proprio la concezione del potere inteso come fattispecie dinamica di comportamento in atto a non essere considerata idonea dal momento che in uno stato di diritto nessun potere neanche quello politico può considerarsi “*oltre il diritto e la giustizia*”.

Che il diritto comunitario consideri il potere come situazione giuridica soggettiva di carattere strumentale e non come capacità giuridica speciale, si desume non solo dal trattato ed in particolare dal richiamo alla giurisprudenza della Cedu ed ai diritti fondamentali dell’unione europea; ma dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea: la quale fin dalla sentenza del 5.03.1996 in cause 43 e 48 Brasserie e Factortame ha ritenuto che ogni settore del potere pubblico sia delle istituzioni comunitarie sia degli stati membri risponda civilmente in caso di inosservanza dei principi e delle regole dettate dal medesimo diritto europeo che abbiano provocato un danno al cittadino comunitario (21). Anzi come è noto la Corte in tre pronunce, 2003 (C-224/2001, 30 settembre 2003, Kobler), 2006 (C-173/2003 13 giugno 2006, Traghetti del mediterraneo) e 2011(C-379/2010, 24 novembre 2011, Commissione contro

---

(18) Vedi infatti già gli articoli 59 e 60 del Trattato di Roma firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

(19) E. PICOZZA, *L’impresa pubblica (enti pubblici, pubblica funzione, pubblico servizio)* in *Trattato di Diritto Penale dell’Impresa*, (diretto da) A. di Amato, Padova, 1990, vol. I, *Principi generali*.

(20) F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. di dir. Pub.*, 1952, 1, 118 e segg.; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1, 1 e segg.

(21) E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, II ed., 2003, 94-95; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, II ed., 2004, 397 e ss.

Repubblica Italiana), ha esteso tale responsabilità anche al potere giudiziario, circostanza che ha influito anche sulla recente riforma della disciplina legislativa sulla responsabilità dei magistrati <sup>(22)</sup>.

In particolare per quanto riguarda il potere amministrativo (concetto essenziale ai fini di una definizione concreta di pubblica amministrazione), lo troviamo molto spesso presente nella definizione di “obblighi (generali o particolari) di servizio pubblico”, cioè nel senso di limitazioni e vincoli alla libertà di iniziativa economica ed in particolare alla libera circolazione dei servizi (vedi ad esempio le direttive in materia di appalti e concessioni già citate, quelle sull’energie rinnovabili sull’energia elettrica ed il gas eccetera). Più in particolare il diritto comunitario derivato distingue tra:

— obblighi generali di servizio pubblico che sono quelli inerenti alla cura di interessi pubblici e quindi attinenti al governo centrale o locale della comunità <sup>(23)</sup>.

— Obblighi particolari di servizio pubblico che sono quelli normal-

---

<sup>(22)</sup> Legge n. 18 del 27.02.2015 *Disciplina della responsabilità civile dei magistrati* con la quale è stata modificata la legge n. 117 del 13.04.1988. In particolare è stato sostituito il comma 3 dell’art. 2 il quale ora testualmente dispone che: “*Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l’emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione*”.

<sup>(23)</sup> Si tratta in altri termini delle ipotesi previste dall’articolo 19 della legge 7.08.1990 n. 241 che non consentono di costituire un provvedimento autorizzatorio o concessorio con la segnalazione certificata di attività. L’art. 19 *Segnalazione certificata di inizio attività - Scia* al primo comma testualmente prevede che: “*Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l’esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell’interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all’immigrazione, all’asilo, alla cittadinanza, all’amministrazione della giustizia, all’amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell’atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell’Agenzia delle imprese di cui all’articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell’amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l’acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l’esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. La segnalazione, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata mediante posta raccomandata con*

mente imposti in provvedimenti amministrativi (autorizzazioni, concessioni, sovvenzioni) o nei c.d. “*contratti di servizio*” che normalmente riportano anche clausole arbitrali: si tratta di obblighi ed obbligazioni aggiuntive a quelle proprie e sinallagmatiche di un determinato contratto imposte per esigenze di interesse pubblico: il primo testo storicamente che li prevede è il regolamento generale sui trasporti del 1969<sup>(24)</sup> e che sono stati progressivamente limitati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in base ai principi di proporzionalità, adeguatezza e non aggravamento delle situazioni imprenditoriali.

Ma in effetti il concetto della pubblica amministrazione come servizio al pubblico (non servizio pubblico che ne è solo una parte) compare già nelle cpc dei servizi elaborati dall’Onu e poi nel regolamento europeo del 1993 sulla classificazione dei prodotti associati ai servizi. Di conseguenza anche in Italia si parla ormai diffusamente di servizio giustizia, servizio protezione civile, servizio di sicurezza pubblica ecc.

Per chiarire equivoci va smentita l’idea che l’Unione Europea non riconosca il concetto della sovranità nazionale: anzi esso è alla base della teoria del c.d. ordinamento giuridico multilivello (vedi infra), ma nell’interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato della sovranità le attività amministrative che vi rientrano sono molto ristrette e di tipo “ordinamentale” cioè costitutive della stessa identità nazionale dello stato membro: quindi si tratta essenzialmente delle attività di difesa interna e internazionale; dell’attività di ordine e sicurezza pubblica; dell’attività diplomatica e di rappresentanza all’estero; dell’attività tributaria e forse dell’attività di giustizia (probabilmente limitatamente al settore della giustizia penale). Infatti la giustizia civile ed in parte quella amministrativa possono essere oggi ampiamente sostituite dalle c.d. ADR (Alternative dispute resolutions).

In questi casi tali attività sono per tutto quanto strettamente inerente la loro missione sottratti al principio della concorrenza e del mercato, anche quando sia opportuno che vi partecipi un soggetto privato *ex lege* o a mezzo di provvedimenti amministrativi. Non è quindi dubbio che la prima accezione di “pubblica amministrazione” riferita dal codice del processo amministrativo riguardi queste entità pubbliche costitutive del potere di sovranità nazionale.

b) Tuttavia questa prospettiva omnicomprensiva non sarebbe completa se non venisse accoppiata alla seconda trasformazione cui sopra si

---

avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l’utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell’amministrazione”.

<sup>(24)</sup> Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all’azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Si veda E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell’economia nell’integrazione europea*, Roma, 1996.

accennava, cioè quella di carattere soggettivo. Come è noto l'Unione Europea anche laddove riserva al potere pubblico i servizi di interesse generale (economico o non economico) e comunque i diritti speciali ed esclusivi solo ad alcune imprese, pubbliche, private o miste, distingue sempre tra il titolare del servizio di interesse economico generale ed il gestore del medesimo servizio dal momento che è assolutamente indifferente in linea di principio che il gestore sia un soggetto pubblico o privato essendo la scelta essenzialmente legata alla libertà di mercato e all'obbligo di assicurare una concorrenza seria ed effettiva tra le imprese comunitarie fatti salvi i casi di espressa riserva. Questa doppia trasformazione ha comportato delicatissimi problemi di adattamento in un sistema giuridico di diritto pubblico tradizionalmente binario e dicotomico: non vi è dubbio infatti che l'intera forma di stato fin dall'unità (ma anche quella disegnata dalla costituzione) volessero salvaguardare gli esiti anche applicativi della teorica che va sotto il nome di dottrina dello stato, figlia a sua volta della nota dottrina costituzionalistica denominata Integrationslehre<sup>(25)</sup>. Questa dottrina anche se nata in chiara epoca democratica era purtroppo facilmente adattabile alle esigenze dell'autoritarismo e quindi ha modellato l'intero diritto amministrativo italiano quanto meno fino alla fine della c.d. prima repubblica.

Basti pensare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ancora in prossimità dell'affacciarsi del nuovo millennio riteneva i soggetti privati "sostituti eccezionali" e non soggetti partecipanti alle funzioni pubbliche e ai pubblici poteri.

Questa giurisprudenza era rimasta fedele a se stessa per quasi un secolo da quando Zanobini aveva prodotto la famosa monografia sull'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici.

Ancora nei manuali di insigne maestri si trovava illustrato un principio non scritto secondo cui in linea di massima non potevano essere costituite persone giuridiche di diritto privato per esercitare attività, funzioni e compiti riservati ad una pubblica amministrazione<sup>(26)</sup>. Si può quindi capire anche dal punto di vista del diritto sostanziale la difficoltà non solo per la dottrina, ma anche per il potere giudiziale, di comprendere questa trasformazione concettuale voluta dal diritto europeo e senz'altro accelerata dall'importanza che il diritto dell'economia pubblica e privato ha assunto vertiginosamente in tale contesto<sup>(27)</sup>. Infatti proprio nell'ottica del diritto dell'economia vanno analizzati ed inquadrati gli imponenti processi di liberalizzazione e di privatizzazione compiuti in Italia come in molti altri stati aderenti all'Unione Europea<sup>(28)</sup>.

Per altro oltre alla difficoltà propria del diritto sostanziale si aggiun-

---

<sup>(25)</sup> R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), Milano, 1988.

<sup>(26)</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1994, 127 e ss.

<sup>(27)</sup> E. PICOZZA - V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

<sup>(28)</sup> E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996.

geva una ulteriore esigenza di carattere giudiziale e processuale legata alla difficoltà per il sistema bipolare della giurisdizione italiana di assicurare il rispetto della durata ragionevole del processo <sup>(29)</sup> attraverso il principio di concentrazione delle tutele <sup>(30)</sup>.

In questo contesto dunque secondo una scelta spiccatamente politica, ma già anticipata soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione <sup>(31)</sup> si è preferito ampliare l'ambito della giurisdizione amministrativa tout court considerata e di conseguenza anche l'ambito della sua giurisdizione esclusiva. Avendo quindi in mente questo processo storico giuridico si comprende come nel citato articolo 7, comma 2, del C.p.A. siano stati inseriti due nuovi soggetti che dal punto di vista soggettivo non sarebbero a stretto rigore "pubblica amministrazione" e cioè:

a) I soggetti ad essi equiparati;

b) I soggetti tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Conviene quindi analizzarli separatamente:

a) Il concetto di soggetto (pubblico o privato) equiparato ad una pubblica amministrazione nasce anch'esso nel contesto del diritto europeo soprattutto nell'ambito dell'originario articolo 90, attraverso la grande distinzione tra i soggetti titolari di servizi di interesse generale ed i soggetti attributari di diritti speciali e di diritti esclusivi.

Storicamente l'istituto che ha garantito, anche dal punto di vista della riserva costituzionale contenuta negli articoli 43 e 97 Cost., la "deroga" al principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. fu proprio la concessione *ex lege* ovvero la concessione per atto amministrativo di determinate attività economiche e servizi.

Per quei paradossi che solo la storia ci può forzatamente costringere a capire proprio gli enti pubblici di tipo conglomerato (IRI) o integrato (ENI, ENEL, Banca d'Italia) non erano considerati pubbliche amministrazioni nell'esercizio dell'attività normalmente svolta in regime di diritto privato. È stato proprio il diritto comunitario con le direttive sugli appalti pubblici a partire dalla 305/71 e con la direttiva sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie fra imprese pubbliche e pubblici poteri 723/80 ad equiparare questi soggetti alle pubbliche amministrazioni e quindi a ricondurli nell'ambito del diritto e della giustizia amministrativa. Come è noto il concetto che il diritto europeo e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno utilizzato a tal fine è quello dell'organismo di diritto

---

<sup>(29)</sup> M.A. SANDULLI, *Premesse al codice: fonti e principi. I principi costituzionali e comunitari*, in *Il nuovo processo amministrativo*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2013.

<sup>(30)</sup> S. TARULLO, *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. CORSARO, *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1053 e ss.

<sup>(31)</sup> Corte di Cassazione 26 febbraio 1999 n. 101 e Corte di Cassazione SS.UU. 13 febbraio 1999 n. 64; M.V. FERRONI, *Una svolta della Cassazione: Gli appalti "Comunitari" al giudice amministrativo*, in *Corriere Giuridico*, n. 4/99, 433 e ss.

pubblico <sup>(32)</sup>. Su questo concetto il diritto comunitario ha poi lavorato per estrarne una fattispecie molto importante, cioè la società in house providing <sup>(33)</sup>. Sicché alla conclusione di un processo durato quasi 50 anni noi abbiamo la conseguenza che tali soggetti sono sostanzialmente equiparati alle pubbliche amministrazioni non solo per quanto riguarda gli appalti pubblici, ma per il diritto di accesso ecc. L'ultimo autorevole intervento in linea di tempo è quello dell'autorità nazionale anti corruzione con la determinazione n. 8 del 17.06.2015 avente ad oggetto "*Linee guida per l'attuazione della normativa in materia della prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici*".

È bene precisare che tali linee guida non riguardano le società quotate in borsa per le quali sono in via di approvazione ulteriori linee guida, ma è sufficiente la lettura delle medesime per comprendere l'ampia portata unificatrice di tale disciplina.

b) Per quanto riguarda la seconda categoria, cioè i soggetti tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo la definizione contenuta nel codice del processo amministrativo non è originale, in quanto è mutuata da una delle principali modificazioni alla legge generale 7.08.1990 n. 241 modificazione compiuta con l'articolo 1 comma 1 lettera b) della legge 11.02.2005 n. 15 e successivamente con gli articoli 7, comma 1 lettera a) n. 2 della legge 18.06.2009 n. 69 e con art. 1, comma 37 della legge 6.11.2012 n. 190. Tradizionalmente, oltre al già citato rapporto di concessione (non di rado anche di autorizzazione amministrativa), si trattava dei soggetti incaricati *ex lege* o più spesso con atto amministrativo emesso sulla base della riserva di legge di veri e propri "munera pubblici". Tuttavia grazie alla trasformazione operata dal diritto comunitario che fin dall'origine non usava la categoria giuridica della sostituzione bensì quella della partecipazione ai pubblici poteri, seppur tardivamente, la formula adoperata dalla citata modificazione alla legge sul procedimento amministrativo ha scelto il più pertinente vocabolo di preposizione: art. 1 *ter* legge

---

<sup>(32)</sup> B. MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, in *Giur. It.*, 7/2014; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 437 ss.; M. P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839.

<sup>(33)</sup> R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; F. GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. Pubb. Appalti*, 2006, 445 e ss.; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; V. CARMINE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urbanistica e appalti* 2/2010; A. ANNIBALI, *Gli affidamenti "in house": dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in [www.giust.it](http://www.giust.it).

241/90: “i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1 con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”<sup>(34)</sup>.

Si tratta di una categoria amplissima dai confini non ancora ben precisati. Troviamo ad esempio oltre a soggetti persone fisiche, come i notai e in misura minore anche gli avvocati, tutte le persone giuridiche anche senza scopo di lucro “privatizzate” quali le fondazioni e gli istituti delle casse di previdenza obbligatoria, gli enti artistici culturali e di spettacolo. Ma vi sono tendenze nella giurisprudenza soprattutto della corte dei conti ad attribuire questi munera anche ai soggetti privati attributari di vantaggi economici cioè di aiuti pubblici e sovvenzioni a prescindere se si tratti di fattispecie inquadrabili nei c.d. “aiuti pubblici” disciplinati dal diritto comunitario per i quali già vige l’attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Occorre richiamare l’attenzione sul fatto che la scelta politica compiuta dalla legge di delega 69/2009 e dal legislatore delegato (il governo) è stata una scelta globale e quindi non limitabile alle controversie riguardanti la lettera e) dell’articolo 133 (“*le controversie relative a procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolti da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative*”). Infatti come già si è riferito l’articolo 7 comma 2, compie l’interpretazione estensiva del concetto di “pubblica amministrazione ai fini del presente codice”; e non ai soli fini ad esempio dell’applicazione a tali soggetti delle fattispecie di giurisdizione esclusiva. Questa ampia ricomprensione finora immune da censure di costituzionalità consente dunque di ipotizzare che anche in relazione ai lodi arbitrari esecutivi divenuti inoppugnabili nei quali tali soggetti siano stati parte sia esperibile il giudizio di ottemperanza. Essi sono considerati pubblica amministrazione a tutti gli effetti del codice e quindi anche nei loro confronti è esperibile il giudizio di ottemperanza al fine di ottenere l’adempimento dell’obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione.

Sorgono però due problemi di tipo applicativo che occorre affrontare per delimitare con esattezza tali confini.

---

<sup>(34)</sup> M. SANDULLI - G. TROTTA, *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2005; G. SGUEO, *I principi generali dell’azione amministrativa nell’ordinamento nazionale e comunitario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007; C. FRANCHINI - M. LUCCA - T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo. Commentario coordinato della legge 241/1990 riformata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla legge 14 marzo 2005 n. 80*, Padova, 2008; F. CARINGELLA - D. GIANNINI, *Codice del procedimento amministrativo*, Roma, 2010.

a) Il primo problema è di carattere interno e riguarda l'ambito di applicazione del citato articolo 12. Infatti com'è noto l'articolo 241 del codice dei contratti prevede una disciplina specifica per il procedimento arbitrale riguardante le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi, lavori, servizi forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240.

Com'è noto la peculiare disciplina è sia di tipo preventivo nel senso che per la compromettibilità di tali controversie in arbitrato non è sufficiente la volontà contrattuale delle parti ma occorre una previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. Addirittura tale norma è sanzionata con l'ipotesi della nullità dell'eventuale inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso in cui è indetta la gara; ovvero per le procedure senza bando nell'invito<sup>(35)</sup>. In secondo luogo la disciplina conformativa riguarda anche la qualità di arbitro, l'estensione dei casi di ricusazione i poteri dell'autorità attualmente anti corruzione, i compensi e perfino le regole sulla impugnabilità. Ovviamente essendo tale disciplina specifica derogatoria e posteriore alla riforma dell'arbitrato prevale sulla stessa e quindi riguarda l'ampio concetto di pubblica amministrazione come si ricava non solo dal citato articolo 7 comma 2 del C.p.A. ma anche la retta interpretazione del concetto di stazione appaltante, ente aggiudicatore, e soggetto aggiudicatore (vedi anche l'articolo 32 del codice dei contratti "amministrazioni aggiudicatrici ed altri soggetti aggiudicatori" attualmente in fase di revisione per effetto delle nuove direttive del 2014)<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012; G. RUFFINI, *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2001, 654 e ss.; A. ABBAMONTE, *Strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie (artt. 239-243)*, in AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, (a cura di) M. Sanino, Torino, 2006; G. AMORIZZO, *L'accordo bonario*, in AA.VV. *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli, 2007; V. BIAGETTI, *Contenzioso*, in AA.VV. *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007; C. LAMBERTI, *L'accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 417 e ss.; S. CACACE, *L'accordo bonario in tema di riserve nell'appalto di lavori pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2005; F. MANGANARO, *Strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>(36)</sup> Si veda sull'argomento F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, 130: "Un'ulteriore notazione preliminare attiene alla nozione di pubblica amministrazione delineata dal c. 2, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente codice. Infatti, per la prima volta in una disposizione sulla giurisdizione in generale (e non solo sulla giurisdizione esclusiva, com'era l'art. 34 D. Lgs. 80/1998) si fa riferimento non solo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente intese, e quindi formalmente tali, ma anche ai soggetti ad esse equiparati; con ciò assecondando, da un lato, la tendenza a definire la p.a. in termini oggettivi (secondo una logica a geometria variabile) e confermando, dall'altra, che il giudice amministrativo è giudice non della pubblica amministrazione tradizionalmente intesa ma



b) Il secondo problema (che si pone ovviamente oltre la sfera di applicazione del codice dei contratti che com'è noto si limita ai contratti passivi delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle medesime equiparati ivi inclusi i soggetti privati tenuti all'applicazione dei principi e delle norme del procedimento amministrativo) riguarda invece il c.d. shopping legislativo frequente negli arbitrati internazionali, cioè la scelta non solo delle regole per la conduzione della procedura arbitrale (per esempio quelle ICC anziché le regole del codice di procedura civile italiano) come pure la scelta del diritto sostanziale e processuale applicabile e della sede dell'arbitrato <sup>(37)</sup>.

---

*del pubblico potere, anche se esercitato da soggetti solamente equiparati alle pubbliche amministrazioni. Inoltre, la riconduzione nell'alveo della nozione di pubblica amministrazione dei soggetti comunque sottoposti al rispetto dei principi del procedimento consente di ricomprendere nella suddetta nozione tutti i soggetti privati che svolgono attività amministrativa i quali, ai sensi dell'art. 1 comma 1-ter L. 241/90, assicurano il rispetto dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza di cui al c. 1 della stessa disposizione. In ogni caso, la suddetta equiparazione, ai fini del riparto, rileva solo se e nei limiti in cui tali soggetti esercitino poteri pubblicistici riconosciuti loro espressamente dalla legge in quanto tale circostanza costituisce, come si è detto, il presupposto necessario per la devoluzione della controversia alla cognizione del giudice amministrativo”.*

<sup>(37)</sup> Si veda sull'argomento F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, 275: “A tal riguardo, è stato affermato che i c.d. arbitrati amministrati (o istituzionalizzati) altro non sono che forme assistite da un'istituzione a ciò preposta, che provvede ad una serie di incombenze pratiche, svolgendo sostanzialmente una funzione di controllo dell'intero processo arbitrale, al fine di rendere meno litigioso lo svolgimento della procedura arbitrale, senza che ciò comporti alcun rapporto tra gli arbitri e l'istituzione; arbitri che nel momento in cui accettano, si impegnano esclusivamente nei confronti delle parti (Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335). Dunque, appartiene alla disponibilità delle parti l'individuazione delle norme da osservarsi nel procedimento arbitrale, salva la facoltà degli arbitri, nel rispetto del diritto di difesa delle parti e del principio del contraddittorio, in caso di mancanza di tali norme, di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno; in tal senso, è stato dichiarato illegittimo ed è stato annullato l'art. 150, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999, nella parte in cui sottraeva alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola invece alla Camera arbitrale per i lavori pubblici (Cons. St. n. 6335/2003, G. verde, (25), 517)” ed anche a pag. 280: “Potrebbe in linea strettamente teorica, dare adito a dubbi di legittimità, e comunque potrebbe scoraggiare ulteriormente il ricorso all'arbitrato l'impossibilità da parte del legislatore della novella di una specifica lex arbitri (il codice di procedura civile nazionale) quale unica legge applicabile alla procedura di arbitramento rituale coinvolgente una pubblica amministrazione, da una parte e, dall'altra, una controparte contrattuale — e poi litigiosa, in ipotesi — che sia un'impresa privata con sede legale all'estero (già in questo limitato senso, tralasciando in questa sede l'esame di altri criteri o parametri di collegamento, si può parlare di arbitramento internazionale). (...) Invero, tuttavia, osservato da un punto di vista esterno al nostro Ordinamento, il richiamo alla natura rituale e di diritto dell'arbitramento non implica necessariamente la scelta della legge procedurale applicabile all'arbitramento stesso; anzi, tutte le volte in cui si verta in ambito di arbitramento internazionale, neppure rileva la distinzione fra arbitramento rituale e irrituale (cass., sez. I, 16 gennaio 2004 n. 544) e peraltro, conseguentemente, neanche dovrebbe essere eccezionale che gli arbitri debbano decidere solamente applicando determinate norme di legge sul rito (almeno che non siano quelle indicate e pattuite dalle parti), oppure che non possano decidere come amichevoli compositori e secondo equità (anche in questo caso, almeno che le parti non lo abbiano escluso). È proprio quindi la difficoltà di determinare l'impatto che deriverebbe dall'imporre la lex arbitri alle parti (o più in particolare ad una delle parti, quella non-nazionale) nell'atto di redigere il testo della clausola compromissoria (o del compromesso, dove la sua redazione successiva alla stipula del contratto non sia vietata da norme di legge, v. infra), che conduce a ritenere possibile, più che la insorgenza di

Normalmente come avviene per gli arbitrati privati quando non solo la pubblica amministrazione, ma anche l'altra parte abbia sede nel territorio della Repubblica si sceglie l'applicazione del diritto sostanziale e processuale italiano ed egualmente si fissa in Italia la sede dell'arbitrato. Pur tuttavia astrattamente considerando potrebbero essere scelti altri ordinamenti sostanziali e processuali e altre sedi.

In effetti l'articolo 12 del codice del processo amministrativo sembra ammettere solo l'arbitrato di diritto come disciplinato dal codice di procedura civile all'articolo 806 e seguenti: ciò in quanto la disposizione contenuta nel codice del processo amministrativo non è un rinvio formale, ma è un rinvio recettizio e testuale alla categoria dell'arbitrato rituale di diritto e alla procedura prevista dagli articoli 806 e ss. c.p.c. Dovremmo quindi ipotizzare che un contratto concluso con un soggetto estero (*rectius* straniero) sarebbe nullo *in parte qua* quando preveda una clausola compromissoria che rinvii ad un tipico arbitrato internazionale?

Non sembra essere questa una corretta impostazione e risoluzione del problema. In effetti occorre distinguere tra, e, nell'ambito dei soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni, le attività che sono oggettivamente considerate come amministrative (o per lo meno equiparabili ad attività amministrative) e quelle che invece sono espressione della ordinaria e comune capacità di diritto privato. Una fattispecie molto presente è ad esempio quella del purchase act contenente la cessione di aziende o rami di aziende che spesso fa parte del processo di privatizzazione di società pubbliche. Ancora ci sono le procedure degli enti in amministrazione straordinaria che notoriamente secondo l'espresso disposto della legge che li riguarda<sup>(38)</sup>, seguono alcuni principi generali dell'evidenza pubblica, ma non sono tenuti al rispetto del codice dei contratti.

Di conseguenza, fermo rimanendo che si tratta di arbitrati di diritto, non vedo ragioni per escludere l'esercizio della capacità di autonomia privata che in un sistema giuridico globalizzato o comunque multilivello<sup>(39)</sup>, consente di scegliere entro certi limiti, anche il tipo di procedura arbitrale che le parti vogliono seguire.

Occorre in proposito distinguere tra la materia dei lodi che rientrerebbero naturalmente nella competenza del giudice ordinario e quelli invece che rientrano nella giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo.

---

*conflitti da risolvere attraverso complessi richiami ai principi del diritto internazionale e alle disposizioni delle Convenzioni applicabili, il rafforzamento degli operatori economici stranieri della convinzione di non volersi sottoporre all'arbitrato, preferendo direttamente le Corti nazionali, con le quali ad ogni modo avrebbero a che fare in virtù della scelta obbligata della lex arbitri, nonché, in ogni caso, ma differentemente, della lex fori e della lex loci contractus?.*

<sup>(38)</sup> D. Lgs. 8.7.1999 n. 270, *Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'art. 1 della legge 30 luglio 1998, n. 274*. Sull'argomento si veda A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in *Trattato di diritto commerciale diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (a cura di), Vol. XXIII, 651 e ss.

<sup>(39)</sup> E. PICOZZA, *Ordinamento multilivello, diritto amministrativo, ruolo del giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 67 e ss.

Nel primo caso le parti sono libere di scegliere sia il tipo di arbitrato che la legge sostanziale e processuale applicabile alla fattispecie, a ciò non ostando che una delle parti (ad esempio una società a totale partecipazione pubblica) sia equiparabile ad una pubblica amministrazione ai fini del combinato disposto degli artt. 7, 12 e 112 lettera e) del C.p.A. Tale ipotesi è del resto comunemente applicata per le acquisizioni e cessioni di aziende da parte di società nazionali o locali a partecipazione pubblica.

Invece quando si tratta di controversie che, ai sensi dell'art. 12 rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo credo che non sia possibile utilizzare strumenti arbitrali alternativi in virtù del disposto tassativo ivi contenuto consistente nel richiamo recettizio all'articolo 806 e ss. c.p.c.

Per completezza si ricorda che quando le parti abbiano fatto riferimento a regole di procedura arbitrali internazionali — vi è l'obbligo di attivare la procedura concomitante del riconoscimento ed esecuzione del lodo straniero ai sensi degli articoli 839 e 840 c.p.c.

Ovviamente nulla quaestio quando si è svolto un comune arbitrato “nazionale di diritto”: in questo caso l'esecutività del lodo è, come noto, data con decreto del tribunale ai sensi dell'articolo 825 del medesimo cpc. Nessun rilievo di legittimità costituzionale è stato mosso finora al fatto che ci sia una pluralità e concorrenza di azioni e di pronunce giudiziali appartenenti ad ordini giudiziari differenti, perché — come si vedrà meglio *infra* — è la stessa Corte di Cassazione anche recentemente a considerare la pluralità di strumenti anche tra di loro concorrenti di tutela, parte essenziale del concetto di effettività della tutela giurisdizionale.

È ovvio che in questi casi il procedimento di ottemperanza è alternativo o addirittura concomitante con le procedure esecutive previste dal libro terzo del codice di procedura civile.

Il problema invece sorge per i c.d. lodi stranieri: infatti in tali casi esistono delle vere e proprie giurisdizioni cooperative; e proprio data la natura internazionale di quella particolare forma di ADR che è l'arbitrato, il riconoscimento e l'esecutività del lodo arbitrale internazionale può essere richiesta presso le autorità giudiziarie di differenti stati, a seconda delle regole concordate dalle parti con la clausola compromissoria o addirittura con il negozio giuridico di compromesso.

Per memoria si ricorda che comunque, secondo l'art. 839 c.p.c. “*chi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte di appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte; se tale parte non risiede in Italia è competente la corte di appello di Roma*”.

Ne consegue che solo il decreto del presidente della corte di appello — il quale accertata la regolarità formale del lodo — dichiarati con decreto l'efficacia del lodo straniero nella repubblica, consente di azionare il giudizio di ottemperanza quale rimedio cumulativo o alternativo alle procedure processual civilistiche di esecuzione forzata.

3. Una volta chiarito l'ampio concetto e campo di applicazione allo stato attuale di "pubblica amministrazione" agli effetti del codice del processo amministrativo, occorre riprendere il problema accennato nel primo paragrafo, che potremmo definire la corrispondenza biunivoca del processo di ottemperanza stesso.

Sebbene il processo di ottemperanza sia storicamente nato per ottenere (in deroga al principio della capacità giuridica speciale della pubblica amministrazione) l'obbligo della medesima di conformarsi al giudicato civile, come è noto tale azione e rito sono stati progressivamente estesi persino al ricorso straordinario al capo dello stato.

Poiché lo stesso codice del processo amministrativo considera — entro i limiti indicati dall'articolo 12 —, l'arbitrato come una forma di giustizia del tutto alternativa al processo amministrativo, non vi è ragione di limitare proprio nei confronti dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili tale azione e tale rito <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Si veda sull'argomento F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, 277: "L'art. 112, comma 1, lett. e) del Codice conforta tale conclusione, stabilendo espressamente che l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato; il ricorso si propone al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice (collegio arbitrale) che ha emesso la sentenza (lodo) di cui è chiesta l'ottemperanza (secondo il disposto dell'art. 113, comma 2). La norma di cui all'art. 112 citato, seconda la lettura della giurisprudenza più attenta, va considerata alla stregua di una disposizione ricognitiva di una regola *juris* discendente dal precedente sistema di giustizia amministrativa, nonché oggi dal principio desumibile direttamente dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in base al quale le pronunce di giustizia debbono dare tutela effettiva, sicché in ogni ordinamento nazionale deve risultare proponibile l'azione di esecuzione (in questi termini, Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3047, che fa riferimento, per tutte a: CEDU, 19 luglio 2004, Romashov c. Ucraina, par. 457, per le decisioni equated to a Court decision)". Nel medesimo commentario si veda anche quanto affermato nel commento all'art. 112, 1056-1056, ove si legge: "Ciò è provato dal fatto che nei confronti del lodo esecutivo sono esperibili mezzi di impugnazione tipici dei provvedimenti giurisdizionali. Preclusi o esperiti i mezzi di impugnazione consentiti, il lodo "fa stato" quindi tra le parti, disciplinando incontrovertibilmente, tra loro, i rapporti che hanno formato oggetto del giudizio arbitrale con un accertamento che diverrà definitivo e cioè coincidente con l'efficacia di giudicato anche verso gli aventi causa (C. Mandrioli (8); 393; E. F. Ricci (9), 351). Tale impostazione giurisprudenziale è oggi accolta dall'articolo in commento che, al comma 2 lettera e) espressamente ammette l'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento da parte della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato". Si veda anche R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 1508: "La lett. e) infine prevede che l'ottemperanza possa essere utilizzata al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato". La disposizione che non necessita di particolari approfondimenti, ha tradotto in diritto positivo quanto aveva animato sino ad oggi il dibattito giurisprudenziale, sancendo definitivamente la possibilità di portare ad esecuzione con l'ottemperanza anche i lodi arbitrali esecutivi, divenuti inoppugnabili". Si veda anche l'analisi giurisprudenziale svolta nel medesimo commento a pag. 1524 ove si legge: "La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del Codice, era contrastante nell'ammettere l'esperibilità del ricorso in ottemperanza per ottenere l'esecuzione di quanto statuito da un lodo arbitrale. Secondo alcune pronunce infatti era ammissibile il ricorso per l'ottemperanza del lodo arbitrale, anche alla luce delle nuove norme di cui agli artt. 813 bis, 819 bis e 824 bis c.p.c., in base alle quali sussiste una piena equiparazione

Tuttavia poiché l'interpretazione meramente letterale dell'articolo 112 lettera e) sembrerebbe riservare tale possibilità solo nei confronti della p.a e non della parte privata, occorre ricordare quanto recentemente ritenuto in proposito di applicabilità dell'art. 2932 c.c. dalla Corte di Cassazione n. 4683/2015.

Infatti le considerazioni ivi formulate possono valere *mutatis mutandis* anche nella fattispecie in oggetto.

Come è noto, in quell'occasione la problematica era sorta (ed il conseguente contenzioso) in quanto il codice del processo amministrativo non solo non conteneva alcun riferimento all'azione ex art. 2932 c.c. (pur

---

*tra il lodo arbitrale e la sentenza del giudice (ancor prima ed a prescindere dalla dichiarazione di esecutività, che è necessaria solo ai fini dell'esecuzione) (Tar Napoli, sez. IV, 27 aprile 2010 n. 2152; Tar Lazio, sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10413; contra Tar Napoli, sez. V, 1 marzo 2010 n. 1213). Allora parte della giurisprudenza invece giudicava inammissibile il ricorso per l'ottemperanza a lodo arbitrale divenuto esecutivo atteso che: 1) l'arbitrato rituale non costituisce esercizio di funzione giurisdizionale, sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato, ma è un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da soggetti il cui potere ha fonte nell'investitura conferita dalle parti private, per cui deve escludersi che si possa parlare di arbitri come organi giurisdizionali dello Stato ed il relativo procedimento arbitrale non si configura come affidamento agli arbitri del potere giurisdizionale, che la legge attribuisce soltanto ai giudici dello Stato, laddove il procedimento arbitrale si fonda invece sul consenso delle parti e la decisione arbitrale proviene da soggetti privati carenti di potestà giurisdizionale di imperio; 2) il lodo arbitrale è un atto negoziale, riconducibile al dictum di soggetti privati, la cui natura originaria non è immutata dall'attribuzione al lodo degli effetti propri della sentenza e non può incidere sulla sua configurazione di atto negoziale e sulla configurazione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; 3) la natura privata del lodo impedisce al lodo di acquisire la forza del giudicato, in quanto dal fondamento negoziale dell'arbitrato e dalla fonte privata del potere esercitato dagli arbitri non deriva un'assoluta irrettabilità ed incontrovertibilità del comando contenuto nel lodo, anche se il lodo non è più soggetto ad impugnazione, atteso che la connotazione in termini negoziali del lodo arbitrale gli impedisce di conseguire quella particolare qualità e stabilità consistente nell'immutabilità dell'accertamento ex art. 2909 c.c., che è propria ed esclusiva delle sentenze emanate dall'autorità giurisdizionale statale; 4) l'art. 825 c.p.c. attribuisce efficacia di sentenza al lodo omologato, ma non l'attitudine a conseguire la forza del giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c., che è prerogativa soltanto delle sentenze del giudice statale (Tar Basilicata 30 ottobre 2009, n. 585; Tar Lecce, sez. I, 9 ottobre 2008, n. 2800)". Si veda anche A. DAIDONE, in G. MORBIDELLI (a cura di), Milano, 2015, pag. 284-285: "Nel processo amministrativo, l'art. 112, comma 2, lett. e), c.p.a., recependo il prevalente indirizzo giurisprudenziale e andando nella direzione dell'effettività della tutela indicata dal diritto europeo, ha previsto la proponibilità dell'azione di ottemperanza per l'attuazione "dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato". Ai sensi dell'art. 113, comma 2, c.p.a., il ricorso va proposto al T.a.r. nella cui circoscrizione ha sede il collegio arbitrale che ha emesso il lodo di cui si chiede l'ottemperanza. In realtà nel regime antecedente all'entrata in vigore del codice di rito, la giurisprudenza amministrativa aveva inizialmente assunto una posizione di netto contrasto rispetto all'utilizzo dello strumento dell'ottemperanza nell'ambito del giudizio arbitrale: la ratio di tale linea interpretativa poggiava nella qualificazione del lodo come atto a contenuto negoziale (CGAS, 18.5.2009 n. 415; T.a.r. Campania 14.4.2009 n. 1967). Successivamente i giudici amministrativi hanno mutato orientamento, ritenendo equiparabili gli effetti del lodo rituale, non più impugnabile, alla sentenza del giudice passata in giudicato, consentendo così l'esperibilità del giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, 12.10.2009 n. 6241, con nota di Caputo, Lodo arbitrale, ottemperanza e consolidamento del titolo esecutivo, Urb. App., 2010, 197 ss.; Cons. Stato, 28.4.2011 n. 2542, con nota di Meale, Il giudizio di ottemperanza e l'esecuzione del lodo arbitrale, Urb. App., 2010, 1207 ss.)".*

avendo disciplinato in conformità alla legge delega 69/2009 all'art. 44 le azioni proponibili nel processo amministrativo), ma soprattutto nulla disponeva sull'applicabilità di tale azione nei confronti della parte privata e non della sola amministrazione, come conformemente aveva ritenuto la giurisprudenza ordinaria.

La suprema corte ha lapidariamente stabilito che:

1 - nell'attuale concezione della riserva di legge "*non si intende riserva testuale della legge, secondo una concezione veteropositivista compendiata nel brocardo 'ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit'. Invero, la riserva di legge è salvaguardata anche nel caso in cui dalla disposizione normativa è possibile estrarre in via interpretativa — utilizzando tutti i canoni ermeneutici indicati dall'art. 12 preleggi — una norma. Ed è esattamente quanto è avvenuto nella materia in esame*".

2 - "*Sotto il secondo profilo, vale rilevare che tra le finalità della delega quali riconosciute dall'articolo 44 della legge n. 69/2009 vi è quella di prevedere la concentrazione delle tutele, e tra i principali criteri di delega di ordine generale, emerge l'esigenza di assicurare la snellezza e l'effettività della stessa tutela — e quindi una molteplicità di forme di tutela —, anche in funzione di una durata ragionevole del processo. Principi questi mutuati proprio dalla carta costituzionale* (41)".

Adattando dunque questo diritto vivente alla problematica in oggetto, si può concretamente dimostrare che il giudizio di ottemperanza del lodo arbitrale esecutivo divenuto inoppugnabile, può essere chiesto indifferentemente verso qualsiasi parte soccombente a prescindere che essa sia una pubblica amministrazione ovvero un soggetto alla medesima equiparato.

Per comodità del discorso conviene invertire l'ordine di trattazione delle due regole:

— Che anche l'ottemperanza come azione e come rito sia espressione del principio di concentrazione (42), è cosa ormai risaputa: in quanto tale giudizio nasce proprio come completamento del principio di effettività della tutela giurisdizionale e su questo punto non si può che concordare con l'autorevole pronuncia citata della Corte di Cassazione: perché il principio di concentrazione della tutela non è solo un principio dogmatico, ma anche un principio legislativo chiaramente e testualmente espresso dall'articolo 44 della legge 69/2009; ed è quindi un principio di obbligatoria osservanza da parte del decreto delegato 104/2010 e smi.

Inoltre tale principio è stato evocato da numerose sentenze della Corte di Cassazione (43) e del Consiglio di Stato (44).

---

(41) Corte di Cassazione SS. UU., 9 marzo 2015 n. 4683.

(42) A. CORSARO, *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 1053 e ss.

(43) Corte di Cassazione SS. UU., 7.01.2014 n. 66 "*Come noto, la L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 44, recante la delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, intendeva perseguire essenzialmente il fine "di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte*

— Più complessa è la seconda regola cioè il campo di applicazione ed i limiti soggettivi del procedimento di ottemperanza dei lodi arbitrali esecutivi. Per estrarre la norma dalla legislazione vigente, come ricorda la Cassazione, non è sufficiente il mero richiamo al primo comma dell'articolo 112 c.p.a. secondo cui *“i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere seguiti dalla pubblica amministrazione e da altre parti”*.

Infatti la dottrina potrebbe sempre sostenere (con l'avallo o meno della giurisprudenza) che la pubblica amministrazione può eseguire il lodo favorevole mediante ricorso alle procedure esecutive coattive previste dal c.p.c.

In realtà, per estrarre la norma secondo l'insegnamento della Cassazione, occorre da un lato ricostruire la situazione sostanziale deducibile nell'arbitrato come alternativa alla giurisdizione amministrativa: chiaramente l'articolo 112 prescrive doversi trattare di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo: ma questa è solo una componente dei lodi arbitrali esecutivi nei quali la pubblica amministrazione sia una parte. Non occorre fare molto sforzo per ricordare che proprio l'articolo 112 comma 2 lettera c) prescrive che: *“l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione (anche) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad essi equiparati del giudice ordinario al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato”*.

Da quanto precede si delineano con chiarezza due, e non una sola,

---

costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali ...” (comma 1). Tra i criteri direttivi rivolti al legislatore delegato formulati dal comma 2 del detto art. 44 non è contenuta alcuna indicazione specifica riferibile al giudizio di ottemperanza, precisandosi tuttavia l'intenzione di perseguire il riordino dei “casi di giurisdizione estesa al merito” (art. 44, comma 2, lett. b, n. 2). Sotto la definizione di “giudizio di ottemperanza” il legislatore delegato del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha riunito azioni diverse, dirette all'attuazione dei giudicati del giudice amministrativo, del giudice ordinario, del giudice speciale e dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili. Si rileva nella relazione allo schema di decreto legislativo trasmesso dal Governo al Presidente della Camera dei Deputati (atto n. 212/XVI trasmesso il 30.04.10), che “considerata la storica natura mista del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione, si è ritenuto di poter consentire la concentrazione nell'ambito del giudizio di ottemperanza di azioni cognitive connesse, per evidenti ragioni di economia processuale”. In particolare, prosegue l'atto parlamentare con riferimento all'istituto di cui all'art. 112, comma 5, “è stata prevista la possibilità di promuovere il giudizio di ottemperanza anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza; in tal caso la legittimazione attiva spetta, evidentemente, anche alla pubblica amministrazione tenuta all'ottemperanza”.

(44) Consiglio di Stato, sez. IV, 19.03.2015 n. 1502 “Nel processo amministrativo il ricorso in ottemperanza è diretto a realizzare la certezza e l'effettività della tutela giurisdizionale tramite il conseguimento dell'utilità connessa in concreto alla pretesa attivata e al giudicato ormai costituitosi, con la conseguenza che la decisione del giudice va considerata vincolante nei confronti della successiva azione amministrativa, anche in virtù dell'orientamento interpretativo della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui il pubblico potere, in sede di esecuzione di una decisione del giudice amministrativo, non può rimettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale”.

regole sovrapponibili; e la diversità sembra giustificata dalla diversa situazione soggettiva e dai diversi mezzi di tutela in una lettura del tutto coerente con la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul campo di applicazione e sui limiti del principio costituzionale di eguaglianza.

Infatti la sovrana Corte Costituzionale con giurisprudenza uniforme, insegna che il trattamento sostanziale e processuale delle situazioni giuridiche soggettive, può essere uguale solo se esse sono identiche o per lo meno analoghe. Nel caso di specie invece ci troviamo di fronte a due fattispecie di applicazione dell'azione di ottemperanza del tutto diverse tra di loro e non sovrapponibili:

— nel primo caso, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per eseguire un lodo arbitrale alternativo alla sentenza della giurisdizione ordinaria, conferma la sua natura di rimedio eccezionale nell'ottica del principio di effettività e completezza della tutela, onde assicurare il rispetto del principio stesso, nei non rari casi in cui l'esecuzione forzata civile è impedita o comunque resa più difficoltosa da norme di legge.

Si tratta dunque di un rimedio aggiuntivo e non ordinario (tanto è vero che spesso non è previsto da altri ordinamenti processuali anche amministrativi di stati membri dell'Unione Europea).

Non vi è dubbio che storicamente esso sia stato introdotto come strumento di deroga ai limiti di incidenza dei diritti soggettivi del privato nell'ambito della capacità giuridica speciale della pubblica amministrazione e del conseguente esercizio del potere amministrativo quale modulo tipico se non addirittura esclusivo dell'attività della pubblica amministrazione<sup>(45)</sup>. Pur tuttavia già all'inizio del secolo ventesimo era stato introdotto a tale scopo il rimedio dell'ottemperanza coattiva delle sentenze del giudice ordinario, ampliato in via meramente pretoria alle sentenze del giudice amministrativo. Tutto ciò però riguardava quasi esclusivamente almeno fino al 1934 la competenza giurisdizionale principale del giudice amministrativo cioè la competenza generale di legittimità nella quale era in gioco il rapporto interesse legittimo - potere amministrativo. Per questo anche storicamente, il giudizio di ottemperanza aveva assunto sfumature molto precise e diversificate rispetto ad una ordinaria azione di esecuzione dinanzi al giudice ordinario. Viceversa con l'emergere dei casi di giurisdizione esclusiva, come codificati dagli articoli 4, 5, 7 ed 8 della legge fondamentale sui tribunali amministrativi regionali 6.12.1971 n. 1034, relativamente a tali fattispecie il giudizio di ottemperanza ha assunto maggiormente un carattere di processo esecutivo in conformità con la

---

<sup>(45)</sup> Vedi infatti già l'articolo 23 del T.u. 17.08.1907 n. 638; come confluito nell'art. 27 n. 4 del regio decreto 26.06.1924 n. 1054, ma confronta anche l'articolo 90 e 91 del regio decreto 17.08.1907 n. 642 (*Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del consiglio di stato*).



progressiva influenza del diritto comunitario sul concetto di situazione giuridica soggettiva, e comunque sull'obbligo di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale <sup>(46)</sup>.

— Nel secondo caso invece l'azione di ottemperanza del lodo esecutivo si inquadra perfettamente nella giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi: quindi, per principio, espressione di un rapporto giuridico paritario, ancorché contenzioso tra le parti.

In tali casi l'eseguibilità del lodo mediante giudizio di ottemperanza, è rimedio concomitante ma *preferenziale* rispetto alla procedura esecutiva coattiva, perché partecipa della natura della giurisdizione esclusiva sottesa.

Per fare due esempi pratici si pensi alle due fattispecie molto importanti di giurisdizione esclusiva contenute rispettivamente nell'art. 133 comma primo lettera b) e c) del C.p.A.:

b) “le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici”;

c) “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo; ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito sulle assicurazioni, sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”.

Sia le fattispecie relative a concessioni di beni pubblici che quelle relative a concessioni di pubblici servizi di frequente includono le clausole compromissorie arbitrali.

Dedotta la parte che — come si è visto —, è di pertinenza del codice

---

<sup>(46)</sup> Infatti l'ordinamento comunitario non prende posizione diretta sulla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive da esso immediatamente protette come diritti soggettivi, ritenendo che tale qualificazione spetti secondo le regole costituzionali ed ordinarie alla competente autorità dello stato membro. Tuttavia, con giurisprudenza assolutamente costante, (vedi per tutte Corte di Giustizia 17.09.1997 Dorsch consult) la Corte di Giustizia ha ritenuto che, indipendentemente dalla qualificazione formale impressa ad una determinata situazione giuridica soggettiva dalla competente autorità di uno stato membro, debba assicurarsi alla medesima una tutela effettiva e non inferiore (cioè equivalente) a quella che la medesima situazione giuridica soggettiva, riceverebbe dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, a seguito dell'incorporazione della Carta dei diritti dell'Unione Europea nel trattato di Lisbona, è molto difficile negare che tali situazioni giuridiche soggettive possano restare meri interessi legittimi, ancorché di rango oppositivo, nel nostro ordinamento. Ad esempio tali sono la proprietà e l'impresa, in base all'articolo 16 e 17 della Carta dei diritti dell'Unione. Tuttavia, poiché la medesima non è stata ratificata da tutti gli stati membri dell'Unione, sembra di doversi dare ragione alla ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 303/2011 (vedi anche sentenza n. 80/2011) secondo cui: “*presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo in quanto inerente ad atti dell'unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni introdotte da uno stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione — e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*”.

dei contratti e che ha una sua peculiare disciplina, in queste fattispecie il giudizio arbitrale è del tutto alternativo e pari ordinato all'esercizio della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Non si vede pertanto perché l'amministrazione vincitrice del lodo non possa azionare, nell'esercizio del principio della concentrazione della tutela, il giudizio di ottemperanza nei confronti della parte soccombente ancorché privata. È in un certo senso la vendetta del diritto soggettivo nei confronti dell'interesse legittimo, favorita dal contesto europeo che non conosce tale situazione giuridica soggettiva prodotto alquanto obsoleto della dottrina dello stato.

— Infine per quanto riguarda la natura processuale del giudizio di ottemperanza, l'azione ampiamente tipizzata ancor prima del codice del processo amministrativo (e comunque dal medesimo che dedica all'istituto tre cospicui articoli) ne chiarisce la natura sostanzialmente esecutiva come limpidamente prescritto dal medesimo articolo 112 comma 2 “*l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione...*” (47).

Non vi è dubbio che vi possa essere un “pregiudizio” sulla ammissibilità del giudizio di ottemperanza: peraltro “pre giudizio” molto ridimensionato dalla possibilità normativamente consentita di ottenere l'ottemperanza anche per le sentenze non passate in giudicato; ma questo riferimento viene fatto solo per memoria, in quanto per i lodi arbitrali è la medesima norma a richiedere la doppia reale condizione dell'esecutività e della preclusione all'impugnabilità.

Di conseguenza la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza diviene del tutto alternativa alle procedure esecutive coattive di natura processual civilistica; e come tale avvalorata quanto definito nella sentenza

---

(47) Sull'argomento si veda A. DAIDONE - F. P. GRIFFI, in *Codice della giustizia amministrativa*, G. MORBIDELLI (a cura di), Milano, 2015, 1055: “*Anteriormente al c.p.a. era controversa in giurisprudenza l'esperibilità del ricorso per ottemperanza per l'esecuzione dei lodi arbitrali (per più ampi riferimenti sia consentito il rinvio sub art. 12, in questo Volume). Un corposo orientamento giurisprudenziale ne argomentava l'inammissibilità sulla base dell'asserito difetto del presupposto del giudicato in senso tecnico, richiesto dall'art. 37 l. TAR (Mari, Giudice amministrativo, 332). Attualmente invece la previsione di cui alla lettera e), comma 2, dell'art. 112 c.p.a., prevede l'operatività dell'ottemperanza per i “lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato” Cons. Stato, V, 28.4.2011 n. 2542, FA-CS, 2011, 1238; si v. anche Cons. Stato, VI, 23.5.2011 n. 3047, FA-CS 2011, 1660). Questa norma ha codificato un consolidato orientamento giurisprudenziale che già ammetteva da tempo il rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione di un lodo arbitrale dichiarato esecutivo (cons. Stato, V, 2.3.2000 n. 1089, CS, 2000, I, 493), poiché perfettamente assimilabile alla sentenza di un giudice (T.a.r. Campania, Napoli, IV, 27.4.2010 n. 2152; T.a.r. Lazio, III, 26.10.2009 n. 10413). Ciò in quanto il legislatore ha inteso dare al lodo tutti gli effetti della sentenza di primo grado immediatamente esecutiva, salvo l'idoneità all'esecuzione, l'iscrizione di ipoteca e la trascrizione che verranno acquisite per effetto dell'iniziativa di una delle parti con il deposito del lodo (CC, I, 19.10.2012 n. 18041). Ad ogni modo, come già anticipato il c.p.a. ha espressamente disposto che l'azione di ottemperanza è proponibile per l'attuazione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili per ottenere l'adempimento dell'obbligo della p.a. di conformarsi al “giudicato” (art. 112, comma 2, lett. d, c.p.a.) in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale”.*

n. 4683/2015 cit. della Corte di Cassazione, secondo cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale comprende non solo la pienezza e la completezza della tutela, ma anche una “molteplicità di forme di tutela” rimesse al prudente apprezzamento della parte interessata.

(Infatti l'articolo 112 comma 2 prescrive che l'azione di ottemperanza può essere proposta in funzione di una ragionevole durata del processo).

Una lettura riduttiva ed unilaterale di tale azione nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva (alternativamente di una giurisdizione arbitrale), sarebbe probabilmente incostituzionale e tale eccezione può essere superata dallo stesso giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza, attraverso il noto procedimento ermeneutico dell'interpretazione conforme alla Costituzione come costantemente sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale.

Non è di ostacolo a tale configurazione la terminologia adoperata dal medesimo articolo 112 che usa il termine attuazione e non il termine esecuzione. Non vi è dubbio infatti che da un punto di vista di teoria generale l'azione ed il giudizio di ottemperanza abbiano dei confini molto più ampi rispetto alle corrispondenti azioni esecutive dinanzi al giudice ordinario. Ciò del resto corrisponde all'efficacia delle sentenze dei giudici amministrativi che in generale possono realizzare oltre all'effetto demolitorio di annullamento e ripristinatorio della situazione quo ante anche il tipico effetto giuridico conformativo, che a sua volta viene distinto dalla dottrina e giurisprudenza, un effetto conformativo pieno, semi pieno o semplice a seconda dello spazio di discrezionalità lasciato alla pubblica amministrazione nel caso in cui intenda ottemperare autonomamente alle sentenze del giudice medesimo.

Senonché nell'ambito dell'ottemperanza ai lodi arbitrali (sia quelli alternativi alle fattispecie di giurisdizione del giudice ordinario sia quelli alternativi alle fattispecie di giurisdizione del giudice amministrativo) è fuor di luogo evocare l'effetto giuridico conformativo perché il collegio arbitrale o in via di impugnazione la corte di appello si sono pronunciate non sull'esercizio di un potere, ma sull'intero rapporto giuridico dedotto in giudizio. In entrambi i casi si tratta di sentenze che hanno la forza e l'autorità conferite loro dagli articoli 2908 e 2909 c.c.

Pertanto anche nei casi in cui la legge vieti i limiti l'esercizio del giudizio di ottemperanza non si tratta di una norma eccezionale che riguarda il giudizio stesso: bensì di una norma generale che vieta le procedure esecutive individuali e quindi anche tra di esse la misura del giudizio di ottemperanza. (vedi per esempio le norme in tema di dissesto finanziario degli enti locali).

4. In base a quanto si è sopra esaminato pare di poter concludere il presente contributo nel senso che:

a) Per pubbliche amministrazioni si devono intendere — anche agli

effetti della compromettibilità in arbitrato delle relative controversie —, non solo gli enti che soggettivamente sono una pubblica amministrazione centrale o locale, ma tutte quelle ad esse equiparabili, o comunque tenute in funzione di un munus o altro idoneo atto (che le prepone ad attività di pubblico interesse), ad assicurare il rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Tale indirizzo è confermato e confortato dalle recenti linee guida dell'autorità nazionale anti corruzione del giugno/luglio 2015.

b) Occorre distinguere tra tre ambiti di compromettibilità:

1. Le controversie alternative alla giurisdizione civile, in analogia con quanto prescritto dal medesimo art. 112 C.p.A. lettera c);

2. Le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per le quali il limite dell'arbitrabilità è la devoluzione di un contenzioso riguardante i soli diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo stesso: in pratica tutte ipotesi che sarebbero di naturale competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva;

3. Per altro verso sono sottratte — perché seguono le particolari norme e procedure —, le controversie arbitrali di cui all'art. 241 e ss. del codice dei contratti.

c) Nonostante l'apparente limitazione della compromettibilità alla sola procedura dell'arbitrato rituale di diritto di cui all'articolo 806 e ss. c.p.c. —, ritengo che, per l'effetto prevalente e di diretta applicazione dell'ordinamento multilivello, siano perfettamente compromettibili e potenziale oggetto del giudizio di ottemperanza anche le controversie arbitrali regolate da procedure arbitrali internazionali. Ovviamente per la parte non regolata direttamente dal codice dei contratti, e sempre che non si tratti delle controversie di competenza del giudice amministrativo *sub* 2.

d) Sull'ambito soggettivo dell'azione di ottemperanza debbono articolarsi due ipotesi:

i. se l'azione viene chiesta per ottemperare ad un lodo alternativo all'esercizio di una giurisdizione civile, è giusto e giustificato che l'ottemperanza sia azionabile solo nei confronti della pubblica amministrazione inadempiente e non del soggetto privato eventualmente soccombente; si tratta infatti di un rimedio ancora oggi di tipo eccezionale.

ii. Invece, per le procedure arbitrali alternative a fattispecie di esercizio della giurisdizione amministrativa esclusiva, non vi è alcuna ragione per limitare l'azionabilità nei confronti della sola pubblica amministrazione soccombente.

Al contrario ben può la medesima azionare il giudizio nei confronti della parte privata soccombente, in attuazione del principio di effettività della tutela e della parità della difesa e del contraddittorio delle parti nel giudizio amministrativo secondo quanto previsto dagli articolo 1, 2 e 7 del C.p.A. e sviluppato nello stesso articolo 112 primo comma.

La biunivocità dell'azione è infatti perfettamente conseguente alla

paritarietà delle situazioni giuridiche soggettive tutelate mediante il rapporto giuridico dedotto in arbitrato e della evoluzione stessa della natura e della funzione del giudizio di ottemperanza.

*The author aims to give an innovative contribution on the issue of the enforcement of either domestic or foreign arbitral awards, once they became incontrovertible in the event the dispute is between parties of which one of them is a public authority.*

*First, it has been analysed the concept of public administration combining the provisions of Articles 7, 12, 112 of the Italian Code of the Administrative Procedure in the light of the principles of the multilevel legal system and of the European and Community laws.*

*Second, in the light of the principles of due process and of substantive and procedural equal treatment of the parties, the issue is whether the public administration, when involved in an arbitral proceeding which became incontrovertible, could request to the administrative judge the execution of the arbitral award by the other party, being it either private or public. The author, analysing the scope of the administrative proceedings, in particular the exclusive jurisdiction of the administrative court from the jurisdiction of the ordinary one, provides a double solution: under the jurisdiction of the ordinary courts, the Italian Procedural Code permits a narrow interpretation, namely that the arbitral award shall be executed only by the Public Administration; instead when the administrative court has exclusive jurisdiction, the award shall be executed by either the public or the private party. The Author follows the same method of legal interpretation used in the recent judgments issued by the Plenary Session of the Court of Cassation and by the Plenary Meeting of the Council of State that affirmed that under article 2932 of the Italian Civil Code it is admissible the enforcement of the award against a private party, and the administrative judge has exclusive jurisdiction in issuing it.*

*Eventually, the Author affirms that with a proper argument there shall be no obstacle to the execution of foreign arbitral awards, considering the 2006 Italian reform of the arbitral proceedings. It is understood that in such circumstances the foreign arbitral award shall be executed only after that the competent judicial authority has declared its execution.*



## La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale

FABRIZIO CRISCUOLO (\*)

1. Regole cogenti e spazi di autodeterminazione nell'arbitrato rituale; limiti alla regolamentazione pattizia del procedimento. — 2. Il regolamento del rapporto tra le parti e gli arbitri tra disciplina legale e libertà di determinazione. — 3. *Segue*: responsabilità degli arbitri: natura, limitazioni e scelta della disciplina applicabile; il rinvio a regolamenti precostituiti. — 4. Le regole del procedimento in senso stretto; disponibilità dei mezzi di prova e “negozi processuali”; rispetto del contraddittorio e previsioni convenzionali di termini preclusivi. — 5. La scelta tra lodo secondo diritto e lodo di equità; la libertà delle parti di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità e i divieti di rinuncia al giudizio di diritto. — 6. Estensione pattizia dei motivi di impugnazione alla violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. — 7. Conclusioni.

1. L'ultimo intervento organico sulle disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato ha visto la luce in coincidenza col tramonto di un'epoca nella quale il legislatore italiano (si pensi alla legge delega relativa al cosiddetto arbitrato societario) ha coltivato e tentato di attuare l'idea che la partecipazione dell'arbitrato alla natura ed alla funzione dei processi giurisdizionali potesse consentire l'utilizzazione dell'istituto come vero e proprio succedaneo del processo civile, talora ponendo volutamente in secondo piano l'innegabile radicamento del fenomeno sul terreno dell'autonomia privata e la pluralità di corollari che da tale constatazione scaturiscono (1).

---

(\*) Professore ordinario nell'Università della Calabria.

(1) Con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, l'Esecutivo ha dato attuazione alla delega, contenuta all'art. 1 della l. 14 maggio 2005, n. 80, per “riformare in senso razionalizzatore” l'arbitrato, introducendo nel codice di rito rilevanti novità nella disciplina di esso, nella prospettiva di sviluppare la funzione giurisdizionale dell'istituto. L'intervento legislativo ha colmato i limiti della riforma del 1994, riconoscendo espressamente l'arbitrato irrituale o libero, enfatizzando la natura processuale dell'arbitrato (e, solo apparentemente, attenuando la natura privata di esso) ed attribuendo al lodo gli effetti di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 824-bis c.p.c.

Nel vasto panorama dei contributi dottrinali che si sono susseguiti all'esito della riforma,

Nondimeno, molte delle regole procedurali dettate in sede di riforma confermano, anche in considerazione della loro natura di canoni

---

si vedano, tra i molti: BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Commentario, Milano, 1994; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006, p. 423 ss.; BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, conciliazioni e altre ADR*, Torino, 2006; FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006; CARPI, *Arbitrato* (commentario diretto da), Bologna, 2007; RUBINO SAMMARTANO, *L'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, I-II, Padova, 2010; CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, artt. 633-840, Milano, 2010; BENEDETTI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2010; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012; ALPA - VIGORITI, *Arbitrato. Profili di diritto stanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013; MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013; SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, S. Chiarloni (a cura di), Torino, 2014.

Corte cost., 19.7.2013, n. 223 ha sottolineato che la riforma del 2006 in materia di arbitrato ha introdotto una serie di disposizioni che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Sulla scorta di tale impostazione si v. Cass., SS.UU., 25 ottobre 2013, n. 24153 (in *Corr. giur.*, 2014, fasc. 1, p. 84, con nota di G. Verde) per cui: "la normativa in parte introdotta con la legge n. 25 del 1994 ed in parte con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni, (...) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata all'autonomia dei privati". Cfr. nello stesso senso anche Cass., 21 marzo 2014, n. 6736; Cass., 26 maggio 2014, n. 11634; Cass., 18 giugno 2014, n. 13898.

Il tema della natura dell'arbitrato — negoziale o giurisdizionale — è stato da sempre tra quelli notoriamente più dibattuti in dottrina. Sia consentito il richiamo a: SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, p. 69; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 1994, p. 134; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Torino, 1994; Id., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 822; G.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 810 ss.; TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in questa *Rivista*, 1998, p. 506; MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dall'omologa giudiziale*, in questa *Rivista*, 1998, p. 773; Id., *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in questa *Rivista*, 2002, p. 286; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 297; BERLINGUER, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259; E.F. RICCI, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, IV ed., Padova, 2004, p. 316 ss.; RUFFINI, *Patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 2005, p. 722; PUNZI, *"Efficacia di sentenza del lodo"*, in questa *Rivista*, 2005, p. 829 ss.; Id., *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 970; Id., *Luci ed ombre sulla riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 430 ss.

Di recente, Cass., 13 febbraio 2014 n. 3316 ha statuito che « Ai fini della determinazione della ragionevole durata del processo, non rileva il tempo di svolgimento della procedura arbitrale, ancorché, a seguito di impugnazione del lodo, la controversia sia sfociata nel giudizio civile ordinario, della cui durata trattasi, ciò in quanto l'arbitrato, pur se rituale, ha natura privatistica ed è esterno all'esercizio della funzione giurisdizionale »; per Cass., 8 gennaio 2014, n. 132, invece, « l'arbitrato rituale ha natura giurisdizionale, anche rispetto ad esso opera il principio secondo cui il disposto dell'art. 5 c.p.c. non trova applicazione nei casi in cui la giurisdizione o la competenza, insussistenti al momento della proposizione della domanda, sopravvengano nel corso del processo ». V. anche Cass., 13 febbraio 2007, n. 3045: « L'arbitrato rituale, ai pari di quello irrituale, trova la sua fonte nell'investitura conferita dalle parti e, quindi, configura un atto di autonomia privata rispetto al quale non è possibile parlare di competenza



non inderogabili, l'esistenza di larghissimi spazi di libertà tradizionalmente propri dell'istituto, istituto che — una volta che sia realizzata e garantita la dialettica tra le parti in lite, su un piede di simmetrica parità, e la terzietà ed imparzialità di chi giudica — trova il suo senso più profondo nella adattabilità degli schemi procedimentali alle peculiari esigenze della singola controversia e nella flessibilità degli strumenti in relazione perfino alle peculiari esigenze delle parti <sup>(2)</sup>.

In questa prospettiva, più che come auspicio, il ricorso da parte dei litiganti a strumenti di autoregolamentazione del procedimento si pone come una vera e propria esigenza, al fine di evitare irrigidimenti che, accentuando modalità burocratiche, finiscano col mettere capo a soluzioni che non siano appropriate al caso concreto, ma, come spesso accade, vengano elaborate in funzione di un modello ideale di processo riferibile a tutti i possibili contendenti di tutte le possibili controversie.

Oltretutto, l'attuale formulazione dell'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c., nell'aver spostato all'inizio del giudizio arbitrale (che la dottrina individua nel momento dell'accettazione degli arbitri e della costituzione del Collegio) il limite temporale concesso alle parti per l'individuazione delle regole del procedimento (limite temporale in passato individuato nella clausola compromissoria o nel compromesso, ovvero nell'atto introduttivo del procedimento), esalta indiscutibilmente la finalità poc'anzi indicata, considerato che lo sforzo di determinare le regole del gioco può essere effettuato dalle parti anche dopo che la controversia è insorta ed in prossimità della trattazione di essa, dunque in un momento nel quale esse acquistano maggiore consapevolezza delle peculiarità delle questioni controverse <sup>(3)</sup>.

---

o di giurisdizione in senso tecnico in quanto con il compromesso non è demandato agli arbitri l'esercizio di una funzione giurisdizionale, parallela o alternativa a quella degli organi statuali, ma soltanto lo svolgimento di un'attività negoziale sostitutiva di quella degli stipulanti che, di conseguenza, possono opporre la deferibilità agli arbitri della controversia solo come questione di merito e non di giurisdizione o di competenza ».

<sup>(2)</sup> Sul punto, significativo è il contributo di DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit. p. 423 ss., il quale affronta il problema della natura inderogabile ovvero derogabile della disciplina dell'arbitrato prevista agli artt. 806-832 c.p.c., con particolare attenzione alle disposizioni introdotte dalla riforma. Ancor prima della riforma, il tema relativo ai limiti del potere delle parti di individuare le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento è stato compiutamente affrontato da G.F. RICCI, sub art. 816, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 275 ss.

<sup>(3)</sup> L'individuazione delle norme sullo svolgimento del procedimento arbitrale e l'attuazione del contraddittorio rientrano nel potere regolamentare delle parti e degli arbitri, i quali restano vincolati unicamente al rispetto di precetti legali cogenti. Sul tema si v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 16 ss.

Il vigente codice di procedura civile, sul presupposto che il procedimento arbitrale ha natura volontaristica ed è pertanto caratterizzato da un'ampia libertà di forme, da un canto ed in via principale, attribuisce tale potere regolamentare direttamente alle parti, precisando che esso può essere esercitato solo "fino all'inizio del giudizio arbitrale" (art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c., disposizione all'interno della quale, dopo la riforma del 2006, è stato trasfuso il contenuto dell'art. 816, comma 2, c.p.c.); dall'altro canto ed in via secondaria, assicura, comunque, la validità ed esistenza del procedimento attraverso l'applicazione del principio del contradditto-

In questo contesto, si tenterà di passare in rassegna le varie fasi del procedimento in una accezione lata (che non si limiti, cioè, alle sole modalità di svolgimento del contraddittorio di fronte agli arbitri), al fine di individuare, anche in un costante e serrato confronto con la prassi, gli spazi che, nell'ambito della regolamentazione del processo arbitrale, il

---

rio, dei principi di ordine pubblico processuale (tra i quali: corrispondenza tra chiesto e pronunciato, rispetto del dovere di imparzialità e collegialità ecc.), del principio costituzionale sul giusto processo. Per Cass., 28 febbraio 2014, n. 4808: « Nel procedimento arbitrale, ispirato al principio delle libertà delle forme, gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione non espressamente richiamate all'atto del conferimento dell'incarico arbitrale, con il solo limite dell'osservanza delle norme di ordine pubblico, come il principio del contraddittorio ». Cass., 21 settembre 2014, n. 18918 ha sancito che « In tema di arbitrato, a norma dell'art. 816 c.p.c., in mancanza di esplicita previa indicazione delle parti, gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, ma debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche onde assicurare il corretto svolgimento del procedimento con il pieno rispetto del principio della regolarità del contraddittorio, che presiede anche allo svolgimento del giudizio arbitrale ».

Il tenore letterale dell'art. 816-bis c.p.c. ha ingenerato un dibattito in ordine al momento al quale l'inizio del giudizio sia riferibile: la dottrina maggioritaria ha ritenuto che il potere regolamentare delle parti possa essere esercitato legittimamente solo fino all'accettazione degli arbitri ed alla costituzione del collegio arbitrale (in dottrina si v. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, p. 888; G.F. RICCI, *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 398; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1966, p. 275; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3ª ed., Milano, 1988, p. 465).

Un filone dottrinale non meno rilevante ha, poi, offerto una interpretazione lata della disposizione del codice di rito, ritenendo che le parti possono esercitare il potere regolamentare in discorso fino alla prima occasione di incontro parti-arbitri, vale a dire la prima comparizione delle parti innanzi al Collegio arbitrale (così, tra gli altri e con motivazioni diversificate: D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, p. 491; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile* (3), IV, Napoli, 1964, p. 825; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, Verde (a cura di), Torino, 2005, p. 232 ss.). Da ultimo, un orientamento più restrittivo reputa che l'ultimo momento utile, per le parti, di disciplinare il procedimento arbitrale sarebbe costituito dalla notifica dell'atto introduttivo, vale a dire dalla domanda di arbitrato (cfr. in tal senso: TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, n. 3, p. 60; GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), cit., p. 195).

Nell'ipotesi di inerzia delle parti nel termine sopra riferito, il potere regolamentare potrà essere esercitato dagli stessi arbitri durante tutto il corso del procedimento, con la possibilità dunque di dettare, di volta in volta, le regole da applicare nel corso del giudizio, garantendo il rispetto del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio. Sul tema si v. RUFFINI-TRIPALDI, in *AA.VV.*, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, cit., *sub art. 816 bis*, p. 191; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, p. 127; BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in questa *Rivista*, 1996, p. 267; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, p. 213.

Nel senso di coerenziare il potere regolamentare degli arbitri nel rispetto dell'autonomia privata si vedano FAZZALARI, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *Commentario*, cit., p. 106 ss.; MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1997, p. 303; Id., *Processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2005, p. 794 ss. per il quale “*deve tuttora ritenersi che le regole debbano essere fissate in limine*”. In giurisprudenza si v. Cass., 21 luglio 2000, n. 9583, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Arbitrato* n. 170.

sistema affida al potere autonomo delle parti, ovvero di verificare situazioni ed àmbiti in cui si manifesta la possibilità che le parti si discostino dalla disciplina legale, prevedendo regole procedimentali non imposte <sup>(4)</sup>.

È bene precisare che, avendo ad oggetto la fase procedimentale, la riflessione non può non toccare anche la convenzione di arbitrato, atto di autonomia per definizione, nel quale il fenomeno trova la propria genesi ed al quale le parti per lo più affidano le loro determinazioni anche in ordine al funzionamento della procedura <sup>(5)</sup>. Così, considerando estranea al tema affidatomi soltanto la trattazione della relazione astratta tra

---

(4) Il tema trova collocazione nel contesto, più ampio, del rapporto che intercorre tra arbitrato ed autonomia negoziale e necessita di essere affrontato superando il falso pregiudizio che il modello negoziale mal si attaglierebbe in una situazione in cui la disciplina dell'istituto è collocata nel codice processuale, mentre il codice civile ne reca solo incidentalmente menzione. In tal senso, sia consentito rinviare a FAZZALARI, *La cultura dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, n. 1/1991, p. 1 ss. L'Illustre Autore, dopo aver affermato che « *l'arbitrato è processo o non è* », puntualizza che l'istituto deve essere considerato, anzitutto, come manifestazione di privati. Nella stessa direzione, RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in questa *Rivista*, n. 1/1991, p. 13 ss. scriveva: « *Certamente la scelta legislativa è indice di una vocazione incline ad accentuare gli aspetti "statualistici" della figura, nel fissare i modi in cui essa opera sul piano dell'efficacia giuridica. Sotto questo profilo la elementare ricognizione dei dati storici suggerisce intanto una necessaria distinzione tra legislatore del codice di procedura e legislatore della riforma (del 1983). Del primo sono evidenti la diffidenza e la cautela verso la giustizia resa dai privati, in un disegno che accentua i compiti e le funzioni dello Stato: significativo era già il luogo in cui la disciplina si collocava (e formalmente rimane), e cioè a chiusura dell'ultimo libro (specificamente dedicato ai procedimenti speciali), mentre il codice ottocentesco dell'arbitrato si occupava ad apertura, quasi a modo di prologo dedicato ad una forma di più immediata ed elementare giustizia. Il riformatore della più recente stagione si orienta sulla via di una progressiva, sempre più larga "privatizzazione" della materia, pur mantenendo in vita lo strumento tecnico ...attraverso il quale il lodo degli arbitri può acquistare l'efficacia della sentenza* ».

La possibilità che le parti possano prevedere, nell'esercizio dei poteri di autonomia, regole a disciplina dell'arbitrato (diverse da quelle previste dalla disciplina legale) presuppone, ovviamente, che la controversia devoluta in arbitrato non abbia ad oggetto diritti indisponibili. In proposito si v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 27 ss.; ID., *sub art. 806 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), cit., p. 6 ss.; ID., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2005, p. 461.

Sulla differenza e sul rapporto tra inderogabilità della normativa e indisponibilità dei diritti controversi v. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011 p. 22; G.F. RICCI, *Dalla « transigibilità » alla « disponibilità » del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, p. 265; RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. processuale*, 2002, p. 140 ss.; CRISCUOLO, *Arbitrato d'equità e norme inderogabili*, in questa *Rivista*, 1992, p. 330; ID., *La nullità del contratto, tra ordine pubblico e disponibilità dei diritti*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, p. 359 ss.; ID., *Arbitrato rituale e arbitrato libero: tra funzione giustiziale e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2003, p. 118 ss. Con riguardo al rapporto tra norma imperativa e norma inderogabile si v. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 573.

(5) Nell'àmbito delle linee programmatiche della riforma dell'arbitrato previste dalla legge delega n. 80/05, la convenzione arbitrale viene presa in considerazione sotto due profili: da un canto, prevedendo l'esigenza di contemplare «la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge»; dall'altro, segnalando «che per la stipulazione di compromesso e clausola compromissoria vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso». Sul tema si v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), cit., p. 1 ss.: « *Quanto ai requisiti soggettivi ed oggettivi del patto compromissorio, il*

autoregolamentazione e disciplina legale con riferimento alla convenzione di arbitrato, si prenderanno le mosse dall'esame in concreto di tale relazione con riferimento al rapporto parti-arbitri.

2. Si tratta del rapporto che trova la propria fonte in altra figura contrattuale utilizzata per accedere al procedimento arbitrale e cioè in quel negozio che si conclude appunto tra le parti e gli arbitri e che lega in modo autonomo ogni parte ad ogni arbitro, il cosiddetto contratto di arbitrato <sup>(6)</sup>, sulla cui autonomia rispetto alla convenzione di arbitrato (sia pure in collegamento funzionale ovvero, come i più preferiscono, in rapporto di antecedente logico e fattuale l'uno dell'altro) la dottrina ha cominciato a ragionare in tempi relativamente recenti <sup>(7)</sup>.

---

*legislatore delegante ha fornito, dunque, un criterio direttivo chiaro ed unitario: la disponibilità, sotto il profilo oggettivo, e la capacità — e legittimazione — a disporre, sotto il profilo soggettivo".* Con riferimento alla convenzione arbitrale, l'A. precisa che dalla legge delega emerge "la volontà di semplificazione della disciplina del patto compromissorio, mediante unificazione delle species — compromesso e clausola compromissoria — all'interno di un unico genus, che consenta l'individuazione di comuni requisiti fondamentali soggettivi, oggettivi e di forma", ciò che risulta evidente sin dalla intitolazione del capo I, non più riferito al compromesso o alla clausola compromissoria, ma alla "Convenzione di arbitrato"; non mancando di rilevare che « l'accentuazione del ruolo della volontà delle parti, nel momento che le è più consono, cioè all'atto della scelta arbitrale, fa da contraltare alla vistosa processualizzazione, per non dire giurisdizionalizzazione ... dell'arbitrato nella fase della trattazione e decisione della lite » (sul punto si v. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 9 ss.).

L'adozione della categoria della "convenzione di arbitrato" è significativa del nuovo sistema dei contratti per la scelta dell'arbitrato, che sostituisce il sistema improntato sul patto compromissorio nelle sue due species di compromesso (ove la lite fosse già sorta) e clausola compromissoria (ove le parti avessero voluto scegliere l'arbitrato in vista di future, eventuali, liti). Nel nuovo sistema, il genus è la convenzione di arbitrato, disciplinata dall'art. 806 c.p.c., le cui disposizioni valgono per ogni singola applicazione del modello generale; le species di convenzione di arbitrato sono così classificabili: a) il compromesso, che trova la propria disciplina all'art. 807 c.p.c. e continua a regolare le liti già sorte; b) la clausola compromissoria, disciplinata dall'art. 808 c.p.c. e chiamata a regolare liti eventuali e future che scaturiscono da un contratto; c) la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale di cui all'art. 808 bis c.p.c., con finalità di regolare liti eventuali e future relativi ad uno o più rapporti ivi determinati. Cfr. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Fazzalari (a cura di), cit., p. 57; ID., *La nozione di clausola compromissoria*, in questa *Rivista*, 2005, p. 422.

<sup>(6)</sup> Sulla formula contratto di arbitrato — intesa quale negozio giuridico concluso tra la parte e l'arbitro — si vedano BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, p. 101; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1936, p. 66. Argomenta di contratto di arbitrato anche SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 1<sup>a</sup> ed., Milano, 1958, p. 332.

Sul tema cfr. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1991, p. 147; BRIGUGLIO, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *Commentario*, cit., p. 70; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit. Nel senso di precisare che il contratto di arbitrato vincola-lega non solo la parte esclusivamente con il proprio arbitro, ma, in modo autonomo, ogni parte ad ogni arbitro v. di recente MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, p. 2 ss.

<sup>(7)</sup> La dottrina più risalente non sempre ha percepito la rilevanza e l'autonomia, sul piano concettuale, del contratto di arbitrato, le cui problematiche sono state spesso considerate insieme a quelle concernenti il compromesso. Cfr. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, II ed., Torino, 1879, p. 46; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, II ed., Torino, 1915. Si deve a MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1904, p. 57 ss.

Orbene, proprio nell'ambito di tale contratto, possono trovare puntuale ed adeguata disciplina ad opera dell'autonomia privata una serie di questioni relative al procedimento, agli obblighi degli arbitri, ai loro diritti, nonché agli obblighi ed ai diritti delle parti. Sennonché, il problema della ricostruzione complessiva delle regole con cui i litiganti intendono disciplinare questo rapporto (dunque in ultima analisi del contenuto del contratto di arbitrato) non è di agevole soluzione, giacché, essendo del tutto inusuale che le parti affidino ad un documento unitario tale disciplina, essa deve essere per lo più ricavata da una serie di documenti, primi fra tutti la stessa convenzione di arbitrato (clausola compromissoria o compromesso che sia) ed il verbale di costituzione del collegio arbitrale, verbale che, come detto, rappresenta il termine ultimo per gli arbitri ma anche per le parti entro il quale esercitare quel potere autoregolamentare sia con riferimento ai rapporti tra loro, sia in relazione al loro rapporto con il processo.

Di qui una prima considerazione circa il contenuto che di solito assumono il compromesso e la clausola compromissoria<sup>(8)</sup>. In essi ten-

---

uno dei primi tentativi di operare una riflessione più analitica, separando il concetto di compromesso da quello del rapporto giuridico che si instaura — mediante il compromesso e la sua accettazione — tra le parti e gli arbitri. Sul rapporto parti-arbitri e sulla qualificazione di tale rapporto in termini, alternativamente, di mandato, *locatio operis*, contratto tipico si v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 336 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 97 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 70; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 61 ss.; FAZZALARI, voce *Arbitrato (Teoria generale e Diritto processuale civile)*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 398; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 401; VERDE, *Collegialità degli arbitri e responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 240; SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 17; BRIGUGLIO, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 70; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 49 ss.

La dottrina si è interrogata sul rapporto che corre tra contratto di arbitrato ed accordo compromissorio: secondo un primo orientamento, saremmo dinanzi a due contratti distinti, ma nettamente collegati (tesi del collegamento negoziale), essendo controverso se si tratti di collegamento genetico (collegamento che opera sul negozio, fonte del rapporto, assumendo un valore prevalentemente statico) o funzionale (collegamento che opera sul rapporto e rileva sotto un profilo dinamico); e di collegamento volontario (la fonte del collegamento risiede nella volontà dei contraenti) o necessario (derivante dalla legge). Il legame tra accordo compromissorio e contratto di arbitrato potrebbe essere interpretato quale nesso di interdipendenza funzionale e necessaria, ciò che sarebbe confermato dalla circostanza che entrambi i negozi sono diretti al medesimo risultato, costituito dalla conclusione del procedimento arbitrale.

In base ad un secondo orientamento, invece, non sarebbe opportuno discorrere di connessione necessaria, trovandoci dinanzi a schemi di fatto autonomi e, segnatamente, ad una vicenda in cui il secondo negozio (contratto di arbitrato) presuppone, quale elemento della propria fattispecie, la venuta ad esistenza del primo (convenzione di arbitrato-accordo compromissorio). In altri termini, il contratto di arbitrato presupporrebbe un valido ed efficace accordo compromissorio, che rappresenta elemento fattuale della più ampia fattispecie "contratto di arbitrato". In questi termini, si v. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., p. 20 ss.

<sup>(8)</sup> La riforma del 2006 ha introdotto il *genus* unitario "convenzione di arbitrato" (nelle tre *species* di compromesso, clausola compromissoria, convenzione arbitrale in materia non contrattuale), esaltando l'autonomia delle parti: è stato, per tale via, confermato che le parti possono stabilire le norme che gli arbitri devono seguire (art. 816-*bis* c.p.c.), codificando la

denzialmente confluiscono, invero, distinte funzioni corrispondenti di fatto a distinte figure contrattuali tipiche: da un canto, la vera e propria convenzione di arbitrato, che interviene tra i litiganti e ha come effetto la definizione dell'opzione arbitrale; dall'altro, una sorta di proposta comune e concordata tra i litiganti di regolamentazione autonoma del loro futuro rapporto con gli arbitri<sup>(9)</sup>. Al riguardo una particolare posizione (a cavallo tra i due schemi contrattuali) assume la determinazione relativa alla nomina o alla modalità di nomina degli arbitri, determinazione che l'art. 809, comma 2, c.p.c. sancisce debba essere indefettibilmente assunta all'interno della convenzione di arbitrato e che allo stesso tempo rappresenta il passaggio essenziale per il perfezionamento del contratto di arbitrato, il vero antecedente logico e fattuale di quest'ultimo<sup>(10)</sup>.

Il contratto di arbitrato è destinato evidentemente a perfezionarsi con l'accettazione da parte dell'arbitro o degli arbitri che si costituiscono in

---

facoltà (già esercitata e riconosciuta nella prassi arbitrale nazionale) per le parti compromittenti di fare rinvio nella convenzione di arbitrato ad un regolamento precostituito (art. 832 c.p.c.). La scelta del legislatore ha rafforzato l'elemento volontaristico dell'arbitrato, confermando la natura negoziale della convenzione arbitrale che si configura, a tutti gli effetti, come un vero e proprio contratto con comunione di scopo (nel senso di predisporre uno strumento processuale diverso da quello giudiziario), per conseguire una pronuncia che porti all'estinzione della controversia. Sulla convenzione di arbitrato in genere e su compromesso e clausola compromissoria in particolare si vedano: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit. p. 3 ss.; COSTANTINO, *Arbitrato rituale*, in Buonfrate, Giovannucci Orlandi, *Codice*, cit., p. 3 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *L'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, cit., 2010; RUFFINI, *artt. 806-808 bis*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, *Commentario*, cit., p. 25 ss.

<sup>(9)</sup> L'art. 806, co. 1, c.p.c. circoscrive l'area di arbitrabilità delle controversie, disponendo espressamente che "le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge". Con ciò il legislatore ha inteso delimitare il contenuto "necessario" dell'accordo compromissorio, dal quale le parti non possono prescindere a pena di invalidità, accanto al quale si colloca un contenuto "eventuale" della convenzione di arbitrato. Ed invero, oltre ai requisiti oggettivi generali (ed ai requisiti particolari richiesti dalle norme relative al compromesso, alla clausola compromissoria ed alla convenzione arbitrale in materia non contrattuale), con la convenzione di arbitrato le parti compromittenti possono disciplinare in maniera dettagliata alcuni aspetti del procedimento arbitrale, dalla fase genetica a quella conclusiva. Tale facoltà consegue alla natura dispositiva della maggior parte delle disposizioni contenute nel Titolo VIII del codice di rito ed è espressamente prevista dall'art. 816-bis c.p.c., in forza del quale: "le parti possono stabilire nella convenzione di arbitrato, o un atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato". Ovviamente, le regole concordate dalle parti hanno carattere precettivo per gli arbitri, ma costituiscono causa di nullità del lodo solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano prescritto l'osservanza delle forme sotto pena di nullità e la nullità del procedimento non sia stata sanata nel corso del procedimento (art. 829, n. 7, c.p.c.).

<sup>(10)</sup> La formazione del collegio arbitrale costituisce una fattispecie complessa a formazione progressiva articolata nelle seguenti fasi: convenzione di arbitrato-nomina-accettazione degli arbitri (loro eventuale sostituzione), che rappresentano atti preparatori e strumentali alla pronuncia del lodo. Così DIMUNDO, *Il mandato ad arbitrare, la capacità degli arbitri, la responsabilità degli arbitri*, in Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, Torino, 1999, p. 421. In questo senso, la convenzione di arbitrato (che contiene la volontà compromissoria) ed il contratto di arbitrato (che rappresenta la fonte del rapporto tra le parti compromittenti e gli arbitri) rappresentano contratti teleologicamente collegati. La riforma, nel confermare la natura contrattuale di essi e nell'enfatizzare la volontà e la libertà di autodeterminazione delle parti,

collegio ed a completarsi (oltre che evidentemente con la disciplina legale tipica, individuata in ragione della soluzione dei non irrilevanti problemi di qualificazione di tale contratto) con le regole che tutti i soggetti interessati possono autonomamente elaborare fino al termine ultimo dell'inizio del procedimento, dai più ora individuato nel verbale di costituzione del collegio. Particolare rilievo assumono pertanto, a tale fine, sia la formulazione del compromesso o della clausola compromissoria, sia la verbalizzazione di cui si è detto.

3. Il necessario confronto con la prassi ci induce a constatare, sempre quanto alla disciplina del rapporto parti-arbitri, che assai di frequente i litiganti inseriscono anche in via diretta (e non a mezzo di *relatio* a regolamenti precostituiti) nel compromesso o nella clausola compromissoria le loro determinazioni con riferimento ai requisiti di terzietà ed imparzialità degli arbitri. Ciò induce a riflettere anche sulla ricaduta che tali previsioni (che non di rado introducono in capo agli arbitri veri e propri obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dal codice di rito) possono avere sul piano delle responsabilità di questi ultimi, di là dalle ipotesi contemplate dall'art. 813-ter c.p.c. <sup>(11)</sup>. Il che equivale a verificare se la disposizione in parola contenga ipotesi tassative o se l'autonomia delle parti possa incidere su tale profilo introducendo ulteriori fattori di responsabilità <sup>(12)</sup>.

---

attesta che la più evidente manifestazione dell'autonomia privata delle parti è data dal potere-dovere di nomina degli arbitri riconosciuto ai compromittenti e dall'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri designati.

<sup>(11)</sup> Per Cass., 27 febbraio 2009, n. 4823, in capo agli arbitri grava l'obbligo di adempiere il mandato collettivo di risolvere la controversia, obbligo principale a cui sono accessori due obblighi specifici: di non rinunciare all'incarico senza giustificato motivo e di pronunciare il lodo nel termine fissato. Costituisce pertanto condotta illegittima quella dell'arbitro che si astenga dal partecipare alla conferenza personale degli arbitri e manifesti in più occasioni la volontà di non deflettere da tale atteggiamento.

<sup>(12)</sup> L'art. 813-ter c.p.c. prende in considerazione tre distinte fattispecie di responsabilità degli arbitri che abbiano violato gli obblighi principali conseguenti all'accettazione dell'incarico: 1) la responsabilità dell'arbitro che con dolo o colpa grave ha ommesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto; 2) la responsabilità dell'arbitro che ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo; 3) la responsabilità dell'arbitro che con dolo o colpa grave ha ommesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli artt. 820 e 826 c.p.c. Fuori dai casi richiamati, gli arbitri rispondono esclusivamente per dolo o colpa grave, entro i limiti previsti dall'art. 2, commi 2 e 3, della l. 13.4.1988, n. 117. Ciò, a dimostrazione della circostanza che, al di là delle fattispecie tipizzate dall'art. 813-ter, co. 1, c.p.c., la riforma del 2006 ha equiparato la responsabilità degli arbitri a quella dei magistrati.

La dottrina si è interrogata in ordine alla possibilità di ipotizzare ulteriori fattispecie di responsabilità degli arbitri al di fuori del dettato legislativo. In argomento v., fra gli altri, ZUMPARNO, sub art. 813-ter c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato* in S. Menchini (a cura di), cit., p. 155 ss., per il quale: «*la completezza delle previsioni (...) non impedisce di regolare diversamente la materia in via convenzionale. È infatti possibile che mediante un apposito accordo, anche di rinvio ad un regolamento, le parti introducano ulteriori ipotesi di responsabilità oltre quelle normativamente previste, e la congruità delle scelte così operate sarà valutata dagli arbitri stessi al momento della nomina. Resta fermo però che, ad accettazione avvenuta, le*

La questione è assai dibattuta e può essere affrontata attraverso l'analisi di uno fra i casi più discussi: quello della previsione di dettagliati obblighi di *disclosure*.

In proposito, va osservato che, anche se la legge, di là dagli obblighi generali di buona fede, non prevede uno specifico obbligo di *disclosure* in capo agli arbitri, è tuttavia possibile che un siffatto obbligo sia imputabile a questi ultimi in forza della diretta previsione pattizia, come pure del rinvio che i litiganti operassero ai regolamenti di istituzioni chiamate ad amministrare la procedura (regolamenti che, ovviamente, ciò prevedessero) o, infine, dell'automatica applicazione agli arbitri di codici deontologici vigenti per talune categorie professionali, come ad esempio per gli avvocati<sup>(13)</sup>.

Si verterebbe, in questi due ultimi casi, in una ipotesi di determina-

---

*condizioni del rapporto parti-arbitri non potranno variare senza il consenso di tutti gli interessati; qualora le parti intendessero successivamente aggravare i termini della responsabilità, gli arbitri avrebbero tutto il diritto di rifiutare la proposta di modifica e di mantenere l'accordo anteriore fintantoché non gli sia revocato l'incarico. La derogabilità della disciplina codicistica attiene tanto alle fattispecie costitutive di responsabilità quanto ai loro effetti, ossia alle sanzioni cui gli arbitri vanno incontro nel caso di violazioni (...). Non sembrano invece consentite deroghe volte a ridurre la tutela, nel senso di delimitare o escludere alcune delle fattispecie previste dalla legge».* Sul tema si vedano anche i contributi di AA.VV., *L'arbitrato profili sostanziali*, Alpa (a cura di), I-II, Torino, 1999; DIMUNDO, *Il mandato ad arbitrare, la capacità degli arbitri, la responsabilità degli arbitri*, cit., p. 421 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile, i processi speciali*, IV, Milano, 2007, p. 390 ss.; GIOVANNUCCI ORLANDI, *Artt. 810-815 c.p.c.*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), Bologna, 2007, p. 211 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, cit., 2010.

<sup>(13)</sup> Sul tema v. BOVE, *Responsabilità degli arbitri*, in questa *Rivista*, 2014, p. 274 ss., il quale focalizza l'attenzione su due dei casi più discussi: quello legato ad eventuali obblighi di *disclosure*, la violazione dei quali, nella ricostruzione dell'A., non potrebbe dar luogo a responsabilità degli arbitri, giacché "da sé solo non potrebbe fondare l'annullamento del lodo"; e quello derivante dalla violazione del termine di cui all'art. 824 c.p.c. Cfr. anche AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2005, p. 745 ss., che ipotizza responsabilità dell'arbitro per violazione dell'obbligo di *disclosure* anche nell'ipotesi di mancato annullamento del lodo; D'APREA, *Particolari ipotesi di responsabilità degli arbitri*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 747 ss.

Per Cass., 28 agosto 2004, n. 17192: «In tema di ricasazione dell'arbitro, la formula contenuta nell'art. 51, n. 2, c.p.c., che prevede tra le cause di astensione obbligatoria la situazione di convivenza o di abituale commensalità con una delle parti o con taluno dei difensori, non può essere estesa fino al punto di ricomprendere l'ipotesi dell'arbitro esercente l'attività di avvocato che condivide lo studio o comunque lo stesso ambiente con i difensori di una delle parti del procedimento arbitrale, a meno che non risulti che la condivisione del medesimo ambiente di lavoro non si sia limitata all'utilizzazione di ambienti contigui, ma abbia dato luogo ad una reciproca compenetrazione delle rispettive attività professionali dal punto di vista tecnico-organizzativo (come, ad esempio, si verifica con la abituale condivisione della difesa tecnica nei medesimi processi), ovvero anche solo dal punto di vista economico, in misura tale da potersi assimilare alla confidenza ed alla reciproca fiducia che connotano i rapporti tra conviventi o tra commensali abituali». Cfr. anche Trib. Napoli, 21 gennaio 2011 per il quale «Non integrano motivo di ricasazione ex art. 815, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c. né il fatto che l'arbitro (nella specie Presidente del collegio arbitrale) e il difensore di una parte, entrambi docenti universitari, siano stati per lunghi anni colleghi nel medesimo ateneo né la circostanza che gli stessi abbiano assunto la comune paternità di importanti opere scientifiche. In senso parzialmente difforme, Trib. Genova, ord. 4 maggio 2006, per il quale: "Al fine dell'accoglimento dell'istanza di ricasazione nel procedimento arbitrale, è da ritenere "commensale abituale" del difensore di una delle parti l'arbitro avvocato, che eserciti continuativamente la professione legale nella stessa unità immobiliare ove esercita la professione anche il difensore



zione *per relationem* dell'oggetto del contratto di arbitrato, mediante il ricorso a fonti esterne, peraltro anch'esse di matrice negoziale. Dunque, indiscutibilmente dell'esercizio di poteri di autonomia.

Tali poteri, come accennato, avrebbero attitudine ad incidere anche sul regime legale della responsabilità, introducendo un'ipotesi nuova e diversa in conseguenza della previsione e della violazione di un obbligo ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge. Ed infatti, le parti, attraverso l'introduzione di tale obbligo, configurano il loro correlativo diritto ad avere un arbitro non soltanto terzo ed imparziale, ma anche totalmente trasparente in relazione alla eventuale sussistenza di situazioni oggettive che possano incidere sulla di lui terzietà, anche se non necessariamente atte a mettere a repentaglio la di lui imparzialità.

È del tutto evidente, inoltre, come l'introduzione di obblighi di tal fatta possa provocare ricadute anche sulla disciplina legale della ricasazione, ben potendo le parti, ovvero i regolamenti delle istituzioni arbitrali da queste richiamati nell'ambito delle convenzioni, prevedere, come conseguenza dell'inadempimento degli arbitri, anche il potere dei litiganti di ricusarli e perfino l'organo chiamato a giudicare di tale ricasazione. In tale prospettiva, anche l'art. 815 c.p.c. manifesta la sua essenza di disposizione non inderogabile, sia pure nel senso che le parti non possano ridurre i motivi di ricasazione ivi previsti, sibbene, semmai, prevederne ulteriori in ragione dell'introduzione di ulteriori obblighi nell'ambito della disciplina del loro rapporto con gli arbitri <sup>(14)</sup>.

---

(nella specie, il padre dell'arbitro, parimenti avvocato nella stessa unità immobiliare, aveva concesso al difensore una stanza in comodato gratuito, memore della stretta amicizia che lo legava al nonno di quest'ultimo) ».

<sup>(14)</sup> L'art. 815 non prende in considerazione la derogabilità della disciplina sulla ricasazione degli arbitri, questione dibattuta prima della riforma, soprattutto in considerazione della previsione recata dall'art. 836 c.p.c., oggi abrogato, che autorizzava le parti a disporre diversamente nell'arbitrato internazionale (ad es. adottando regolamenti di istituzioni arbitrali che prevedevano autonomi procedimenti di ricasazione dinanzi agli organi interni).

La derogabilità della disciplina codicistica è espressamente prevista dal novellato art. 832 c.p.c. con riguardo agli arbitrati amministrati nazionali: si tratta, tuttavia, di deroga che non può incidere restrittivamente sulle fattispecie richiamate dall'art. 815 c.p.c., giacché il comma 5 dell'art. 832 c.p.c. consente ai regolamenti delle istituzioni arbitrali di individuare solo nuovi casi di ricasazione degli arbitri, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge. Tale ragionamento dovrebbe valere anche per l'arbitrato *ad hoc* (dove la disciplina delle regole arbitrali è affidata alla comune volontà delle parti), in considerazione dell'assenza di previsioni circa possibili deroghe; tuttavia, tale conclusione potrebbe incontrare il limite della natura ausiliaria delle funzioni svolte dal Presidente del Tribunale. In altri termini, le parti possono escludere il ricorso alla procedura di accertamento e pronuncia della ricasazione disciplinata dal legislatore, ma non possono intervenire sulla disciplina legale modificandone termini e forme (ciò che imporrebbe all'organo giudiziario di seguire l'*iter* delineato in via convenzionale).

In dottrina si v. ZUMPARO, *Sub art. 815 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in S. Menchini, cit., p. 170, il quale precisa che: « Più in generale, la facoltà delle parti si esprime nell'ambito in cui l'ordinamento accorda valore all'autonomia negoziale, e in quest'ambito ciò che il diritto positivo riconosce in concreto alle parti è il potere di nominare e sostituire gli arbitri, e di rinunciare ad agire in ricasazione lasciando decorrere inutilmente il termine per proporre l'istanza. A fronte di tali poteri, una deroga alla disciplina legale può ammettersi solo nei limiti in

A completamento della riflessione sul punto, s'impone qualche notazione sull'esercizio da parte dei litiganti dell'opzione di rinviare, tanto per la disciplina del loro rapporto con gli arbitri, quanto per la disciplina del procedimento, a regolamenti arbitrali precostituiti.

In occasione dell'ultima riforma del 2006, tale facoltà è stata oggetto addirittura di una specifica disciplina — quella contenuta nell'art. 832 c.p.c. —, disciplina della quale francamente non si sentiva la mancanza, giacché da sempre l'autonomia delle parti e le prassi ammettevano sia la *relatio* a regolamenti precostituiti, sia l'esistenza di istituzioni, per lo più di natura associativa e spesso espressione di categorie di operatori professionali o economici, le quali istituzioni, organizzate su base di strumenti autodisciplinari, venivano chiamate dagli operatori ad amministrare la soluzione dei conflitti, in particolare quelli insorti all'interno della categoria <sup>(15)</sup>.

La formulazione dell'art. 832 c.p.c., del resto, sembra rispettare perfettamente la distinzione appena delineata tra arbitrato secondo regolamento precostituito ed arbitrato amministrato, là dove evidentemente il primo comma si riferisce al rinvio operato dai litiganti ad un regolamento

---

*ci configura modalità alternative di costituzione dell'organo arbitrale: pertanto, dovrà ritenersi confermata, anche dopo la riforma, l'impostazione che ammette la derogabilità della disciplina in commento esclusivamente al fine di conferire a un terzo (sia esso persona fisica o istituzione) il potere di revocare l'incarico e sostituire l'arbitro nelle ipotesi in cui questo sia ricusabile in base ad un motivo legalmente o convenzionalmente previsto».* Cfr. altresì CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2000, p. 448; BALDI, *Ipotesi di ricusazione e rapporto arbitri-parti*, in questa *Rivista*, 2006, p. 188 ss.; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., 2006, p. 427.

<sup>(15)</sup> Come è noto, il sistema arbitrale amministrato da un ente terzo si caratterizza per il fatto che la disciplina delle regole arbitrali è affidata all'ente ed è contenuta in un regolamento precostituito. Anche in questo caso, le regole a disciplina dell'arbitrato saranno espressione della volontà delle parti compromittenti, le quali, con la stipula della convenzione di arbitrato, devolvono ad una istituzione arbitrale l'amministrazione dell'arbitrato e richiamano, a tal fine, il regolamento predisposto dalla stessa istituzione attraverso il meccanismo della c.d. *relatio perfecta*.

Fra i principali compiti svolti dall'istituzione arbitrale si evidenziano: l'esame dell'idoneità della convenzione arbitrale a radicare l'arbitrato presso l'istituzione, la nomina e l'eventuale sostituzione dell'arbitro, provvedimenti ordinatori relativi al processo, esame del progetto di lodo, riscossione degli anticipi per le spese di arbitrato, determinazione o corresponsione del compenso e del rimborso delle spese all'arbitro, adempimenti di segreteria. Tali attività vengono contemplate all'interno del regolamento arbitrale dell'istituzione, all'interno del quale confluiscono anche norme di organizzazione, relative alla camera arbitrale, nonché alla tenuta di elenchi di arbitri. In questi termini si v. CAPONI, *L'arbitrato amministrato delle camere di commercio in Italia*, in questa *Rivista*, 2000, p. 663 ss.. Sul tema cfr. altresì E.F. RICCI, *Il nuovo regolamento della camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano*, in questa *Rivista*, 2003, p. 663; ID., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 ss.; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, p. 679 ss.; BRIGUGLIO - SALVANESCHI, *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale*, Milano, 2005; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in questa *Rivista*, 2007, p. 295 ss.

precostituito, mentre i commi 4 e 6 presuppongono che il richiamo sia ad una istituzione arbitrale, nel qual caso avremo un arbitrato amministrato<sup>(16)</sup>.

Senonché, dall'analisi dei più diffusi regolamenti arbitrali, si ricava che tutto il procedimento da essi disciplinato ruota intorno al perno rappresentato dall'istituzione arbitrale e dai suoi vari organi, i quali non rivestono esclusivamente un ruolo per così dire di segreteria del collegio, sibbene assumono anche determinazioni atte ad influenzare in modo decisivo il procedimento, come del resto s'è già fatto cenno in relazione alla nomina, alla revoca ed alla ricusazione degli arbitri o, ancora, alla proroga del termine per rendere il lodo<sup>(17)</sup>.

Insomma, risulta difficile immaginare nella prassi forme di rinvio a regolamenti da applicarsi al di fuori degli organi delle istituzioni che li hanno emanati. Quel che è più frequente è che la convenzione arbitrale richiami in modo selettivo soltanto talune disposizioni di un certo regolamento, le quali disposizioni non presuppongano di necessità un intervento diretto ed attivo da parte dell'istituzione arbitrale. In questo caso, ci troveremmo certamente in presenza di un arbitrato non amministrato, ma secondo regolamenti precostituiti, al quale tuttavia ugualmente sembra si debba applicare l'art. 832 c.p.c., in particolare con riferimento ai commi 1, 2, 3 e 5.

Da tempo, l'arbitrato amministrato viene anche utilizzato dal legislatore come strumento di soluzione di talune controversie speciali, come ad esempio quelle in materia di contratti pubblici, di tutela del risparmio in relazione ad operazioni e servizi bancari e finanziari, l'arbitrato amministrato presso la CONSOB a norma del D.Lgs. 179/2007 e l'arbitrato

---

<sup>(16)</sup> In dottrina, enfatizzando il tenore dell'art. 832 c.p.c., alcuni autori avallano la distinzione tra arbitrati secondo regolamenti precostituiti ed arbitrati amministrati veri e propri, distinzione che, seppur condivisibile, non trova nella pratica fattiva applicazione, eccezion fatta, a livello internazionale, per il Regolamento Arbitrale Uncitral. Sul tema si rinvia a: LUISSO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, p. 349-356; BIAVATI, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 869-871; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 995. Altra parte della dottrina reputa che vi sia coincidenza tra regolamento precostituito e arbitrato amministrato dall'istituzione da cui il regolamento promana. Così: VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 41; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, cit., p. 299; E.F. RICCI, *La funzione giudicante degli arbitri*, cit., p. 12.

<sup>(17)</sup> Sul tema v. CAPONI, *Sub art. 832 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), cit., p. 485-486, il quale precisa che l'attività dell'istituzione induce alcune riflessioni con riguardo al rapporto parti-arbitro: « *I diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto di arbitrato corrono esclusivamente tra parti ed arbitro, mentre l'istituzione contribuisce ad integrare il contenuto del rapporto e ad attuarlo* ». Al contratto di arbitrato si affianca, pertanto, il contratto di amministrazione di arbitrato, dal quale deriva il potere dell'istituzione di compiere e ricevere, in nome e per conto delle parti, atti che si inseriscono nel rapporto tra queste ultime e l'arbitro.

bancario e finanziario gestito dalla Banca d'Italia attraverso un organismo appositamente creato in attuazione della delibera CICR del 29 luglio 2008 <sup>(18)</sup>.

Inoltre, la disposizione in esame, al comma 2, si preoccupa di disciplinare il rapporto tra regole espressamente previste dalle parti nella convenzione di arbitrato ed eventuali clausole del regolamento cui essa fa rinvio, in ipotesi in contrasto con le prime. Il criterio risolutivo di tale contrasto, nel sancire la prevalenza delle determinazioni contenute nella convenzione di arbitrato su quelle del regolamento, fa sì che quest'ultimo rivesta un rango precettivo subordinato alle prime <sup>(19)</sup>.

Infine, un breve cenno s'impone al rapporto contrattuale che si instaura tra le parti e l'istituzione, contratto nel quale è possibile intravedere la confluenza di più schemi tipici: di contratto di servizi, di mandato e di contratto d'opera intellettuale <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano: BUONFRATE, *L'arbitrato del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi*, in *Il diritto dell'arbitrato*, Rubino Sammartano (a cura di), cit., p. 1393; MANCINI, *L'arbitrato amministrato presso la Consob*, cit., p. 1667; FERRETTI, *L'arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in *Il diritto dell'arbitrato*, Rubino Sammartano (a cura di), cit., p. 1559; BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice*, cit., 2006; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit.

<sup>(19)</sup> La disciplina contenuta nel regolamento predisposto dall'istituzione riveste un rango precettivo sott'ordinato rispetto alle regole predisposte dalle parti e confluite nella convenzione d'arbitrato, sicché queste ultime prevalgono nell'ipotesi di contrasto con le prime (art. 832, co. 2, c.p.c.). Tuttavia, la volontà delle parti potrebbe trovare un limite — che opera in maniera diversa dai limiti di legge, restando sul piano dell'autonomia privata — in quelle previsioni dei regolamenti tese ad escludere la derogabilità ad opera delle parti, siccome ritenute di particolare importanza per l'istituzione arbitrale (al punto che una volontà contraria delle parti abiliterebbe l'istituzione a rifiutare di amministrare l'arbitrato). Si pensi alle norme che regolano costi e modalità di pagamento delle spese e degli onorari degli arbitri; o, per riferirci ad un caso pratico, alle norme del regolamento della Camera arbitrale di Milano che, con riferimento agli arbitri con pluralità di parti, prevede (*recte*: impone) che la nomina degli arbitri sia fatta dall'istituzione. Sul tema si v. LUISSO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, p. 349 ss.; ATTERITANO, *Sub art. 832*, in Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile*, VII, t. 4, Torino, 2013, p. 930 ss.; AZZALI, *Art. 832*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., p. 369 ss.

<sup>(20)</sup> Tra le parti e l'istituzione si perfeziona un rapporto obbligatorio di scambio (il "contratto di amministrazione di arbitrato"), dal quale derivano obblighi che l'istituzione assume con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio. Il riferimento è, in via esemplificativa, ai servizi inerenti il processo arbitrale e, segnatamente, agli adempimenti di segreteria; agli atti che l'istituzione compie e riceve nell'interesse delle parti e che si inseriscono nel rapporto parti-arbitri (nomina, ricevimento accettazione, eventuale sostituzione, corresponsione compenso e rimborso delle spese, proroga del termine di pronuncia del lodo); all'opera intellettuale tesa a verificare la idoneità della convenzione arbitrale a fondare l'arbitrato presso l'istituzione, all'esame del progetto di lodo, all'istruttoria relativa ai vari provvedimenti da assumere. Così CAPONI, *Sub art. 832 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), cit., p. 484, il quale ravvisa in tale rapporto elementi dell'appalto di servizi, del mandato con rappresentanza e dell'opera intellettuale. L'A. non manca di sottolineare, alla nota 16, che « è stata prospettata una ricostruzione dei rapporti tra parti, istituzioni ed arbitro diversa da quella del testo. In caso di arbitrato amministrato — si è sostenuto — il contratto di arbitrato sussiste tra parti e istituzione, mentre l'arbitro è estraneo a tale convenzione e partecipa invece di un diverso rapporto con l'istituzione, in forza del quale egli si obbliga, contro corrispettivo, a risolvere le controversie che l'isti-

In proposito, da più parti ci si è posto il problema del momento e delle modalità dell'instaurarsi di tale rapporto e sono state offerte soluzioni le più varie in ragione della qualificazione della pubblicazione del regolamento, da taluno ricondotta all'offerta o alla promessa al pubblico; da altri, all'invito ad offrire, essendoci oltretutto da fare i conti con l'attuale formulazione dell'ultimo comma dell'art. 832 c.p.c. a termini del quale l'istituzione arbitrale può rifiutarsi di amministrare l'arbitrato<sup>(21)</sup>.

4. Dalle brevi riflessioni svolte in punto di rinvio a regolamenti arbitrali precostituiti, riflessioni che, per evidente analogia, possono riferirsi anche al rinvio a quanto prescrive il codice di rito per lo svolgimento dei processi dinanzi al Giudice ordinario, è agevole e naturale trascorrere ad altrettanto brevi considerazioni sul ruolo e sull'incidenza della volontà delle parti in relazione all'ambito che la dottrina definisce del "procedimento in senso stretto", con tale espressione volendoci limitare alla individuazione del *modus procedendi* dinnanzi agli arbitri, alle modalità, in altri termini, di svolgimento del contraddittorio, della trattazione e dell'istruzione delle questioni in arbitrato<sup>(22)</sup>.

---

*tuzione gli affida. La ricostruzione accolta nel testo presenta alcuni vantaggi, poiché essa è in grado di inquadrare da sola le varianti dell'arbitrato amministrato che si presentano nella prassi, mentre la tesi accennata in questa nota non copre il caso in cui la nomina dell'arbitro è effettuata integralmente dalle parti, come accade frequentemente anche nell'arbitrato amministrato».*

<sup>(21)</sup> Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali si rinvia ad AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in AA.Vv., *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altri ADR*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, cit., p. 49; Id., *Art. 832. Rinvio a regolamenti arbitrali*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, cit., 377 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 650 ss.; Id., *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1330; NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, p. 221; E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1 ss.

<sup>(22)</sup> S'è detto che la novella del 2006 ha integralmente riformato il capo III del Titolo VIII del Libro IV del Codice di procedura civile, riscrivendo, in larga parte, la disciplina del procedimento arbitrale, il cui svolgimento è ora regolamentato da un nucleo di previsioni fondamentali, che assegnano un ruolo centrale all'autonomia ed alla volontà delle parti. Sul tema del procedimento arbitrale, senza alcuna pretesa di esaustività, sia consentito richiamare: CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2006; LUISSO, *Diritto processuale civile, i processi speciali, IV*, Milano, 2006; AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 63 ss.; CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in AA.Vv., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Zucconi Galli Fonseca (a cura di), Bologna, 2006; MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile, IV*, Torino, 2000; GHIRGA, *Sub art. 816 bis-816 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in S. Menchini (a cura di), cit., p. 188 ss.; FABBI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella (a cura di), cit., 332 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 6 ss.; PICOZZA, *Art. 816*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 169 ss.; RICCI, *Art. 816-819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 339; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, cit.; RUFFINI, TRIBALDI, *Art. 816 bis-art. 816 ter*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., p. 185 ss.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit.; BOSSI, *La prassi dell'arbitrato rituale*, cit., p. 219 ss.

Avendo già fatto cenno al limite temporale stabilito dall'art. 816-*bis* c.p.c. per l'esercizio del potere ivi riconosciuto ai litiganti ed apparendo superfluo rimarcare l'ovvio limite del rispetto del principio costituzionale del contraddittorio, posto — sia pure in modo pleonastico —, dalla medesima disposizione, all'esercizio di quel potere, pare opportuno prendere le mosse segnalando la necessità di collegamento tra la norma in esame e il comma 1 n. 7 dell'art. 829 c.p.c., nel quale si fa riferimento all'impugnabilità del lodo per violazione delle forme prescritte dalle parti sotto pena di nullità, il che equivale a constatare che il potere autoregolamentare in relazione alle modalità di svolgimento del procedimento non si limita a dominare soltanto la regola processuale, ma estende la sua portata agli effetti dell'inosservanza della stessa <sup>(23)</sup>. Salvo poi enfatizzare l'ulteriore e diverso limite di cui all'art. 829, comma 2, c.p.c., per il quale la parte che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento arbitrale non può

---

<sup>(23)</sup> Con riferimento allo svolgimento del processo arbitrale, la novella si lascia apprezzare per aver attribuito alle parti massima libertà nel fissare l'*iter* procedimentale funzionale al raggiungimento ed alla formazione del lodo arbitrale, fatto salvo il rispetto dei principi di ordine pubblico processuale (il principio della domanda e quello della imparzialità dell'arbitro, il principio del contraddittorio, quello della motivazione del giudizio finale). Tale libertà trova rinnovata considerazione prevedendo, ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 7, c.p.c., che la mancata osservanza nel procedimento delle forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità (quando la nullità non sia stata sanata) valga come motivo per il quale è ammessa impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 828 c.p.c. Di talché, a differenza degli arbitri, le parti possono prevedere e "creare" dei casi (vere e proprie sanzioni) di nullità per il mancato rispetto delle regole da loro determinate. Prima della riforma del 2006, una simile facoltà si riteneva essere soggetta ad un limite, inderogabile, consistente nella "impossibilità di regolamentare, ai sensi dell'art. 816, ipotesi di nullità diverse da quella previste nei giudizi dinanzi alle autorità giurisdizionali". In dottrina si vedano: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 233 ss.; ID., *Arbitrato: I*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 25; COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in questa *Rivista*, 2003, p. 683 che rinvia ad ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, 3<sup>a</sup> ed., cit., 824; BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, Bove-Cecchella (a cura di), Milano, 2006, p. 94; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 191; TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Il giusto proc. civile*, 3/2006, p. 57-91; TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in questa *Rivista*, 2007, p. 210; CONSOLO, *Le impugnazioni dei lodi e delle sentenze*, Padova, 2008, p. 402.

Ciò perché, prima dell'ultima novella, l'art. 829, co. 1, n. 7, c.p.c., disponeva che le parti potessero stabilire l'osservanza delle forme "prescritte per i giudizi sotto pena di nullità".

La nuova formulazione della norma di cui all'art. 829, co. 1, n. 7 c.p.c. non lascia dubbi sulla volontà del legislatore di attribuire alle parti la facoltà di prevedere sanzioni di nullità, oltre le ipotesi tipiche previste dal codice, nella logica di esaltare l'autonomia delle parti ed allo stesso tempo di riconoscere all'arbitrato una dimensione propria, fondata sulla libertà dei privati, che non possa dirsi subalterna al processo ordinario ed alle sue proprie regole. Sul tema si vedano anche MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in questa *Rivista*, 2005, p. 852; CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 852; ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 748; RUFFINI, *sub art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, III, Milano, 2007, p. 6050; ATTERITANO, *Le impugnazioni*, cit., 915. Ciò ovviamente non toglie che le parti incontreranno, come gli arbitri, i limite derivanti dal principio del contraddittorio e dall'ordine pubblico processuale.

per questo motivo impugnare il lodo <sup>(24)</sup>. Da tanto, si giunge ad argomentare che le segnalate restrizioni sul piano dell'impugnazione ex art. 829 c.p.c. finirebbero per limitare il ruolo assegnato all'autonomia privata nella determinazione delle regole dell'arbitrato <sup>(25)</sup>.

Una tale preoccupazione sembra francamente eccessiva, giacché l'art. 829, comma 2, c.p.c., nel disporre che la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale va eccepita nella prima istanza o difesa successiva, pone una preclusione generale valevole tanto per le regole autonome, quanto per le disposizioni eteronome e non sembra avere alcuna attitudine ad inquinare lo spirito che ha portato il legislatore del 2006 a prendere atto del ruolo dell'autoregolamentazione anche con riferimento alla disciplina processuale <sup>(26)</sup>.

Così, le parti potranno ad esempio convenire, quanto alla fase istruttoria, l'ammissione convenzionale di mezzi di prova tipici oltre i limiti previsti dalla legge e segnatamente l'ammissione della prova testimoniale anche in deroga ai limiti previsti dagli artt. 2724 e 2725 c.c., ovvero l'ammissione e la valenza di prove atipiche, come ad esempio dichiarazioni di terzi in forma di scrittura privata o di dichiarazione sostitutiva di atto notorio o di atto pubblico, senza che la controparte possa contestarne

---

<sup>(24)</sup> Sulla possibile ambiguità della disposizione dell'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c. si v. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 74; ID., *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., p. 9. Per MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 190, il legislatore avrebbe inserito nel comma 2 dell'art. 829 una clausola generale di sanatoria delle invalidità occorse durante il procedimento arbitrale alla stregua di quella riguardante la nullità degli atti del processo statale.

<sup>(25)</sup> Così FABBÌ, *Sub art. 816 bis*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella (a cura di), cit., p. 333; ID., *La prova nell'arbitrato internazionale tra privati*, Torino, 2014; cfr. altresì: CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 147; G.F. RICCI, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 395 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 271-272; GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 1 ss. Cfr. altresì GHIRGA, *Sub art. 816 bis*, cit., p. 193.

<sup>(26)</sup> Sul rapporto tra autoregolamentazione e disciplina legale sull'arbitrato si v. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., p. 423 ss.. Sulle regole a disciplina dell'istruzione probatoria in sede di arbitrato cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 127 ss.; MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 1997, p. 311; AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato*, G. Verde (a cura di), cit., p. 293 ss. Quest'ultimo A. precisa: « benché nel disegno dell'arbitrato racchiuso nel codice manchi una norma di rinvio espresso alle regole del processo civile ordinario in materia di prove, non si dubita che proprio queste ultime siano da recepire in guisa di *ius commune* giacché compatibili con la *risoluzione arbitrale della lite* ».

Di recente, Cass., 26 maggio 2015, n. 10809 ha sancito che, in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengano più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 cod. proc. civ., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse.

l'ammissibilità. Ancóra, potrebbero convenire l'esclusione convenzionale di mezzi di prova ammessi dalla legge, escludendo ad esempio la valenza probatoria del documento in forma di scrittura privata ed esigendo l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata; possono escludere l'ammissibilità di documenti in copia fotostatica e convenire di non deferire in nessun caso giuramento decisorio, di non avvalersi di prove testimoniali come, infine, prestare preventivo consenso all'esame da parte del consulente tecnico d'ufficio di documenti e registri non prodotti in giudizio. Infine, possono liberamente decidere di attribuire poteri istruttori officiosi al Collegio arbitrale e stabilirne contenuti e limiti <sup>(27)</sup>.

---

(27) All'esito della riforma, la questione deve essere esaminata muovendo dalla portata dell'art. 816-ter c.p.c., che, nell'emancipare il tema della raccolta delle prove da quello più generale del procedimento, disciplina la fase dell'istruzione probatoria del procedimento arbitrale e i poteri degli arbitri nella fase probatoria in generale. In dottrina, con riferimento all'art. 816-ter c.p.c. si vedano: MANDRIOLI, *Le ultime riforme del processo civile*, Torino, 2006, p. 412 ss.; VERDI, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 121 ss.; BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 75 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 816 ter*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 407 ss.; BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in questa *Rivista*, 2009, p. 183 ss.; RICCI, *Art. 816-819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 339 ss.; ancora, DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., p. 428 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino, 2008, p. 204 ss.; DANОВI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 21 ss.; RUFFINI-TRIPALDI, *Art. 816 bis-art. 816 ter*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, cit., p. 185 ss.

La disposizione in parola si caratterizza per l'eterogeneità dei contenuti che possono così essere sintetizzati: (i) possibilità di delegare ad un solo arbitro l'attività in materia di raccolta di prove (e non solo il compimento di singoli atti istruttori); (ii) possibilità per gli arbitri, in linea con la previsione dell'art. 816, co. 3, c.p.c. (che abilita gli arbitri al compimento di attività istruttoria anche fuori dalla sede dell'arbitrato), di assumere direttamente presso di sé la testimonianza ovvero presso l'abitazione o l'ufficio del testimone, se questi vi acconsenta; ovvero ancora di richiedere allo stesso di fornire per iscritto risposta a quesiti; (iii) possibilità per gli arbitri di ovviare al rifiuto del teste di comparire dinanzi a loro mediante richiesta all'autorità giudiziaria di ordinare la comparizione davanti ai primi; (iv) ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio; (v) possibilità per gli arbitri di chiedere alla p.a. informazioni scritte relative ad atti e documenti della amministrazione stessa, che risulta necessario acquisire in giudizio.

La dottrina ha avanzato rilievi critici in punto di disorganicità ed asistematicità del contenuto dell'art. 816-ter c.p.c., interrogandosi sulla possibilità di applicazione automatica all'arbitrato della disciplina legale in materia di prove, per l'ipotesi in cui le parti non abbiano operato un espresso richiamo ad essa; e, di conseguenza, soffermando l'attenzione sull'ambito di esercizio e sui conseguenti limiti dell'esercizio del potere regolamentare in materia di prove in capo alle parti ed agli arbitri. Per VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 122 ss., il tenore delle disposizioni di cui agli artt. 816-bis e 816-ter — e, segnatamente, la circostanza che le parti possono stabilire le norme che gli arbitri devono osservare nel "procedimento", mentre questi ultimi possono solo "regolare lo svolgimento del giudizio" — sarebbe significativo del fatto che gli arbitri potrebbero esclusivamente disporre sulle modalità di assunzione delle prove (nel rispetto del principio del contraddittorio). Ad avviso dell'A., pertanto, il potere di autoregolamentazione in capo ai privati potrebbe spingersi al punto di indicare agli arbitri le norme da osservare nel procedimento, finanche prevedendo il divieto a far ricorso a taluni istituti, purché ciò non comporti una compromissione del diritto di difesa. In questa direzione è utile richiamare anche il pensiero di DANОВI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, cit., p. 26, per il quale alle parti, siccome titolari della situazione giuridica dedotta in giudizio, è consentito concordare l'inutilizzabilità di taluni strumenti probatori tipici,



L'efficacia sul processo (anche dinnanzi al Giudice dello Stato) di pattuizioni siffatte viene da taluni spiegata ricorrendo alle teorizzazioni intorno ai cosiddetti negozi processuali <sup>(28)</sup>. La teoria si riferisce al pro-

---

prevedere l'utilizzo di prove atipiche o regole di valutazione della prova difformi da quelle ordinarie; per contro, gli arbitri dovrebbero limitarsi a governare lo svolgimento delle attività di ammissione e assunzione della prova, senza alcuna possibilità di modificare i limiti legali delle prove o i criteri di valutazione delle stesse.

Nel senso di riconoscere poteri estesi in capo alle parti v. anche G.F. RICCI, *Sub art. 816 ter*, in *Arbitrato*, cit., p. 440, per il quale a queste ultime sarebbe consentito di regolamentare tutti i settori della prova e, in particolare, quello dell'acquisizione di essa (restringendo o allargando il principio dispositivo), quello dei limiti di ammissibilità (ad es. eliminando i divieti di cui agli artt. 2721 ss. c.c., quello della valutazione (attraverso l'esclusione dell'efficacia legale di certe prove costituenti). Per FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 69, rientra nei poteri delle parti (e quindi non incontra limiti) quello di restringere il novero dei mezzi di prova cui l'arbitro è tenuto a rifarsi.

Ritengono che nel giudizio arbitrale possono trovare ammissione prove atipiche su richiesta delle parti (e che queste ultime possano autorizzare gli arbitri a disporre d'ufficio l'ammissione di prove atipiche) CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, cit., 1995, p. 225; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 131. Alle medesime conclusioni perviene D'ANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 21 ss., il quale, sul presupposto che lo strumento arbitrale si incentra sugli interessi privati delle parti, necessariamente disponibili e, pertanto, liberamente modellabili, afferma che nella prassi è stato favorito il ricorso a moduli di stampo inquisitorio, come emerge, ad esempio, dal Regolamento della Camera di Commercio Internazionale che, all'art. 20, riconosce espressamente l'iniziativa d'ufficio nella ricerca della prova. Per LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 110 ss., l'iniziativa d'ufficio in punto di istruttoria probatoria incontra i limiti delle determinazioni delle parti consacrate nella convenzione arbitrale (e nelle regole dell'istruzione arbitrale da esse accettate), fermo restando che l'attività delle parti ed il giudizio degli arbitri devono soggiacere alle regole in punto di assolvimento dell'onere di allegazione e prova. In questo senso G.F. RICCI, *Sub art. 816 ter*, cit., p. 379 afferma che l'iniziativa d'ufficio si potrà declinare: « a) nell'acquisizione, nell'ambito dei fatti allegati, di prove che le parti abbiano omesso di indicare; b) nell'acquisizione di prove rispetto alle quali le parti siano decadute per inosservanza dei termini; c) nell'acquisizione come prove di elementi di fatto introdotti nel processo dalle parti, quand'anche questi non li abbiano valorizzati come prove ».

Nel richiamato contesto ed alla luce della novella, molto significativi sono gli interrogativi ed i quesiti che avanza GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., p. 219 ss.: « Dunque, non pare che si possa dire così compiuta quella razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato alla quale il legislatore era stato delegato, anche in materia di istruzione probatoria. Non pare perché, oltre a questa disorganicità ed asistematicità del contenuto dell'articolo in commento, molti sono i dubbi interpretativi che residuano. E così e prima di tutto, la disciplina prevista dal legislatore in materia di prove per l'ordinario processo di cognizione può considerarsi astrattamente applicabile, come diritto comune, in assenza di un espresso richiamo, anche all'arbitrato? Entro quali limiti le parti e gli arbitri possono esercitare il loro potere regolamentare in materia di prove? Interrogativo che può esplicitarsi in una serie di quesiti: può tale potere considerarsi limitato alle modalità di forma, tempo e luogo delle istanze e degli atti istruttori, o l'esercizio dello stesso può spingersi fino a derogare alle norme in materia di vincoli e doveri per il giudice? Possono le parti o gli arbitri, in forza di questo potere, considerare non esperibile nel giudizio arbitrale alcune prove tipiche ammesse nell'ordinario giudizio di cognizione, sul presupposto, peraltro, che tutti i mezzi istruttori tipici, in considerazione del diritto alla prova costituzionalmente garantito, dovrebbero ritenersi ammissibili nell'arbitrato laddove ciò sia possibile? Si possono ammettere prove atipiche nel giudizio arbitrale? ... Possono le parti attribuire poteri inquisitori in materia istruttoria agli arbitri? ... E se le parti nulla hanno disposto al riguardo, possono gli arbitri esercitare tali poteri? ».

<sup>(28)</sup> La categoria del negozio-accordo processuale è di matrice tedesca e si fa risalire agli studi di WACH, *Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften*, in *Arch. ziv. Praxis*, 1881, LXIV, 201 e KOHLER, *Verträge und Kreationen*, in *Grunch. Beitr.*,

cesso dinnanzi al giudice dello Stato e si fonda ovviamente sul principio della disponibilità del processo medesimo. A maggior ragione gli argomenti principali si adattano molto bene alla natura del processo arbitrale, all'interno del quale, più ancora che nel processo civile, vi sono ambiti naturali e normativi per costituire tra le parti veri e propri rapporti negoziali, distinti dagli atti processuali, sulla base di accordi che siano espressione di singoli poteri processuali che le parti manifestano all'arbitro e che siano capaci di produrre effetti soltanto all'interno ed in forza del meccanismo processuale. La dottrina richiamata sofferma la propria attenzione, tra l'altro, sui poteri delle parti di disporre delle prove attraverso regole negoziali. In particolare, i negozi sulle prove sono suddivisi in negozi in ordine alla verifica degli elementi di fatto (tra questi spicca per approfondimento di studi la problematica della confessione stragiudiziale) e negozi in ordine alla scelta dei mezzi di prova. La negozialità di tali vincoli risulterebbe confermata, a questa stregua, dall'effetto preclusivo che l'accordo tra le parti avrebbe sulle parti stesse e sul giudice (arbitro) quanto all'utilizzazione di altre fonti di prova. L'elaborazione della cate-

---

Bd 31, 1887, p. 127. Più di recente si vedano: HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, *Festschrift für H. Lehmann*, II. Band, Berlin, Frankfurt, Tübingen, 1956, p. 789; RAUSCHER, *Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelung der Praxis des Massenverkehrs*, Frankfurt, 1969, p. 133; BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, II, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972, p. 252.

Nella dottrina italiana, il tema del contratto processuale (negozio o accordo processuale o anche a contenuto processuale o ad effetti processuali) non ha trovato terreno fertile in considerazione della sfiducia circa l'utilità della categoria e dell'ammissibilità di essa.

Sul punto si veda la fondamentale opera di COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, al quale va il merito di aver prodotto il primo studio monografico sul tema, nonché DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, III, che fornisce la definizione di contratto processuale (come quell'atto "con cui le parti, nella previsione di un giudizio o nel corso di esso, variamente provvedono alla disciplina di alcune loro relazioni processuali"), concentrando la propria analisi con riferimento ai patti sulle prove e sugli accordi processuali esecutivi.

Decisamente critico nei confronti della categoria dei negozi processuali SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 50, per il quale il fenomeno della convenzionalità implicato dalla categoria del contratto processuale non meriterebbe considerazione nelle concezioni e nelle legislazioni moderne del processo inteso come rapporto pubblicistico: « *Strano contratto veramente questo dal quale non sorge alcun diritto, non sorge azione, e non si sa in forza di quale principio sia vincolante* ». Per CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 664, la categoria sarebbe di dubbia conformità rispetto all'ordine pubblico, giacché essa andrebbe ad incidere sull'attività del giudizio, che dovrebbe essere incondizionata dalla volontà delle parti, fatta salva l'ipotesi in cui la legge lo preveda espressamente.

Cfr., altresì, DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 138, il quale precisa che il concetto di negozio processuale sarebbe "infecondo sul piano effettuale" e che sarebbe più corretto discorrere di atti processuali normativi ed atti processuali in senso stretto; SATTÀ, voce *Accordo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 300; BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. I, p. 1; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 74 ss.

Sul tema v., di recente, CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, in *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 11, 2008, p. 99; DE NOVA, *Accordi delle parti e decisione*, ivi, p. 59; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, p. 98 ss.

goria dei negozi processuali è dettata, come noto, dall'esigenza di spiegare l'effetto vincolante di certi atti del procedimento proprio in chiave sostanziale, attraverso gli strumenti dell'autonomia privata. In altri termini, con la categoria del negozio processuale si tende a radicare nell'autonomia privata la fonte di efficacia di taluni atti processuali riferentisi a situazioni di cui le parti possono disporre, per sottolineare la caratteristica precipua del processo civile tutte le volte che abbia ad oggetto diritti disponibili.

Detto ciò, occorre essere ben consapevoli che l'affermazione, anche legislativa, della libertà delle parti di determinare le regole a disciplina del procedimento viene dai più considerata disposizione di carattere programmatico e astratto, dovendosi constatare che raramente le parti ne usufruiscono.

È probabile che ciò avvenga perché nella predisposizione della convenzione di arbitrato l'attenzione delle parti stipulanti è per lo più volta alla previsione di regole relative alla nomina dell'organo, alla sede dell'arbitrato o all'impugnazione del lodo e raramente si spinge fino alla determinazione della disciplina del procedimento, fors'anche perché, pur se non dettagliata, essa trova integrazione nell'uso per il quale gli arbitri si mostrano sempre inclini ad assecondare la volontà dei difensori; oltretutto, quando il patto arbitrale è una clausola compromissoria va constatato che al momento della sua redazione la prospettiva della lite è lontana e, spesso, si trascura la preordinazione di regole procedurali facoltative relative, per altro, a liti dal contorno ancora indeterminato.

5. Un'altra rilevante manifestazione del potere negoziale delle parti nel procedimento arbitrale consiste nella scelta di disporre (a termini dell'art. 822 c.p.c.) "con qualsiasi espressione" che gli arbitri pronuncino secondo equità. Sul punto, la riforma ha inciso in modo particolare, giacché ha consentito che le parti, nell'esercizio del loro potere autoregolamentare, impongano agli arbitri la decisione secondo equità, là dove la disciplina previgente consentiva loro unicamente di autorizzare gli arbitri a discostarsi equitativamente dalle regole di diritto <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> La sede non consente gli approfondimenti che la tematica meriterebbe in uno ai richiami, se non per cenni, a quella letteratura che se ne è occupata, muovendo dalla constatazione che la forma "tipica ed originaria" di arbitrato era giustappunto quello "di equità" (sul punto si v. SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 301; ID., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit. (rist. 1969), p. 75 ss.). L'obiettivo perseguito dal legislatore ai fini dell'individuazione delle norme per la deliberazione sembra essere quello di parificare la decisione di diritto o di equità degli arbitri alla decisione di diritto o di equità dei giudici, ai sensi degli artt. 113-114 c.p.c. (in tal senso PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 347; BORGHESI, sub art. 822 c.p.c., in *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 544 ss.; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 142). Cfr. altresì MARONGIU BUONAIUTI, sub art. 822 c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Briguglio, Capponi (a cura di), Padova, 2009, p. 903 per il quale l'equità dovrebbe essere esclusa in presenza di interessi ritenuti meritevoli di particolare tutela.

L'art. 822 c.p.c. non pone alcuna limitazione espressa all'opzione per la decisione equitativa<sup>(30)</sup>, dal che taluno ha tratto che essa non sia subordinata alla disponibilità dei diritti oggetto di controversia, come invece espressamente dispone l'art. 114 c.p.c. quanto alla domanda di sentenza equitativa al giudice ordinario. Così posta, la questione sembra un fuor d'opera giacché, come è stato significativamente osservato, l'art. 822 c.p.c., a differenza dell'art. 114 c.p.c., non ha alcun bisogno di circoscrivere tale opzione nell'ambito di diritti disponibili, essendo questo ambito già delineato dai limiti di operatività della convenzione di arbitrato imposti dall'art. 806 c.p.c., al punto che se ne è tratto che l'ambito di utilizzabilità dell'arbitrato e quello in cui le parti possono prescrivere la decisione secondo equità si sovrappongono in maniera perfetta<sup>(31)</sup>.

Ma anche questa conclusione non è del tutto omologabile, giacché disposizioni speciali delineano un'area di materie arbitrabili, dunque di situazioni disponibili, le quali tuttavia, in ragione della natura degli interessi implicati nella lite, esigono il giudizio di diritto.

È il caso, per esempio, delle domande di impugnativa di deliberare

---

È stato significativamente sottolineato da F. AULETTA, *Sub art. 822 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, S. Menchini (a cura di), p. 404, che il legislatore ha esteso l'ambito applicativo della norma che regolava la fattispecie di arbitrato internazionale (l'art. 834, oggi abrogato), sicché sarebbe più corretto discorrere di innovazione relativa e non assoluta. L'A. precisa che, mentre il richiamato art. 834 c.p.c. prevedeva l'"autorizzazione" agli arbitri a pronunciare secondo equità, l'attuale impostazione dell'art. 822 c.p.c. configura il potere delle parti di "disporre", dunque una vera e propria imposizione ad impiegare il criterio di giudizio equitativo. In questa direzione v. anche FESTI, *L'arbitrato di equità*, in Aa.Vv., *Arbitrato, ADR conciliazione*, Rubino Sammartano (opera diretta da), cit., p. 581 ss. Per MARONGIU BUONAIUTI, *sub art. 822 c.p.c.*, cit., p. 906, la modifica appare coerente ed evita le confusioni che il riferimento alla semplice "autorizzazione" poteva ingenerare nel circoscrivere il potere degli arbitri; cfr. BOCCAGNA, *Sub art. 822*, in *Codice di procedura civile commentato*, Consolo e Luiso (a cura di), Milano, 2007, § 5, il quale, nel confermare che si tratta di *quaestio voluntatis* (tra "facoltà" e "obbligo" di applicare l'equità), conclude affermando che « il nuovo testo della norma imporrà di risolvere i casi dubbi nel senso dell'obbligatorietà della decisione equitativa ». Di talché, in presenza di una volontà manifestata dalle parti "con qualsiasi espressione" di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità, tale criterio di giudizio assumerà valenza (non più additiva, ma) sostitutiva del dovere in capo agli arbitri di applicare il diritto.

Sul tema si v. anche TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006, p. 19 ss.; BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, p. 94; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 140.

<sup>(30)</sup> L'equità che viene in rilievo è la c.d. "equità sostitutiva" (definita da CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 199, p. 175 in termini di regola giuridica « che si trae dal comune sentire nello stato di evoluzione della società ... di cui è espressione l'organo arbitrale, nel momento storico in cui si perfeziona il giudizio, pertanto ... destinata a sostituire integralmente la disposizione di stretto diritto applicabile al caso concreto »); non ha, dunque, rilievo la c.d. "equità integrativa", richiamata dalle disposizioni di legge per talune fattispecie precise.

<sup>(31)</sup> In proposito si v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 347 ss. Per LUISO, *Diritto processuale civile*, 5, 2014, p. 174: « il potere delle parti di imporre al giudice la decisione secondo equità è limitato alle controversie sui diritti disponibili e l'arbitrato è consentito riguardo alle sole controversie sui diritti disponibili, l'ambito di utilizzabilità dell'arbitrato e quello in cui le parti possono prescrivere la decisione secondo equità si sovrappongono in maniera perfetta, a meno che la legge non preveda diversamente ». Si v. anche E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 398 ss.; FESTI, *L'arbitrato di equità*, in *Contr. impresa*, 2006, p. 141 ss. Cfr., altresì, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 749.

assembleari, caso nel quale vengono in gioco interessi generali relativi alla compagine sociale e nel quale pertanto l'art. 36 del D.lgs. n. 5/2003 esclude il ricorso all'equità<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> La questione si colloca nell'ambito dell'arbitrato endosocietario, introdotto dal d.lg. n. 5/2003 con la finalità di assicurare uno strumento di giustizia privata rapido ed efficace, dinanzi ad un organo giudicante terzo ed imparziale, a favore di determinati gruppi sociali organizzati. Come è noto, la l. n. 69/2009 ha abrogato il rito societario previsto dal d.lg. n. 5/2003 (con espressa abolizione degli artt. da 1 a 31, 41, co. 1 e 42), lasciando in vigore, tra gli altri, nell'ambito del Titolo V ("Dell'Arbitrato"), gli artt. 34 ("Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie"), 35 ("Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale") e 36 ("Decisione secondo diritto"). Più in particolare quest'ultima disposizione prevede che: "1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, terzo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari". L'art. 36 d.lg. n. 5/2003 costituisce una espressa previsione di legge che, con riferimento all'ambito oggettivo richiamato dalla disposizione, rende ammissibile l'impugnativa del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (ai sensi dell'art. 829, co. 3, c.p.c.), al fine di denunciare una decisione resa secondo equità o pretesamente ritenuta inoppugnabile (nell'ipotesi, rispettivamente, di una clausola compromissoria di uno statuto societario che richiami il criterio di giudizio dell'equità o preveda la non impugnabilità del lodo). In dottrina si vedano: BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 938; BIAVATI, *Arbitrato societario*, in AA.VV., *Arbitrati speciali*, F. Carpi (commentario diretto da), cit.; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 606 ss.; BOCCAGNA, DELLA PIETRA, MURONI, *Arbitrato societario*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., p. 400 ss.; SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione*, nota ad App. Torino, 4 settembre 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2008; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario*, in F. Carpi (commentario diretto da), *Arbitrati speciali*, cit., p. 58 ss.

Con riferimento alla giurisprudenza che si è formata intorno all'art. 36, d. lgs. 5/2003, si richiamano: Cass., 3 gennaio 2013, n. 28 in forza della quale: « Nella dizione dell'art. 36 d.lg. n. 5 del 2003, che impone la decisione arbitrale secondo diritto e sempre impugnabile per "erroris in iudicando", ove riguardante invalidità delle delibere assembleari, deve comprendersi anche, per via estensiva, l'arbitrato su quelle delle delibere consiliari, viziate ai sensi dell'art. 2388 c.c. Ratio degli art. 34 ss. d.lg. n. 5 del 2003, infatti, è quella di ampliare la tutela del socio verso il frutto del potere di deliberazione nelle società e di chiarire così, per tutte le delibere, i limiti oggettivi dell'arbitrato societario. Irragionevole sarebbe peraltro escludere dall'ambito applicativo dell'art. 36 d.lg. n. 5 del 2003 gli arbitrati su delibere consiliari, posta l'assimilabilità tra impugnative di delibere dell'assemblea dei soci e del c.d.a. già sostenuta prima della riforma del diritto societario di cui al d.lg. n. 6 del 2003 e da questa recepita con la riformulazione dell'art. 2388 comma 4 c.c. che fa esplicito rinvio, per le impugnative di delibere consiliari, agli art. 2377 e 2378 c.c., dedicati a quelle di delibere assembleari »; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772: « Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio »; per Trib. Napoli, 8 marzo 2010: « Le disposizioni di cui all'art. 35, comma 5, e dell'art. 36 comma 1 del d.lg. n. 5 del 2003 hanno inequivocabilmente consentito la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, senza distinguere — a differenza dell'ipotesi generale prevista dall'art. 34, comma 1 (che ammette l'arbitrato solo per le controversie relative a diritti disponibili) — tra vizi che determinano l'annullabilità della decisione dei soci (art. 2377 c.c.) o la sua nullità (art. 2379 c.c.), ed, in quest'ultimo caso, senza distinguere tra i vizi che riguardano il procedimento seguito per

Vi è poi il caso, pur previsto dall'art. 819, comma 1, c.p.c., nel quale gli arbitri conoscono incidentalmente di questioni pregiudiziali non compromettibili. In proposito, anche a non voler ritenere decisivo il disposto dell'art. 829, comma 4, n. 2, c.p.c., a termini del quale, ove gli arbitri abbiano conosciuto di tali questioni, il lodo è sempre impugnabile per violazione di regole di diritto, sembra potersi comunque trarre l'impossibilità dell'opzione equitativa dal carattere generalmente dispositivo di siffatta opzione, ciò che è possibile trarre proprio dal tenore dell'art. 114 c.p.c. <sup>(33)</sup>.

---

l'adozione della delibera impugnata (art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di mancata convocazione e di mancanza di verbale) e quelli che investono il suo contenuto (art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto) ».

Per Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772: « Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio ».

<sup>(33)</sup> La vigente rubrica dell'art. 819 c.p.c. fa riferimento alle "Questioni pregiudiziali di merito" (sostituendo la rubrica "Questioni incidentali") prevedendo che « 1. *Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.* 2. *Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti.* ».

Le "questioni rilevanti per la decisione della controversia" a cui fa riferimento la disposizione sono, da un punto di vista tecnico ed in linea con l'art. 34 c.p.c., le "questioni pregiudiziali di merito" (non potendo essere riferite, per contro, alle diverse ipotesi di questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito *ex art. 279 c.p.c., co. 2, nn. 2 e 4*). Emerge immediatamente che la finalità perseguita dalla novella è nel senso di riconoscere, in capo agli arbitri, la cognizione *incidenter tantum* di tutte le questioni che siano pregiudiziali alla soluzione della controversia (siccome concernenti un diritto che ricade nella fattispecie costitutiva di quello oggetto della lite compromessa), anche per l'ipotesi in cui tale diritto risulti "non arbitrabile". Per LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., V, p. 156, il legislatore ha inteso ricondurre « a sistema la disciplina delle questioni pregiudiziali nell'arbitrato ». A tale stregua, deve concludersi che gli arbitri potranno conoscere *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali (compromettibili e non compromettibili) purché rilevanti ai fini della decisione, mentre il lodo assumerà efficacia di giudicato solo con riferimento « al diritto dipendente tecnicamente deciso ». In questi termini si v. DELLE DONNE, *Sub art. 819 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella (a cura di), cit., p. 568. Per quanto in questa sede interessa, l'A. ha cura di precisare che gli arbitri saranno tenuti ad applicare alle questioni pregiudiziali le norme di diritto anche là dove le parti abbiano manifestato la volontà ad una decisione di equità e tanto al fine di garantire uniformità rispetto all'esame delle medesime questioni da parte del Giudice dello Stato (sempre tenuto ad applicare norme di diritto). Cfr. anche NELA, *Sub art. 819*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2007, II, p. 1793.

La disposizione deve essere letta in uno con l'art. 819-bis, co. 1, n. 2 c.p.c., che impone la sospensione con ordinanza motivata ogniqualvolta sorga questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato (si pensi alla questione di validità di un precedente matrimonio, le questioni di stato suscettibili di accertamento con efficacia di giudicato, la querela di falso, la verifica della scrittura privata, la questione della falsità dell'atto pubblico). Sul tema si v. CECHELLA,

Un ultimo cenno, per completezza, al divieto di decisione equitativa che si trae dall'art. 12 del codice del processo amministrativo, a termini del quale le controversie devolute al giudice amministrativo possono essere fatte oggetto di accordo compromissorio per arbitrato rituale di diritto<sup>(34)</sup>; ed all'eventuale perdurante sussistenza di un divieto di decisione

---

*Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1995, p. 799; GROSSI, *Questioni incidentali*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 199, p. 501; CARPI, *Il procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 669; CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*, Padova, 2006, p. 2214; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 155; OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale*, Cecchella (a cura di), Milano, 2006, p. 108.

Quale contrappeso al potere degli arbitri di conoscere delle materie non compromettibili ai sensi dell'art. 819 c.p.c., il legislatore ha previsto al comma 4 dell'art. 829 che l'impugnazione (del lodo) per violazione di regole di diritto concernenti il merito della controversia è sempre ammessa: « 2. se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato ». In altri termini, la *ratio legis* impone che, in presenza di materie non compromettibili, gli arbitri siano tenuti al rispetto delle regole di diritto che attengono al merito della controversia (senza possibilità per le parti di rinunciarvi).

In giurisprudenza, Cass., 5 luglio 2012 n. 11271 ha precisato che l'art. 819 c.p.c. — nel testo ante riforma del 2006 — impone agli arbitri di conoscere incidentalmente tutte le questioni pregiudiziali insorte, tranne quelle che non possono essere oggetto del giudizio arbitrale, e solo se vi è istanza di parte, qualora si tratti di controversie riconducibili alla convenzione di arbitrato e vi sia l'interesse ad agire, sarà possibile la loro decisione con efficacia di giudicato. Si v. anche Cass. 9 gennaio 2008, n. 178, per la quale la mancata sospensione del procedimento da parte degli arbitri, in considerazione della concorrente pendenza di un giudizio davanti al g.o. avente lo stesso oggetto, non è prevista come causa di nullità del lodo. L'art. 819 c.p.c. (nella formulazione applicabile *ratione temporis* anteriormente alle modifiche introdotte dall'art. 22 d.lg. n. 40 del 2006) prevede, infatti, la sospensione del procedimento arbitrale solo per l'ipotesi in cui, nel corso, del giudizio, sorga una questione che non può costituire oggetto di giudizio arbitrale e quando la decisione di tale questione sia ritenuta dagli arbitri rilevante per il giudizio a essi affidato. La norma regola l'ipotesi in cui debba essere decisa una questione di carattere pregiudiziale, che non può costituire oggetto del giudizio arbitrale, ipotesi del tutto diversa da quella, di contemporanea pendenza della stessa causa dinanzi agli arbitri e al g.o., in conseguenza dell'interpretazione della clausola compromissoria.

<sup>(34)</sup> Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo) prevede all'art. 12 ("Rapporti con l'arbitrato") l'esperibilità di un arbitrato rituale di diritto nelle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. La disposizione in discorso pone rigorosi limiti alla possibilità di fare ricorso allo strumento arbitrale per ciò che concerne le controversie che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo: tali controversie devono riguardare diritti soggettivi, di talché non è ammesso l'arbitrato su controversie nell'ambito delle quali vengono in rilievo interessi legittimi (superando il *discrimen* giurisdizione ordinaria/amministrativa, che risulta, pertanto, irrilevante); è ammesso solo l'arbitrato rituale di diritto, onde garantire la tutela dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'Amministrazione. Sul tema si vedano: LA TORRE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, 331; ACQUARONE e MIGNONE, voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., vol. I, Torino, 1987, p. 368; CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 313; GOISIS, *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6 della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 249; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 174, il quale precisa che, trattandosi di arbitrato "di diritto", è esclusa la possibilità di una decisione equitativa. Sul tema, più di recente, v. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 220.

Cass., 27 luglio 2004 n. 14090 ha precisato che l'art. 6, comma 2, l. 21 luglio 2000 n. 205, nel prevedere che le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto, è norma di

equitativa con riferimento all'arbitrato rituale in materia di lavoro <sup>(35)</sup>. In quest'ultimo caso, avendo la novella abrogato la disposizione di cui al previgente art. 808, comma 2, c.p.c. (che escludeva l'arbitrato equitativo

---

stretta interpretazione, posto che l'accordo delle parti, espresso nel patto compromissorio, indirettamente comporta una deroga alla giurisdizione, avendo l'effetto di affidare al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, la cognizione di controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Stante il carattere eccezionale della citata norma, essa, in presenza di devoluzione al giudice amministrativo quale titolare esclusivo della tutela giurisdizionale, è applicabile solo quando la posizione azionata abbia consistenza di diritto soggettivo, sicché non è sufficiente la mera idoneità della pretesa a formare oggetto di transazione. Ne consegue, pertanto, che l'art. 6, comma 2, legge cit. non è applicabile quando la situazione giuridica azionata abbia natura di interesse legittimo (come in materia di revisione prezzi, finché non vi sia stato riconoscimento esplicito o implicito della revisione medesima da parte della p.a.).

L'art. 12 cod. proc. amm. consente di risolvere mediante arbitrato rituale di diritto le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. L'ambito della procedura arbitrale, però, è per sua natura più ristretto di quello della cognizione giurisdizionale amministrativa, non comprendendo l'esercizio dei poteri decisorii costituitivi del giudice (Tar Genova - Liguria, n. 769/2014). È pertanto da escludere la competenza arbitrale nel caso di contestazioni riguardanti interessi legittimi e quindi anche nel caso in cui la domanda giudiziale avente ad oggetto la revisione dei prezzi sia proposta prima di una determinazione provvedimentale da parte della stazione appaltante sull'*an* della spettanza del compenso revisionale. (Tar Napoli - Campania, n. 5468/2013). La ragione per cui non sarebbe ammissibile il ricorso all'arbitrato irrituale da parte di una p.a. riposa sulla constatazione che il potere decisionale devoluto all'arbitro irrituale avrebbe una base unicamente negoziale. L'amministrazione verrebbe quindi a trovarsi vincolata al rispetto di una decisione definita sulla base di criteri che non necessariamente sono stati preventivamente definiti, e ciò contrasterebbe con i principi che regolano l'agire della P.A., in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della P.A. (in questo senso cfr. Tar Milano - Lombardia, n. 1607/2014; Tar Torino - Piemonte, n. 659/2013).

<sup>(35)</sup> Con la l. 4.11.2010, n. 183 (« collegato lavoro »), il legislatore ha abrogato l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi, introducendo le seguenti tipologie di arbitrato: (i) arbitrato disciplinato dall'art. 412 c.p.c. ("risoluzione arbitrale delle controversie"); (ii) arbitrato disciplinato dall'art. 412-*quater* c.p.c. ("altre modalità di conciliazione e arbitrato"); (iii) arbitrato sindacale di cui all'art. 412-*ter* c.p.c.; (iv) arbitrato gestito (o amministrato) dagli organi di certificazione ai sensi dello stesso art. 412-*ter* c.p.c. La dottrina concorda nel riconoscere a tali tipologie di arbitrato la natura irrituale speciale, giacché pur trovando applicazione l'art. 808-*ter* c.p.c., la determinazione contrattuale degli arbitri può essere munita di efficacia esecutiva e può essere impugnata, oltre che per i motivi indicati nella disposizione da ultimo richiamata, anche per una serie di motivi di nullità che rientrano nell'ambito dell'art. 2113 c.c. Gli accordi arbitrali per la risoluzione delle controversie di lavoro sono riconducibili: (i) ad una fattispecie a formazione progressiva, procedimentalizzata ai sensi dell'art. 412-*quater*, co. 4, c.p.c., che prende il via con una proposta contenuta nel ricorso che reca la nomina dell'arbitro e la domanda avanzata nel giudizio arbitrale e si perfeziona con l'accettazione della parte resistente, che nomina contestualmente il proprio arbitro; (ii) alla clausola compromissoria certificata da appositi organismi, redatta e negoziata (mai contestualmente alla stipula del contratto di assunzione), con la supervisione di un avvocato o di un sindacalista per controversie che non possono concernere la risoluzione del contratto di lavoro, né può essere stipulata prima del periodo di prova o prima di trenta giorni dall'assunzione; (iii) al compromesso da stipulare in forma scritta. Con riferimento al procedimento, mentre l'art. 412 c.p.c. nulla dispone se non indicare il termine massimo di durata; l'art. 412-*quater* c.p.c. disciplina il procedimento in maniera puntuale, indicando regole procedurali, termini di preclusione, dalla evidente natura dispositiva (e pertanto modificabili con la convenzione di arbitrato e in corso di procedura). La disciplina del lodo e delle impugnazioni è pressoché comune per tutte le tipologie di arbitrato (art. 412, co. 3, c.p.c.; art. 412-*quater*, co. 9, c.p.c.).

Per quanto in questa sede interessa — vale a dire in merito alla possibilità di adottare il criterio di giudizio equitativo anche per la risoluzione delle controversie di lavoro —, è utile



con riferimento a controversie di lavoro, sancendo la nullità di clausole compromissorie che, eventualmente, autorizzassero gli arbitri in tal senso), il limite dovrebbe trarsi ancora una volta dall'art. 829, comma 4, c.p.c., il quale prevede che anche il lodo rituale in materia di lavoro possa essere impugnato solo per violazione di norme di diritto <sup>(36)</sup>.

L'alternativa ermeneutica sarebbe quella di considerare l'art. 829, comma 4, c.p.c., piuttosto che fonte di un divieto indiretto, una deroga alla regola generale di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c., che, come noto, richiede il consenso delle parti affinché il lodo sia impugnabile per violazione di norme di diritto relative al merito della controversia. Tale proposta interpretativa permetterebbe di estendere l'opzione per l'arbitrato di equità anche a quest'ambito di controversie.

V'è poi da riflettere sull'inciso utilizzato all'art. 822 c.p.c. e secondo il quale la richiesta della decisione equitativa può avvenire "con qualsiasi espressione". La valorizzazione dell'inciso porterebbe ad affermare la non necessità di formule espresse, potendosi l'intento delle parti desumere in applicazione dei criteri previsti per l'interpretazione dei contratti <sup>(37)</sup>.

---

osservare che, con disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 822 c.p.c., l'art. 412, co. 2, n. 2 c.p.c. e l'art. 412-*quater* c.p.c. hanno stabilito che il ricorrente, con il ricorso introduttivo, debba avanzare richiesta di conseguire una decisione secondo equità, nel rispetto, ovviamente, dei principi generali dell'ordinamento. Tale richiesta vale quale proposta alla quale il resistente può aderire o meno. Analogamente, l'opzione per il giudizio di equità potrà essere contenuta in un compromesso o in una clausola compromissoria.

In dottrina si vedano: AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel "Collegato lavoro"* (L. 4 novembre 2010, n. 183), in *judicium.it*, 2011; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in *judicium.it*, 2010; ID., *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, in *Lav. e dir.*, 2009, p. 13 ss.; CANALE, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, in *judicium.it*, 2011; DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, in *judicium.it*, 2010; MISCIONE, *Quale arbitrato di equità in materia di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, p. 1298; MURONI, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo (diretto da), cit., p. 381 ss.; PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2011, p. 1 ss.; SAVANCO, *Controversie di lavoro*, in *Il diritto dell'arbitrato*, Rubino Sammartano (a cura di), cit., p. 1364.

Per ciò che concerne il rapporto tra indisponibilità dei diritti e inderogabilità della normativa nel settore lavoristico si vedano VALLEBONA, *Norma inderogabile*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, p. 43 ss.; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2009; G.F. RICCI, *Dalla "transigibilità" alla "disponibilità" del diritto*, cit., p. 265.

<sup>(36)</sup> Ai sensi del comma 4 dell'art. 829 c.p.c.: "L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: 1) nelle controversie previste dall'articolo 409". Come si è anticipato nella nota che precede ed all'esito dell'abrogazione dell'art. 808, co. 2, c.p.c., è ormai fuori discussione la validità della clausola compromissoria che abilita gli arbitri a decidere secondo il criterio di giudizio dell'equità nelle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. (la validità di tale clausola presuppone, ai sensi dell'art. 806, co. 2, c.p.c., che la possibilità di devolvere in arbitrato la controversia di lavoro sia prevista dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro). Sul tema si v. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in *Arbitrati speciali*, Carpi (commentario diretto da), cit., pp. 11-13; BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *judicium.it*; TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit.; MARINUCCI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella (a cura di), cit., p. 871.

<sup>(37)</sup> In dottrina si v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 866;

Senonché, problemi interpretativi vengono spesso a porsi, in particolare là dove i contraenti non si richiamano direttamente all'equità, ma utilizzano formule dalla portata più ambigua. Da più parti, ad esempio, la richiesta agli arbitri di decidere quali "amichevoli compositori" veniva interpretata come volontà di un giudizio equitativo<sup>(38)</sup>; o, ancora, sempre in tal senso, non è mancato chi ha ritenuto equivalente alla richiesta agli arbitri di giudicare secondo equità la previsione *a priori* della inappellabilità o non impugnabilità del lodo. Quanto a quest'ultima formula, tuttavia, si era consolidata, prima della novella, una giurisprudenza univoca nell'escludere che la definizione di inappellabilità del lodo comportasse l'autorizzazione per gli arbitri a decidere secondo equità, ricavandosi piuttosto dall'utilizzazione di quella formula la esclusione dell'impugnazione per motivi di diritto e la limitazione di essa alle censure per *errores in procedendo*. Gli è che una siffatta interpretazione non ha più senso alla luce della disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 829 c.p.c., il che priverebbe di alcuna significatività la previsione in esame, rimanendo fermo, nella giurisprudenza della Suprema Corte, l'insegnamento secondo il quale è nulla ogni rinuncia preventiva al potere di impugnazione<sup>(39)</sup>.

---

BORGHESI; Sub art. 822, in *Arbitrato*, Carpi (commentario diretto da), cit., p. 557; BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, cit., p. 267; FESTI; *L'arbitrato di equità*, cit., p. 159; FINOCCHIARO, voce *Equità (giudizio di)*, in *Digesto IV, Disc. priv., Sez. civ., Agg., I*, Torino, 2007, p. 522; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., p. 571; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 525; BOCCAGNA, sub art. 822 c.p.c., cit., § 5; FABBI, sub art. 822 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 626 ss., per il quale le formule in uso per indirizzare agli arbitri la richiesta-disposizione di pronunciare secondo equità sono molteplici e non se ne richiedono di sacramentali. Cfr. SALVANESCHI, *L'Arbitrato*, cit., p. 754 ss.

<sup>(38)</sup> In dottrina si v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 343; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 174; BORGHESI, sub art. 822 c.p.c., cit., p. 558. In giurisprudenza v. Cass., 1 febbraio 1999, n. 833 per la quale: « Ai fini della determinazione della natura rituale o irrituale dell'arbitrato, sono significativi e rilevanti gli elementi testuali che depongono nel senso della giurisdizionalità dell'attività demandata all'arbitro, i quali si rinvencono nelle espressioni terminologiche congruenti all'esercizio del "giudicare", e al risultato di un "giudizio", in ordine ad una "controversia", non potendo essere decisivi, nel senso della esclusione della natura rituale dell'arbitrato, né il conferimento agli arbitri del compito di decidere secondo equità ovvero in veste di amichevoli compositori, né la preventiva qualificazione della decisione arbitrale come inappellabile, né la previsione di esonero degli arbitri da formalità di procedura ».

Cass., 8 luglio 2004, n. 12561 ha sancito che « L'attribuzione agli arbitri della qualifica di "amichevoli compositori" non basta, in assenza di ulteriori elementi di conforto e di riscontro, a far ritenere devoluto ai medesimi il compito di risolvere la controversia secondo equità ». Per Trib. Milano, 5 aprile 2002: « Deve qualificarsi in termini di arbitrato rituale il procedimento previsto da una clausola compromissoria in cui attraverso il riferimento al concetto di "controversia" rimessa al "giudizio" di tre arbitri chiamati a giudicare dette controversie, risulti evidente che agli arbitri sia stato demandato l'espletamento di un'attività sostitutiva di quella del giudice e non quella di un mandatario che deve definire transattivamente possibili controversie (nella specie, in considerazione dei riferiti elementi, sono stati ritenuti equivoci e quindi non decisivi i riferimenti relativi agli arbitri come "compositori", ad un giudizio "ex bono et aequo" e "senza formalità di procedura", ad un giudizio "inappellabile") ».

<sup>(39)</sup> Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., pp. 345-350 per il quale la previsione della non impugnabilità non consente di desumere la disposizione a favore dell'equità; in senso contrario v. BORGHESI, sub art. 822 c.p.c., cit., p. 557. Per Cass., 14 luglio 1997 n. 6356, la clausola compromissoria, ove contenga la definizione di inappellabilità della deci-

Interessante, infine, ancorché eccedente i limiti della presente trattazione, l'ipotesi nella quale gli arbitri, rendendosi inadempienti all'obbligo su di essi gravante in forza della richiesta delle parti di giudicare secondo equità, si pronunzino secondo diritto; ovvero la simmetrica ipotesi, nella quale emettano un giudizio equitativo nel silenzio delle parti sul punto <sup>(40)</sup>.

La possibilità di censurare il lodo a causa dell'utilizzo di un parametro di decisione diverso da quello voluto dalle parti è stato oggetto nel tempo di un articolato dibattito e sarebbe stato auspicabile che la riforma del 2006 avesse fatto chiarezza sulla questione, permanendo tuttora un contrasto tra chi sostiene che in questi casi la decisione non sarebbe perciò solo invalida; chi sostiene che il lodo potrebbe essere impugnato per violazione dello stesso art. 822 c.p.c. (sempre che le parti abbiano previsto l'impugnabilità per violazione di norme di diritto); chi sostiene che ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di lodo eccedente l'accordo compromissorio, dunque impugnabile ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 4; chi sostiene che si tratterebbe di una violazione delle forme del procedimento prescritte dalle parti a pena di nullità, violazione deducibile ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 7, c.p.c.; e chi, infine, sostiene che l'invalidità della pronuncia potrebbe essere dedotta ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 5, c.p.c., in quanto non integrante i requisiti motivazionali di cui all'art. 823 c.p.c. <sup>(41)</sup>.

In ogni caso, di là dalla impugnabilità del lodo nelle ipotesi considerate, non può non convenirsi sulla circostanza che gli arbitri andrebbero a

---

sione degli arbitri, non comporta l'autorizzazione agli stessi a pronunciare secondo equità, con la conseguenza che se gli arbitri si ritengono, erroneamente, investiti del potere di decidere secondo equità, la decisione da loro così resa è viziata da *error in procedendo* per inosservanza dei limiti del compromesso (art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.) e tale vizio può essere denunciato con l'impugnazione di nullità non rilevando che il lodo sia stato dichiarato non impugnabile.

<sup>(40)</sup> Cass. 24 giugno 2011, n. 13968 ha sancito che: « Qualora il compromesso affidi agli arbitri il compito di decidere secondo equità, la pronuncia del lodo secondo diritto integra un errore *in procedendo*, come tale denunciabile con l'impugnazione per nullità, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., senza che sia onere del denunciante dedurre e dimostrare che la statuizione sia difforme da quella che sarebbe stata adottata in applicazione del parametro equitativo ».

<sup>(41)</sup> Il lodo equitativo potrà essere assoggettato al giudizio di nullità esclusivamente per "contrarietà all'ordine pubblico", che, come noto, è impugnazione "ammessa in ogni caso" ai sensi dell'art. 829, co. 3, c.p.c. Resta inteso che, nell'ipotesi in cui il lodo sia stato reso secondo equità, ma in assenza di una "qualsiasi espressione" dispositiva dell'attribuzione del corrispondente potere agli arbitri, la parte soccombente potrà eccepire la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, ma l'ammissibilità dell'impugnativa dipenderà concretamente da una espressa disposizione in tal senso delle parti o della legge. In questa direzione si v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 143, il quale precisa che « *l'uso errato del criterio di giudizio non è in sé e per sé espressivo di una violazione sanzionabile con la nullità del lodo* »; cfr. anche MENCHINI, *Impugnazione del lodo « rituale* », in questa *Rivista*, 2005, p. 854. Con riferimento, invece, ad un lodo reso secondo diritto, ma che si voleva equitativo, alle parti residuerà il giudizio di nullità per violazione dell'ordine pubblico (non essendo tale situazione denunciabile come motivo di nullità ai sensi dell'art. 829, co. 1, nn. 4 e 7 e presumendosi l'idoneità della soluzione in diritto di contenere quella equitativa, che era stata richiesta dalle parti). Sul punto v. BORGHESI, in AA.VV., *Arbitrato*, F. Carpi (commentario diretto da), cit., p. 558. Per una panoramica delle posizioni emerse in dottrina si v. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 742 ss e p. 874 ss.

discostarsi da quanto disposto dalle parti in attuazione del loro potere negoziale, il che andrebbe a provocare ricadute su più piani, incluso il piano dell'adempimento agli obblighi assunti con il contratto di arbitrato.

6. Rimane a questo punto da esaminare un ultimo piano sul quale la riforma del 2006 ha, se ci è consentito, esaltato il ruolo della regolamentazione negoziale: si tratta della attribuzione ai compromittenti della facoltà di scelta se rendere o meno impugnabile il lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Il comma 3 dell'art. 829 c.p.c. recita espressamente: “*L'impugnazione per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico*”. La norma subordina l'ammissibilità dell'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia ad una espressa disposizione-scelta delle parti in tal senso, ovvero a previsione di legge (restando sempre ammissibile l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico). In dottrina, con riferimento al motivo di impugnazione di cui al comma 3 dell'art. 829 c.p.c. si vedano: RUFFINI-BOCCAGNA, sub art. 829 c.p.c., in *Commentario*, Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo (a cura di), cit. p. 351; MARINUCCI, sub art. 829 c.p.c., in *Commentario al codice di procedura civile*, Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella (a cura di), cit., p. 857 ss. Resta ferma l'esigenza per chi impugna di indicare il principio di diritto che è stato violato, dimostrando la causalità della violazione (in questo senso si v. Cass. 14 settembre 2012, n. 15447; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3383; App. Roma, 12 ottobre 2011; App. Milano, 4 giugno 2010); nonché far riferimento ai fatti di causa (che non si può tradurre nella censurabilità della ricostruzione in fatto operata dagli arbitri) onde verificarne la conformità alla fattispecie legale astratta. Per Cass., 4 settembre 2012, n. 14773, deve trattarsi di un “giudizio sul fatto alla stregua della disciplina legale”.

Per quanto di interesse in questa sede, giova osservare che l'indagine in ordine alla violazione delle “regole di diritto relative al merito della controversia” è stata assimilata a quella del motivo di ricorso per Cassazione ex art. 360, n. 3, c.p.c.; tale indagine può avere ad oggetto tutte le disposizioni in materia di onere della prova, efficacia e ammissibilità dei mezzi di prova (cfr. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 12; Id., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p. 78; BORGHESI, *La legge applicabile al merito*, in *Arbitrato, ADR e Conciliazione*, cit., p. 571) ed attiene sia ai giudizi arbitrali secondo diritto, sia a quelli secondo equità (così E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 46). Nondimeno, con il motivo di impugnativa in discorso può essere censurata la violazione da parte degli arbitri di eventuali accordi tra le parti in materia di prove, che hanno efficacia tra loro vincolante (fattispecie che non può essere assimilata in una delle ipotesi di nullità per violazione delle norme previste per il procedimento arbitrale a pena di nullità e richiamate dalle parti ex art. 829, co. 1, n. 7, c.p.c.).

La novella rende ammissibile il motivo di censura di cui al comma 3 dell'art. 829 anche nelle ipotesi di decisioni rese secondo equità. Di talché, là dove le parti, che abbiano optato per ottenere una decisione secondo quest'ultimo criterio di giudizio, prevedano (*recte*: dispongano espressamente per) la impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto ex art. 829, co. 3, c.p.c.: (i) il lodo sarà annullabile per tale motivo ogniqualvolta gli arbitri, pur autorizzati a decidere secondo equità, abbiano violato norme di diritto che, in considerazione del loro carattere imperativo, devono comunque essere applicate (così RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 404); (ii) il lodo sarà altresì annullabile per tale motivo quando gli arbitri (chiamati a decidere secondo equità) abbiano ritenuto di decidere secondo diritto (ritenendo tale soluzione coincidente con quella equitativa), ma, all'atto del decidere, abbiano violato le regole di diritto (LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 267; VACCARELLA, *Il difensore ed il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992); (iii) sarà, infine, annullabile per questo motivo il lodo reso secondo equità, sulla scorta di una erronea premessa in diritto (GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 467 ss.).

Sul punto si v. Cass., 4 luglio 2000, n. 8937 per la quale « Non sussiste contrapposizione tra diritto ed equità, atteso che il giudizio di equità richiede pur sempre il riferimento ad una

In proposito, è importante muovere dall'esame della stessa legge delega (L. 14 maggio 2005, n. 80) la quale, all'art. 1 comma 3 lett. b), tra i criteri direttivi dettati al legislatore dell'arbitrato, ha contemplato quello di *“riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevenendo — tra l'altro — una razionalizzazione delle ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità secondo i seguenti principi; 1) subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'art. 829 c.p.c. alla esplicita previsione delle parti, salva diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico”*.

È noto che questa prima direttiva della delega è stata attuata modificando la norma che prima della riforma costituiva il nucleo della disciplina dell'impugnazione per *errores in iudicando*, rovesciandone la prospettiva, giacché il sistema previgente si fondava sulla generale ammissione dell'impugnazione per nullità per violazione di regole di diritto, salva esclusione delle parti; l'attuale terzo comma prevede, invece, che quella censura possa essere mossa soltanto se espressamente disposta dalle parti o dalla legge <sup>(43)</sup>.

La richiamata inversione ha un valore sostanziale e ha comportato una vera e propria rivoluzione con effetti da taluno definiti deflagranti <sup>(44)</sup>.

Primo tra tutti, l'effetto connesso alla disposizione di diritto intertemporale di cui all'art. 27, quarto comma, D.Lgs. 40/2006 che ha previsto che

---

fattispecie normativa e la comparazione tra norma di legge ed eventuale criterio equitativo prescelto, il quale può operare ove sia obbiettivamente giustificata una disparità di trattamento rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione delle norme di diritto». Ne consegue, sottolinea la Suprema Corte, che rientra nel potere degli arbitri chiamati al giudizio secondo equità applicare il diritto ogni volta in cui essi ne ravvisino la coincidenza con l'equità, ed il loro apprezzamento al riguardo si sottrae ad ogni censura, poiché un controllo su di esso equivarrebbe ad un sindacato sul retto esercizio dei poteri equitativi.

Per Cass., 4 luglio 2013 n. 16755: *“Gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità sono svincolati, nella formazione del loro convincimento, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto, restando così preclusa, ai sensi dell'art. 829, comma secondo, ultima parte, cod. proc. civ., l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o, in generale, per “errores in iudicando”, che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso”* (in senso conforme, Cass., 24 giugno 2011, n. 13968; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1183).

<sup>(43)</sup> La dottrina ha sottolineato che la vera innovazione della riforma è ravvisabile nell'inversione del rapporto regola-eccezione con riguardo alla possibilità di invocare il motivo di impugnazione: prima della riforma, infatti, l'impugnazione per violazione di regole di diritto era sempre ammessa, salvo che le parti non avessero manifestato una volontà contraria; nel panorama attuale, invece, la regola consta nella non impugnabilità del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia, salvo espressa previsione in tal senso delle parti o della legge (così rifacendosi alla disciplina sul lodo internazionale, abrogata con il d.lg. n. 40/2006, e dando attuazione alla legge delega n. 80 del 2005).

<sup>(44)</sup> In questi termini SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 876.

il sistema sopra descritto si applica ai procedimenti arbitrari “*nei quali la domanda è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto*” <sup>(45)</sup>.

Ne è conseguito che le convenzioni stipulate anteriormente al 2 marzo 2006, formate nel vigore di un sistema nel quale al silenzio delle parti si annetteva il significato di ammissione dell'impugnazione per nullità per violazione di regole di diritto, sono state proiettate in un contesto in cui il medesimo silenzio andava ad assumere un significato diametralmente opposto.

La questione, che, se posta in questi termini, avrebbe reso inevitabile un intervento della Consulta, è stata tuttavia ridimensionata dalla Corte di cassazione, la quale con una pronuncia sotto questo profilo assai significativa del 19 aprile 2012, n. 6148 <sup>(46)</sup>, ha sancito che le clausole compromissorie stipulate in data anteriore all'entrata in vigore della riforma, ancorché difformi dal nuovo modello negoziale, devono essere interpretate secondo la legge antecedente e che la loro conservazione deve ritenersi insita nel sistema, anche se manca una specifica norma transitoria. Muovendo dalla constatazione che, sulla base della regola previgente, le parti che stipulavano una convenzione di arbitrato intendevano, in difetto di espresse previsioni contrarie, riservarsi l'impugnazione per violazione di norme sostanziali, la Suprema Corte ha ribadito il principio collegato all'applicazione dell'art. 11 delle Preleggi in forza del quale le condizioni di efficacia e gli effetti di un negozio validamente formatosi sono disciplinati dalla legge in vigore nel momento del perfezionamento di esso e resistono a modifiche operate con successive norme di legge.

Insomma, la Corte ha considerato che tale principio possa venir meno unicamente in presenza di una legge sopravvenuta che, integrando norma imperativa, vada a incidere sul contenuto di contratti stipulati anteriormente o che non hanno ancora avuto esecuzione al momento della sua entrata in vigore, sostituendosi autoritativamente ad esso, ciò che non può predicarsi in relazione alla nuova disposizione, in quanto il nuovo terzo comma dell'art. 829 c.p.c., avendo operato un capovolgimento del regime previgente, riducendo a regola ciò che prima era eccezione e ad eccezione

---

<sup>(45)</sup> Sui problemi di diritto intertemporale posti dall'inversione del rapporto regola-eccezione richiamato nella nota n. 44 si v. NELA, *Contro l'applicazione dell'art. 829, co. 3, c.p.c., alle convenzioni arbitrali concluse prima della riforma*, in *Riv. dir. processuale*, 2009, p. 919 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 562; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 22<sup>a</sup> ed., Carratta (a cura di), cit., p. 468.

<sup>(46)</sup> Si v. Cass., 19 aprile 2012, n. 6148 (con nota di NOTARPASQUALE, *Osservazione sulla applicazione nel tempo del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2013, p. 415), che identifica il momento determinante per l'applicazione dell'art. 829, comma 3, c.p.c., con la stipulazione della convenzione arbitrale e, dunque, applica il nuovo regime soltanto ai lodi pronunciati sulla base di convenzioni arbitrali concluse successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 40/2006.

ciò che prima era regola, non ha introdotto alcuna norma che incida l'autonomia delle parti che erano e rimangono libere di scegliere il sindacato sull'operato degli arbitri in punto di diritto.

Per questi motivi, ha concluso la Cassazione, se la nuova regola dovesse essere obbligatoriamente applicata anche alle clausole compromissorie concluse prima dell'entrata in vigore della riforma, si determinerebbe un contrasto con i principi generali in tema di irretroattività della legge nonché un contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, verificandosi, da un canto, disparità di trattamento fra i contraenti che potrebbero o meno usufruire dello strumento di impugnazione in discorso a seconda di un elemento estrinseco e casuale qual è la data di introduzione del giudizio arbitrale; dall'altro canto, compressione del diritto alla tutela giurisdizionale nonostante la contraria manifestazione di volontà al momento del perfezionamento della convenzione.

In definitiva, la fondamentale sentenza appena richiamata ha ribadito sotto tutti i punti di vista che è l'autonomia delle parti a determinare il regime di impugnazione del lodo con riferimento all'errore di diritto, rimanendo, tale strumento, frutto di una libera opzione dei contraenti. Sennonché, ancora una volta, un confronto con la prassi delle convenzioni di arbitrato stipulate dopo la riforma del 2006 induce a considerare che, rispetto a quanto accadeva nel passato, poco è cambiato, non si sa se a causa della inconsapevolezza delle conseguenze che la nuova regola attribuisce al silenzio delle parti, nel qual caso potrebbe essere invocata unicamente una più adeguata formazione degli operatori, o per effetto di scelte consapevoli. In quest'ultimo caso dovremmo inevitabilmente prendere atto che il legislatore e gli operatori tendono sempre più a considerare come un valore la stabilità del lodo, anche in considerazione della riaffermazione della inattaccabilità del lodo sotto il profilo della *quaestio facti*.

7. In conclusione. Le riflessioni che precedono tendono a sottolineare la indiscutibile coerenza dello strumento arbitrale col sistema dell'autonomia negoziale, non soltanto con riferimento al vincolo nascente tra i litiganti dalla convenzione di arbitrato e con riferimento al lodo, ma soprattutto con riferimento all'attività ed alle modalità di svolgimento di essa che le parti possono legittimamente demandare agli arbitri.

Dall'approfondimento di tali questioni esce rafforzata l'idea che l'arbitrato, dalla sua genesi al suo epilogo, svolga una funzione dispositiva di interessi, il che mi induce a ricadere nella vecchia tentazione di ribadire che l'uso di tale strumento possa avvenire unicamente nell'ambito delle materie rimesse dal sistema all'autonomia privata. Quando mai si abbiano ancora dubbi sulla natura dispositiva dell'opzione arbitrale, basti pensare a quanti e quali specifici poteri autoregolamentari essa mette capo e alla circostanza che essi possono essere riconosciuti esclusivamente sul fondamento della disponibilità degli interessi in gioco, per trarne le inevitabili conclusioni.

E ciò in quanto, il fenomeno, che per propria natura può vivere fuori e dentro gli ordinamenti statuali, collocandosi naturalmente su un piano astatale, con quegli ordinamenti deve fare i conti allorché le decisioni debbano poi essere eseguite.

Senonché l'arbitrato, quale sede nella quale si attua il diritto oggettivo, dispensando ragioni e torti *secundum regulas iuris*, è innegabilmente anche processo e come tale ci si rende ben conto, anzi si auspica con ogni sforzo, che possa essere utile innanzi tutto come alternativa efficiente e credibile alla giurisdizione dello Stato. Ma all'esito di questa analisi risulta agevole ricondursi alla notazione dalla quale s'è prese le mosse. La disciplina legale dell'arbitrato può e deve fare di tutto per mettere gli operatori in grado di assicurare la massima utilizzazione dello strumento contribuendo a diffonderne la cultura, ma la disciplina legale va costruita in coerenza con il radicamento dell'arbitrato sul terreno dell'autonomia privata.

*The study analyses the discipline of the various stages of the arbitral proceedings, from the appointment of the arbitrators to the setting aside of the award, in order to verify whether the provisions introduced with the Italian Law 40/2006 could be waived by the agreement of the disputing parties and thus whether there are areas left to self-regulation of the arbitral proceedings, beyond the arbitration agreement and irrespective of the nature of the arbitral award.*

*First of all, with respect to the discipline of the relationship between parties and arbitrators, these self-regulating areas can be found within the arbitrators' regime of liability and the possible causes of incompatibility. Secondly, broad spaces of autonomy are left within the arbitral proceedings itself, in particular, during the preliminary phase and the gathering of evidence; also, it is left to party autonomy to decide whether the arbitral tribunal shall issue an award following the rule of the law or ex aequo et bono and eventually to set aside the arbitral award because issued against the law applicable to the merits of the dispute.*

*The conclusions stress the fact that arbitration is characterised by being a proceeding, therefore objectively a judicial activity, that cannot but take into account the rooted phenomenon of party autonomy, given the quantity and quality of the self-regulatory powers that the parties have because they chose to resolve their dispute through arbitral proceedings.*



## D) ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 19 gennaio 2015, n. 744; SALVAGO Pres.; CAMPANILE Est.; PRATIS P.G. (concl. conf.); Coop. Edilizia S.r.l. (avv. Seminara) c. M. (avv. Bizzini).

**Arbitrato - Termine per la pronuncia del lodo - Patto con cui le parti rinunciano al termine per la pronuncia del lodo - Nullità in caso di rinuncia totale - Patto di trasferimento agli arbitri della facoltà di prorogare il termine - Validità con limiti prefissati.**

*Il termine per la pronuncia del lodo arbitrale è indefettibile, sicché le parti possono stabilire un termine diverso e più ampio rispetto a quello previsto dalla legge, ma non possono rinunciarvi del tutto prorogando sine die la durata del procedimento arbitrale. Allo stesso modo, il trasferimento agli arbitri della facoltà di prorogare il termine può ritenersi valido solo laddove siano prefissati i limiti entro i quali la facoltà stessa può essere esercitata.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (Omissis). — 2. Con il ricorso principale, deducendosi violazione degli artt. 820 e 829 cod. proc. civ., si sostiene, con formulazione di idoneo quesito di diritto, che la Corte di appello avrebbe erroneamente affermato la validità della proroga “sine die” concessa agli arbitri, ritenendo, quindi, che l’eccezione di decadenza formulata dalla società Altair, con atto notificato in data 20 giugno 2006, non fosse stata efficacemente sollevata.

2.1. Con il ricorso incidentale si contesta la compensazione delle spese processuali, deducendosi, in presenza della totale soccombenza della controparte, violazione degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

3. Il ricorso principale è fondato.

Il rilievo consistente nella violazione del termine per l’emissione del lodo, correttamente denunciato in sede di impugnazione per essersi state adempiute le formalità prescritte dall’art. 821 cod. proc. civ., è pregiudicato dalla soluzione della questione inerente alla validità della proroga concessa dalla parti, come verbalizzato in data 11 luglio 2005, per l’adozione del lodo. La sentenza impugnata, richiamando il tenore letterale di tale verbale (“*Le parti presenti, unitamente ai*

loro difensori, stante la prevedibile complessità istruttoria, autorizzano e dispensano il collegio dal rispetto dei termini contrattuali e legali per l'emissione del lodo; chiedono inoltre di beneficiare del periodo di sospensione feriale dei termini processuali..”), ha affermato che “si è trattato di una dispensa piena che le parti hanno voluto e che costituisce espressione della libertà di plasmare le forme di svolgimento dell'arbitrato”.

3.1. Tale assunto non può essere condiviso.

In primo luogo deve richiamarsi il principio, già affermato da questa Corte, circa la natura indefettibile del termine nell'arbitrato, con la precisazione che, con riferimento a quello rituale, all'inerzia delle parti supplisce direttamente la legge, con l'art. 820 cod. proc. civ. (Cass., 21 gennaio 1999, n. 525; Cass., 28 luglio 1995, n. 8243, ove si afferma, tra l'altro, l'impossibilità di ammettere “che le parti siano vincolate alla definizione extragiudiziale della controversia — ed alla conseguente improponibilità della domanda giudiziale — per un tempo indefinito”).

3.2. Il quadro di riferimento normativo delineato dall'art. 820 cod. proc. civ., nel testo applicabile *ratione temporis* (ma la soluzione negativa del problema circa la possibilità del trasferimento agli arbitri del potere di proroga del termine appare compatibile anche con la vigente formulazione di detta norma), chiaramente relega in angusti limiti la possibilità per gli arbitri di prorogare il termine (“quando debbono essere assunti mezzi di prova o sia stato pronunciato lodo non definitivo”, e comunque “per una sola volta e per non più di centottanta giorni”).

3.3. D'altra parte, come sostenuto anche da autorevole dottrina, la rilevata indefettibilità di un termine per la definizione del procedimento arbitrale (al quale normalmente si ricorre anche per ottenere una soluzione della controversia in tempi sensibilmente più brevi rispetto a quelli richiesti nell'ambito della giurisdizione ordinaria) comporta che l'affermazione, ripresa anche dalla corte territoriale, secondo cui il termine in questione è lasciato nella “piena disponibilità delle parti”, debba intendersi nel senso che le parti possono stabilire un termine diverso e più ampio rispetto a quello stabilito, ma non possono rinunciarvi del tutto, prorogando “sine die” la durata del procedimento arbitrale.

3.4. Allo stesso modo, il trasferimento della facoltà agli arbitri di prorogare il termine, anche oltre il ristretto ambito sopra richiamato, in tanto può ritenersi valido, in quanto siano prefissati i limiti entro i quali la stessa possa essere esercitata. La delega agli arbitri di prorogare a loro piacimento, anche “ad libitum”, la durata del procedimento arbitrale — in quanto contrastante con la sopra evidenziata indefettibilità del termine stesso — deve considerarsi nulla, e, quindi, sostituita di diritto dalle previsioni normative normalmente intese a disciplinare la durata del procedimento arbitrale.

3.5. Come emerge dalla stessa sequenza diacronica ricostruita nella decisione impugnata, anche tenuto conto di ogni possibile proroga legale, il termine per l'emanazione del lodo (essendosi il collegio arbitrale costituito il 5 maggio 2005), alla data in cui la società Altair aveva manifestato — con atto notificato il 20 giugno 2006 l'intenzione di far valere la decadenza degli arbitri, era abbondantemente scaduto.

4. Il lodo emesso nel successivo mese di ottobre deve, pertanto, ritenersi affetto di nullità.

Soccorre in proposito il consolidato orientamento di questa Corte secondo cui il lodo arbitrale emesso oltre il termine non è — benché nullo — emesso in

carezza radicale di “potestas iudicandi” degli arbitri, atteso che, a norma dell’art. 821 cod. proc. civ., il decorso del termine per la decisione non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione di quest’ultimo, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la decadenza, e la possibilità che, con il mancato adempimento di tale onere, la nullità del lodo sia sanata è incompatibile con l’esclusione radicale della “potestas iudicandi”; con la conseguenza che la declaratoria di nullità del lodo per tale causa non impedisce alla corte di appello il passaggio alla fase rescissoria ai sensi dell’art. 830 c.p.c., comma 2, (Cass., 24 febbraio 2006, n. 4207; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19994). (*Omissis*).

### **Sul termine per la pronuncia del lodo, sulla sua disponibilità e sulla validità della previsione di un termine “mobile”.**

1. Non credevo che potesse succedere di trovare un procedimento arbitrale con espressa rinuncia delle parti a ogni termine per la pronuncia del lodo. La sentenza in esame dimostra invece che si tratta di questione che merita qualche più approfondita riflessione, non tanto per la frequenza con cui potrebbe ripresentarsi questa fattispecie, sicuramente destinata a scarsa reiterazione, quanto piuttosto per chiarire quali siano i limiti che il ragionamento della Cassazione impone alle parti in materia di termine per la pronuncia del lodo e quali patti in deroga alla disciplina legale siano validi.

I fatti, così come narrati dalla pronuncia in esame, sono i seguenti.

Non è dato sapere quale fosse il termine originario, se cioè quello di centottanta giorni previsto dal vecchio art. 820 cod. proc. civ., oppure un termine *ad hoc* diversamente determinato. Comunque sia, si apprende dalla motivazione della sentenza che le parti, nel corso del procedimento arbitrale, avevano espresso e recepito in un verbale di udienza la volontà di dispensare il collegio, in ragione della complessità dell’istruttoria, “dal rispettare dei termini contrattuali e legali per l’emissione del lodo”.

Probabilmente confidando su tale dispensa gli arbitri avevano poi lasciato decorrere il termine originario per la pronuncia del lodo. A questo punto una delle parti, disattendendo il consenso già espresso — e, verrebbe da dire, forse intuendo la propria prossima soccombenza — prima della sottoscrizione del dispositivo aveva notificato alle altre parti e agli arbitri un atto di decadenza e ai sensi dell’art. 821 cod. proc. civ. Il collegio arbitrale ritenendo evidentemente non verificata la decadenza stessa in ragione dell’espressa volontà manifestata in tal senso dalle parti, aveva poi pronunciato lodo di condanna, proprio a carico del soggetto che si era avvalso della facoltà di cui all’art. 821 cod. proc. civ.

La parte soccombente aveva quindi impugnato il lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 6 cod. proc. civ., ottenendo dalla Corte d’appello pronuncia

di rigetto dell'impugnazione, basata sul convincimento che le parti, in forza della loro autonomia negoziale, avessero validamente dispensato gli arbitri da ogni termine.

La Cassazione con la sentenza in esame si mostra invece di avviso contrario.

Riaffermata la natura indefettibile del termine per la pronuncia del lodo, la Corte chiarisce infatti che la piena disponibilità delle parti sul termine per la pronuncia del lodo varrebbe quando si tratti di stabilire un termine diverso, anche più ampio, di quello legale, ma non consentirebbe alle parti di rinunciare del tutto al termine per la pronuncia del lodo attraverso una proroga *sine die* della durata del procedimento arbitrale. Alle parti sarebbe inoltre fatto divieto di concedere agli arbitri una facoltà di proroga assoluta del termine in questione, mentre potrebbero invece attribuire all'organo giudicante poteri di proroga superiori a quelli previsti dalla legge, purché ne siano prefissati i limiti. In questo modo, mentre una delega concessa *ad libitum* sarebbe nulla e sostituita di diritto con la previsione del termine di legge, una delega con previsione di limiti specifici sarebbe invece valida.

La conclusione della vicenda in sede di legittimità è quindi quella della dichiarazione di nullità del lodo pronunciato oltre il termine, con rinvio del giudizio di merito alla Corte d'appello ai sensi degli articoli 829, comma 1, n. 6 e 830, comma 2, cod. proc. civ.

Sarà quindi nel caso concreto il giudice del rescissorio a dover nuovamente decidere, come se la condanna annullata non vi fosse mai stata.

2. Chiarisco subito che, ragionando sul caso concreto, mi è venuto qualche dubbio sulla correttezza del principio di fondo circa l'impossibilità delle parti di rinunciare concordemente al termine per la pronuncia del lodo <sup>(1)</sup>.

Un conto è dire, infatti, che il termine per la pronuncia del lodo è un dato imprescindibile nell'arbitrato perché l'art. 820 cod. proc. civ. dispone che, se un termine non c'è, la clausola silente viene immediatamente integrata di diritto col termine legale di duecentoquaranta giorni; altra cosa è invece affermare il principio per cui le parti che lo vogliono non

---

<sup>(1)</sup> Non è lontano infatti il momento in cui, ragionando in astratto e ritenendo l'ipotesi davvero remota, avevo concluso che si potrebbe per lo meno dubitare della validità di una clausola di rinuncia al termine per la pronuncia del lodo, in ragione del valore di celerità dell'arbitrato (cfr. il mio volume, *Arbitrato, Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna 2014, sub art. 820, pag. 707). Tuttavia, a dimostrazione del fatto che bisognerebbe sempre evitare le astrazioni, il caso concreto e gli argomenti sviluppati nel testo, mi inducono oggi a pensare che, sebbene il termine per la pronuncia del lodo sia un dato che caratterizza il procedimento arbitrale, una scelta consapevole e condivisa delle parti in senso contrario non possa considerarsi invalida.

possono comunque svincolare consapevolmente l'organo giudicante da ogni termine. Nel primo caso, l'integrazione automatica è prevista dalla legge e comporta che un termine nell'arbitrato vi sia sempre, anche quando le parti non abbiano provveduto a determinarlo; nel secondo caso, non vi è alcuna previsione di legge che imponga di sostituire la volontà delle parti con il termine legale, cosicché seguendo la Cassazione si finirebbe con l'affermare un principio generale che limita l'autonomia privata sulla base di una regola espressa relativa al diverso caso di silenzio delle parti.

Chi ha affrontato il tema concludendo per l'essenzialità del termine, lo ha fatto invocando un principio di ordine pubblico che sarebbe ricavabile dall'art. 820, comma 2, cod. proc. civ. <sup>(2)</sup>, norma quest'ultima che conterrebbe un nocciolo di inderogabilità. Le parti potrebbero quindi modificare sia il termine di durata dell'arbitrato che il suo decorso, mentre il termine in sé non sarebbe disponibile, con sostituzione automatica della clausola nulla che escludeva qualunque termine con quella contenente il termine di legge.

Tuttavia, così ragionando, si finisce col consentire che una delle parti, che pur aveva consentito che si superassero i termini ordinari per la pronuncia del lodo, abbia poi accesso a una facile impugnazione al fine di evitare la condanna nel merito. Non sono affatto sicura infatti che la medesima parte avrebbe ugualmente espresso la manifestazione di volontà di cui all'art. 821 cod. proc. qualora avesse avuto il sentore della propria vittoria, o almeno non avesse avuto sentore alcuno sull'esito della lite.

Tutto ciò mi rende per lo meno dubitativa sull'assunto che liberare gli arbitri dal rispetto di ogni termine significhi condannare l'arbitrato a una durata potenzialmente infinita e che ciò implichi violazione di un principio di ordine pubblico. In materia di arbitrato l'autonomia delle parti è sovrana e dove le parti stesse possono, se lo vogliono, sostituire gli arbitri al giudice statale, non mi è chiaro il perché la loro libertà di definire le regole del procedimento dovrebbe essere imbrigliata in un tempo pur che sia. A ben riflettere, poi, l'art. 820 cod. proc. civ. non contiene alcun limite e lascia le parti libere di scegliere il termine che vogliono, cosicché un tempo di vent'anni per la pronuncia del lodo, sarebbe previsione assurda ma non invalida. Perché allora dovrebbe essere invalida l'esclusione di qualsiasi termine? Il confine, com'è facile intendere, è labile.

Quello che lega le parti agli arbitri è un contratto. Come tutti i contratti, anche quello di arbitrato è soggetto al vincolo della sua esecu-

---

<sup>(2)</sup> Cfr. D. BORGHESI, in *Arbitrato*, in *Comm.* diretto da F. CARPI, 2<sup>a</sup> ed., *sub* art. 820, pag. 520. Nello stesso senso M. BOVE, *La giustizia privata*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2013, pag. 163 per il quale "Il termine per la pronuncia del lodo ... è un elemento essenziale sia nel contratto tra le parti e gli arbitri sia nel giudizio arbitrale".

zione in buona fede. Lasciare liberi gli arbitri da termini non significa allora affidarsi a una loro discrezionalità priva di limiti, ma, in una prospettiva di correttezza di rapporti tra parti e arbitri, segnala che le prime confidano nella capacità dell'organo giudicante di eseguire il mandato ricevuto in buona fede, pur svincolati dalle categorie temporali di proroga del termine stabilite dall'art. 821 cod. proc. civ. Né affrancare l'organo giudicante da ogni termine significa lasciare la decisione affossata in un limbo temporale potenzialmente infinito, perché a fronte di un'inattività abusiva degli arbitri, vi sarebbe pur sempre il rimedio del solleccito a provvedere, formulato anche ai sensi dell'art. 813-*bis* cod. proc. civ., con l'invocazione delle regole della correttezza e della buona fede.

Riflettendo sul caso di specie, viene allora da chiedersi se sia meglio la nullità di un lodo talmente corretto da essere stato impugnato solo per tardività, oppure la soluzione della Corte d'appello che legava la parte alla scelta volontaria effettuata di affrancare l'organo arbitrale da ogni termine. Istintivamente io sono portata a preferire la seconda soluzione.

3. Del tutto diversa da quella presa in esame dalla Cassazione è l'ipotesi in cui le parti fissino un termine per la pronuncia del lodo con *dies a quo* mobile, in quanto collegato al compimento dell'ultimo atto di parte nell'ambito del procedimento arbitrale. In questo caso un limite temporale vi è ed è ben chiaro: il termine è espresso in un numero di giorni determinato, il cui decorso è agganciato a un evento temporalmente indeterminato.

Attraverso una clausola con termine mobile si definisce il tempo che l'organo giudicante ha per deliberare il lodo una volta che siano esaurite le attività di parte. In questo modo i tempi del procedimento non vanno a incidere sul termine per la pronuncia del lodo, né occorrono proroghe di sorta, perché le parti hanno stabilito quale regola del procedimento uno schema diverso rispetto a quello previsto dall'art. 821 cod. proc. civ.

Chi avanza dubbi sulla validità di un termine così stabilito lo fa perché ritiene si tratti di soluzione che lascerebbe agli arbitri una facoltà discrezionale di incidere sul termine della prestazione, traducendosi quindi in una clausola nulla in quanto capace di rimettere alla mera volontà del debitore la determinazione del tempo dell'adempimento<sup>(3)</sup>. Tuttavia, a smentire questa prospettiva basta ricordare come sia affermazione condivisa quella per cui nella piena disponibilità delle parti del termine di cui al 2° comma dell'art. 820 cod. proc. civ. è compresa anche la facoltà di farlo

---

<sup>(3)</sup> Cfr. S. IZZO, in *Comm. alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, III, II, *sub* art. 820, pag. 890. Analogamente, con riferimento al potere discrezionale di proroga D. BORGHESI, *Arbitrato*, in *Comm.* diretto da CARPI, 2ª ed, *sub* art. 820, pag. 520.

decorrere da un *dies a quo* <sup>(4)</sup> diverso da quello legale. La previsione di un termine mobile per la pronuncia del lodo non fa allora altro che tradursi in un accordo delle parti di fissazione di un diverso momento di inizio al decorso del termine in discussione, ciò che rientra perfettamente nel comune modo di intendere la disponibilità del termine ai sensi dell'art. 820 cod. proc. civ. La clausola in esame è dunque pienamente valida, al pari di quella che preveda che il *dies a quo* per la pronuncia del lodo decorra da ogni altro momento diverso dall'accettazione della nomina indicato dall'art. 820, c. 2, cod. proc. civ.

So bene che nella maggior parte dei casi sono gli arbitri ad avere il potere di regolare lo svolgimento del procedimento *ex art.* 816-*bis* cod. proc. civ. e che ciò significa che gli arbitri stessi possono fissare discrezionalmente il tempo e il termine per il compimento dell'ultimo atto di parte funzionale al decorso del termine mobile, tuttavia, anche in questo caso, nulla è lasciato alla mera volontà degli arbitri. A monte della determinazione di un *dies a quo* mobile, vi è infatti pur sempre l'accordo delle parti che vi hanno consentito e nulla è lasciato alla mera volontà dell'organo giudicante che necessita pur sempre dell'accordo delle parti per adottare questa soluzione. Di norma, poi, gli arbitri concordano con i difensori delle parti l'andamento e i termini del procedimento arbitrale anche con riferimento alle sue battute finali e certo non possono prorogare *sine die* un evento dovuto, quale sarebbe nel caso in esame la richiesta fissazione del termine dell'ultima attività di parte che fa scattare il *dies a quo* per la pronuncia del lodo. Vi osta il già richiamato meccanismo specifico che presidia il compimento da parte degli arbitri degli atti da loro dovuti, che è oggi regolato dagli art. 813-*bis* e *ter* cod. proc. civ., facendo sì che anche una sola delle parti possa sempre ottenere il compimento di un atto del procedimento che sia dovuto.

D'altra parte e *ad abundantiam*, ad avviso della Cassazione <sup>(5)</sup>, l'art. 1183, 2° comma, cod. civ. consente espressamente, senza differenziare tra volontà e mera volontà, che la fissazione del termine sia demandata a un'autonoma statuizione di uno dei soggetti del rapporto obbligatorio, con il che viene meno la base stessa dell'obiezione concernente la validità della scelta di un termine mobile come *dies a quo* dell'adempimento richiesto agli arbitri con riferimento alla pronuncia del lodo <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Conclusione questa assolutamente prevalente. Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, Padova, 2012, pag. 306-307; D. BORGHESI, *Arbitrato*, cit., pag. 518; S. IZZO, in *Comm. alle riforme del processo civile*, cit., sub art. 820, pag. 889.

<sup>(5)</sup> Cfr. Cass., sez. II, 21 maggio 2007, n. 11774.

<sup>(6)</sup> Cass. 28 luglio 1995, n. 8243, citata come esempio di un principio contrario da S. IZZO, in *Comm. alle riforme del processo civile*, cit., sub art. 820, pag. 890, in nota 8 riguarda in realtà il solo arbitrato irrituale e non pare quindi precedente idoneo per affermare il principio contrario.

Sotto ogni profilo si deve concludere dunque che non vi sono ostacoli, né nullità, nell'uso di stabilire, con l'accordo delle parti, che il termine per la pronuncia del lodo sia mobile e dipenda da dati eventi non determinati nel tempo al momento della scelta di questa modalità di determinazione temporale (7).

4. Su questa conclusione non incide in alcun modo la sentenza in esame, che, anzi, ne dà conferma. La Cassazione ritiene infatti che le parti possano validamente conferire agli arbitri il potere di prorogare il termine per la pronuncia del lodo purché siano prefissati i limiti entro i quali la facoltà stessa può essere esercitata. Stabilire che il termine di cui all'art. 820 cod. proc. civ. sia espresso in un numero di giorni specifico, con *dies a quo* mobile, significa allora proprio porre un limite al tempo che gli arbitri hanno per decidere e non certo lasciare loro mano libera. Come ho già detto, anche con un termine così determinato, gli arbitri non possono mai fruire di un potere illimitato di proroga, perché anche una sola delle parti può indurli all'adempimento, sotto sanzione di una specifica responsabilità e nel pieno rispetto dei principi posti dalla pronuncia annotata.

Laura Salvaneschi

---

(7) Si tratta di soluzione specificamente condivisa da F. Auletta, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Comm.* a cura di S. Menchini, *sub* art. 820, pag. 387 e da C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, Padova, 2012, pag. 306-307.



CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 7 aprile 2015, n. 6909; FORTE Pres.; GENOVESE Est.; ZENO P.G. (conl. conf.); Co.S.I.R. s.c.a.r.l. (avv. Pugliano) c. Comune di Thiesi (avv.ti Pintus e Oronti).

**Arbitrato rituale e irrituale - Differenze - Dubbio sulla qualificazione operata dalla convenzione arbitrale - Regola di chiusura - Prevalenza dell'arbitrato rituale.**

*In tema di arbitrato, anche nel vigore della disciplina vigente anteriormente alla riforma del 2006, nel caso in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti contenuta nel patto compromissorio, si deve optare per la natura rituale dell'arbitrato, tenuto conto che la deroga alla norma per cui il lodo ha l'efficacia della sentenza giudiziaria ha natura eccezionale.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo di ricorso (con il quale Cosir scarl si duole di un *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c. in relazione all'interpretazione della clausola compromissoria di cui all'art. 15 del capitolato d'oneri), la ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui ha respinto la propria eccezione d'incompetenza affermando la natura irrituale del lodo.

Secondo la ricorrente, la clausola contenuta nell'art. 15 del capitolato d'oneri, andava interpretata attraverso il duplice criterio del significato letterale della clausola e del comportamento delle parti, tenuto anche posteriormente alla conclusione del contratto.

La Corte territoriale, valutando solo l'inciso secondo cui « *per l'arbitrato valgono le norme del codice di procedura civile* », avrebbe privilegiato unicamente la ricostruzione della volontà delle parti in relazione al dato testuale della clausola, senza prendere in esame il comportamento successivo da queste tenuto. Nella specie, questo si sarebbe chiaramente esplicitato nel senso dell'arbitrato irrituale: attribuendo agli arbitri, con la formulazione dei quesiti, la possibilità di decidere secondo equità; non richiedendo la dichiarazione di esecutorietà del lodo; compiendo affermazioni nelle quali si evidenziava che il lodo era stato pronunciato a seguito di un procedimento per arbitrato irrituale.

Del resto, dal tenore testuale della clausola si desumerebbe un chiaro dubbio interpretativo circa la ritualità o meno dell'arbitrato: dubbio da risolversi nel senso del riconoscimento della natura irrituale del lodo (Cass. n. 139 del 2005).

2. Con il secondo motivo del ricorso principale (con il quale si lamenta altro *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 1322 e 1362 e ss. c.c., in relazione all'interpretazione della convenzione di arbitrato, per come integrata dai quesiti e domande proposte dalle parti in sede arbitrale; nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 822 c.p.c. e contraddittorietà della motivazione in punto di declaratoria di nullità del lodo per difetto assoluto di motivazione), la ricorrente censura la decisione in oggetto nella parte rescindente laddove non ha riconosciuto, alla luce dei principi in materia d'interpretazione dei contratti, valore alla manifestazione di volontà delle parti che, anche sulla base della formulazione delle domande poste agli arbitri, avrebbero inteso devolgergli la risoluzione della controversia, applicando criteri equitativi.

Inoltre, il giudice distrettuale avrebbe violato l'art. 822 c.p.c., oltre che motivato in modo contraddittorio ed illogico, avendo imposto agli arbitri, in ordine

alla quantificazione (stabilita nella misura del 33%) degli oneri aggiuntivi in favore del Cosir, un obbligo di motivazione non necessario, stante la legittimità dell'applicazione del criterio equitativo. (*Omissis*).

3. I primi due motivi vanno esaminati congiuntamente in quanto attengono all'identico problema costituito dalla identificazione del mandato sottoposto agli arbitri ed alla sua natura di atto devolutivo di un arbitrato rituale (come hanno affermato i giudici della Corte territoriale) od irrituale (come sostiene il ricorrente), sulla base dell'identica cornice normativa costituita dalla disciplina dell'istituto quale era vigente prima dell'intervento del D. Lgs. n. 40 del 2006 (risultando sia i capitoli d'oneri che i contratti di riferimento, anteriori a quella data).

3.1. Solo a partire dalla soluzione di questo preliminare problema può darsi anche risposta alla questione più specificamente affrontata con il secondo motivo d'impugnazione (ossia quella della sufficienza dell'affermazione della natura equitativa della liquidazione, nella misura del 33%, degli oneri aggiuntivi riconosciuti in favore del Cosir).

4. Non è questa la sede per affrontare la ricostruzione dell'istituto dell'arbitrato, che ha fatto versare fiumi d'inchiostro (sia in dottrina che in giurisprudenza) prima e dopo le riforme del 1994 e del 2006.

4.1. Qui basta solo richiamare il recente arresto delle Sezioni unite di questa Corte le quali, con la sentenza n. 24153 del 2013, resa in materia di arbitrato estero ma sulla base di una rivisitazione dell'essenza dell'istituto, hanno consapevolmente compiuto una *overruling* in materia processuale (cfr. Sez. U, Ordinanza n. 23675 del 2014), affermando, tra l'altro, il principio di diritto secondo cui « *l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 5 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione* ».

4.2. Sulla base di tale nuova affermazione, avente valore centrale nella ricostruzione della disciplina dell'arbitrato, non soltanto in base alla legge del 2006 (non direttamente applicabile al caso che ci occupa, per le ragioni già richiamate e relative al tempo dei due contratti stipulati dalle parti di questo giudizio), ma anche con riguardo alla riforma del 1994, le Sezioni unite hanno messo in moto un vero e proprio processo di revisione interpretativa di quelle disposizioni (rispetto al *leading case* rappresentato dalla sentenza delle sezioni unite civili n. 527 del 2000 ed alle decisioni conseguenti ad esso) le cui implicazioni non sono state, allo stato, completamente esplorate.

4.3. In tale ambito si pone anche la questione sollevata dal Consorzio ricorrente, il quale, allo scopo di far prevalere la qualificazione dell'arbitrato che l'ha contrapposto al Comune di Thiesi, come una forma di arbitrato irrituale (e così escludere la *potestas iudicandi* della Corte d'appello e far cadere la statuizione di nullità da questa resa, con riferimento alla quantificazione dei maggiori oneri spettanti al Consorzio stabiliti nel loro lodo, nella misura del 33% di quelli di base), afferma, da un lato, l'esistenza di un errore interpretativo della clausola arbitrale (alla stregua dei criteri indicati nei due motivi di ricorso) e, dall'altro, nel

dubbio interpretativo, richiama il principio di diritto (varie volte enunciato da questa stessa Corte) del *favor* ermeneutico per l'arbitrato irrituale.

5. Con riferimento all'interpretazione della clausola stabilita nel Capitolato d'oneri (art. 15), come prescritto dall'art. 366, n. 6, c.p.c., a pena d'inammissibilità di tutti i motivi che l'esame di quel documento suppongono (cfr. Sez. U, Sentenza n. 16887 del 2013: *In tema di ricorso per cassazione, la verifica dell'osservanza di quanto prescritto dall'art. 366, primo comma 1, n. 6), cod. proc. civ. deve compiersi con riguardo ad ogni singolo motivo di impugnazione e la mancata specifica indicazione — ed allegazione — dei documenti sui quali ciascuno di essi, eventualmente, si fonda può comportarne la declaratoria di inammissibilità solo quando si tratti di censure rispetto alle quali uno o più specifici atti o documenti fungano da fondamento, e cioè quando, senza l'esame di quell'atto o di quel documento, la comprensione del motivo di doglianza e degli indispensabili presupposti fattuali sui quali esso si basa, nonché la valutazione della sua decisività, risulterebbero impossibili), va affermato che la ricorrente non era dispensata dall'allegazione dell'atto (nella specie: il capitolato, quantomeno nel testo dell'art. 15 richiamato) con il ricorso.*

Nella specie, la ricorrente non allega né produce l'atto ma si limita a riportarne una trascrizione informale di esso (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 3689 del 2011: *A norma dell'art. 369, primo e secondo comma, n. 4), cod. proc. civ., la parte che propone ricorso per cassazione è tenuta, a pena di improcedibilità, a depositare gli atti e i documenti sui quali il medesimo si fonda; ne consegue che, qualora venga invocato, a sostegno del ricorso, un determinato atto del processo, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile ove la parte non abbia provveduto al deposito di tale atto, e ciò anche se il ricorrente abbia depositato l'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio del giudizio "a quo", a norma del terzo comma medesimo art. 369).*

6. Con riguardo, invece, al *favor* per l'arbitrato irrituale, già affermato da questa Corte con precedenti (ma risalenti) pronunce (tutte anteriori al mutamento interpretativo espresso dalle Sezioni unite civili, con l'arresto del 2013, già menzionato), va in questa sede portato a compimento, *in parte qua*, il cennato processo di revisione interpretativa di quelle disposizioni le cui implicazioni non sono state, allo stato, completamente esplorate. E ciò sulla base del principio, evincibile dal complesso ragionamento svolto dalle Sezioni unite, secondo cui il lodo pronunciato nell'arbitrato rituale, per la volontà delle parti che l'hanno preferito alla giurisdizione ordinaria, ha valore ed efficacia di sentenza, come se essa fosse stata pronunciata dai giudici statuali (« *La normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni, (...) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati. In base alla riforma del 1994, la proposizione dei mezzi di impugnazione non è (più; art. 827 c.p.c., comma 2) condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività del lodo. È dunque quest'ultimo, e non la "sentenza arbitrale" ("in due pezzi"), oggetto dell'impugnazione prevista dalla legge processuale avanti agli organi della giurisdizione ordinaria.* »).

6.1. Orbene, sulla base di tale rovesciamento della prospettiva interpretativa (non più derogatoria della giurisdizione ordinaria, come connotato eccezio-

nale negativo, ma come possibilità alternativa di un diverso giudizio, nell'ambito dei diritti disponibili), appare considerazione condivisibile, emergente nella dottrina, anche prima della riforma del 2006, quella secondo cui, agli occhi del legislatore, il modello principale di arbitrato, capace di assicurare le maggiori garanzie per le parti che l'hanno voluto, è quello rituale mentre l'arbitrato libero è previsione cui potrà farsi ricorso solo con disposizione espressa e per iscritto, al punto che la nuova regola di diritto positivo (non applicabile al caso, direttamente), ossia l'art. 808-ter c.p.c., ha attuato proprio tale programma, riaffermando l'applicabilità *sic et simpliciter* della disciplina codicistica dell'arbitrato (rituale) a tutti i possibili patti compromissori, salvo solo il potere delle parti di stabilire che, in deroga alla norma per cui il lodo ha l'efficacia della sentenza giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.), « la controversia sia definita dagli arbitri, mediante determinazione contrattuale ».

6.1.1. In sostanza, la nuova legge processuale ha espressamente stabilito la necessità di una apposita previsione di arbitrato irrituale, a fronte della regola applicabile normalmente, in caso di devoluzione della controversia in arbitri, di chiaro ed opposto tenore.

6.2. Va, di conseguenza, respinto il primo motivo di ricorso, ed enunciato il seguente principio di diritto: in tema di arbitrato, anche nel vigore della disciplina vigente anteriormente alla riforma del 2006, nel caso in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti contenuta nel patto compromissorio, si deve optare per la natura rituale dell'arbitrato, tenuto conto che la deroga alla norma per cui il lodo ha l'efficacia della sentenza giudiziaria, ha natura eccezionale.

7. Tanto chiarito, va respinto anche il secondo motivo di ricorso, ossia quello volto a far cadere la statuizione di nullità resa dal giudice distrettuale, con riferimento alla quantificazione dei maggiori oneri spettanti al Consorzio, stabiliti nel loro lodo nella misura del 33% di quelli di base, in quanto è erronea la premessa del ragionamento del ricorrente.

7.1. Secondo quest'ultimo, infatti, non sussisterebbe il vizio di nullità affermato dalla Corte territoriale in quanto la natura irrituale dell'arbitrato avrebbe esentato gli arbitri dal motivare come essi siano giunti, fermo l'an, a quantificare, nella riferita percentuale, la misura dei maggiori oneri spettanti all'appaltatore.

7.2. In tal modo, però, la ricorrente ha mostrato di predicare, per l'arbitrato irrituale, la natura di giudizio necessario di equità, ciò che non è, ben potendo attribuirsi agli arbitri — nell'arbitrato libero o irrituale — il vincolo a quantificare le spettanze delle parti *iuxta alligata et probata partium*. Infatti, si ritiene, nell'arbitrato riformato dal D.Lgs. del 2006, che all'arbitrato libero sia applicabile l'art. 822 c.p.c., in base al quale gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità. (*Omissis*).

### **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.**

1. Dopo la (ri)affermazione dell'equivalenza funzionale dell'arbi-

trato e della giurisdizione dello Stato quali vie alternative per la tutela dei diritti, a sua volta figlia di un contesto profondamente ripensato dalla sua stessa giurisprudenza e da quella della Corte costituzionale <sup>(1)</sup>, la Cassazione è chiamata oggi ad individuare le implicazioni di quella scelta quanto, in particolare, all'interpretazione della convenzione di arbitrato nel dubbio sulla qualificazione del tipo, rituale o irrituale, in concreto prescelto dalle parti.

Un dubbio che precedenti consolidati scioglievano a favore dell'arbitrato irrituale <sup>(2)</sup> e che invece oggi, proprio in nome di quel ripensamento e dello scenario che lo sottende, è risolto a favore di quello rituale.

La pronuncia <sup>(3)</sup> è resa infatti in esito a ricorso ordinario avverso una sentenza con la quale la Corte d'appello aveva, in fattispecie non disciplinata, *ratione temporis*, dal D. Lgs. n. 40/2006, accolto l'impugnativa per

---

<sup>(1)</sup> Si tratta di un percorso complesso inaugurato da alcuni interventi di tono "minore" progressivamente culminati nel *revirement* del 2013. Esso si dipana da Cass. (ord.) 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 217 ss., con Nota di CONSOLO-MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, la quale afferma, in un contesto ancora dominato dall'orientamento per il quale l'esistenza/validità/estensione del patto arbitrale è questione che dà luogo ad una eccezione di merito (relativa proprio alla validità ed estensione di tale patto) e non di rito, che stabilire se una controversia sia o meno devoluta in arbitri invero invece una questione di competenza (applicando *ratione temporis* l'art. 819-ter). Segue a ruota Cass. (ord.) 6 dicembre 2012, n. 22002, in *www.judicium.it*, con Nota di FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro. Cassazione vs Corte Costituzionale?*, adita in sede di regolamento di competenza, per la quale l'art. 819-ter, comma 2, laddove afferma che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applica l'art. 50 sulla riassunzione riguarda solo il caso in cui siano gli arbitri a declinare la loro *potestas* in favore del giudice. Se la declinatoria proviene invece proprio dal giudice o dalla Cassazione, è possibile la riassunzione davanti agli arbitri nel termine indicato nel provvedimento o in quello dell'art. 50, appunto. La pronuncia, oggetto di pesanti critiche in dottrina, apre ulteriori crepe sulla ricostruzione dell'arbitrato quale rinuncia alla tutela giurisdizionale e quindi sull'incomunicabilità tra le due vie, quella arbitrale e quella giurisdizionale statale appunto, ed ha il merito di aver preparato, in qualche modo, il terreno a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Corr. Giur.*, 2013, 1107 ss., con Nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, e in questa *Rivista*, 2014, 82 ss., con Note di Bove, Briguglio, Menchini e Sassani. Si tratta, segnatamente, della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2 nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50. Perno della pronuncia la considerazione dell'arbitrato quale via alternativa per la tutela dei diritti, rispetto al quale perciò l'errore nella scelta del giudicante non deve compromettere il mantenimento degli effetti della domanda. Il processo è portato a pieno compimento da Cass. S.U. (ord.) 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. Giur.*, 2014, 91 ss., con Nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, cui si deve la ricostruzione della vicenda evolutiva e l'*overruling* sulla natura dell'arbitrato (rituale) che, non più rinuncia alla tutela giurisdizionale, (ri)diviene a pieno titolo via alternativa ad essa per la tutela dei diritti *ex art. 24 Cost.*

<sup>(2)</sup> V., per gli essenziali riferimenti della giurisprudenza di legittimità a ridosso di Cass. n. 527/2000, CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?* (I), e ID., *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi* (II), in *Corr. Giur.*, 2003, 678 ss, nonché VERDE, *Arbitrato irrituale*, in questa *Rivista*, 2005, 665 ss.

<sup>(3)</sup> Sulla quale v. già il commento di BERTOLDI, *Il favor per l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale quale eccezionale deroga all'art. 824 bis cpc*, in *Giur. It.*, n. 6/2015.

nullità di un lodo arbitrale, previa sua qualificazione, sulla base dell'interpretazione della clausola compromissoria, come rituale.

Di qui il primo motivo di ricorso, incentrato sull'*error in iudicando* asseritamente imputabile alla Corte distrettuale in merito all'interpretazione della clausola compromissoria, che avrebbe invece sancito la scelta delle parti per la via arbitrale irrituale. Le doglianze si incentravano in particolare sulla circostanza che la Corte d'appello avrebbe valutato il solo dato testuale della clausola che "per l'arbitrato valgono le norme del codice di procedura civile" e non anche il successivo comportamento delle parti estrinsecatosi, ad onta di quel dato (da ritenersi perciò meramente formale), nell'autorizzazione a decidere secondo equità, nella mancata richiesta di esecutorietà del lodo e nelle (non meglio circostanziate) affermazioni evidenzianti la derivazione dello stesso da un arbitrato irrituale.

Del resto il semplice dubbio sulla portata della clausola avrebbe dovuto far propendere, nell'ottica del ricorrente basata su consolidati precedenti di legittimità, per l'arbitrato irrituale.

Il secondo motivo era invece incentrato sulla violazione dell'art. 822 cpc, per avere la Corte distrettuale ritenuto il lodo carente di motivazione in ordine ai criteri di quantificazione di una serie di oneri. Violazione a sua volta scaturita dalla ritenuta natura rituale del lodo, laddove invece l'autorizzazione a decidere secondo equità avrebbe dovuto deporre per la sua natura irrituale e quindi dispensare da qualsivoglia onere di motivazione.

L'esame congiunto dei due motivi consente alla Corte di esaminare il problema, ad entrambi sotteso, dell'identificazione del tipo di arbitrato prescelto dalle parti, nell'alternativa tra modalità rituale ed irrituale, in ipotesi di dubbio sulla reale portata, *in parte qua*, della convenzione di arbitrato.

La soluzione, sfavorevole al ricorrente, è rappresentata quale coerente applicazione dell'orientamento interpretativo cui la Corte ha da qualche tempo affidato il *revirement* della sua stessa consolidata lettura dell'arbitrato, rituale ed irrituale, quale fenomeno di pura e semplice rinuncia (negoziale) alla giurisdizione dello Stato.

Ed è proprio muovendo dal precedente reso in tema di arbitrato estero (S.U. n. 24153/2013), che a quel *revirement* ha conferito il maggiore respiro sistematico, che la sentenza odierna riafferma che agli arbitri rituali compete, già alla luce della disciplina positiva risultante dalle modifiche apportatevi dalla l. n. 25/1994, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie decisa, una funzione schiettamente giurisdizionale e perciò in tali limiti alternativa a quella dei giudici togati. Con la conseguenza che il quesito se la decisione di una controversia appartenga ai primi o a questi ultimi è questione di competenza, e di giurisdizione se la legittimazione

conferita agli arbitri sottrae la controversia stessa alla naturale attribuzione ad un giudice speciale (o ad una giurisdizione straniera).

Il rovesciamento di prospettiva consumatosi attraverso il riconoscimento agli arbitri di funzioni giurisdizionali impone di guardare al fenomeno come naturale e fisiologica alternativa alla giurisdizione dello Stato e non più quale (eccezionale) rinuncia ad essa. La disciplina positiva che conferisce alla domanda di arbitrato rituale gli effetti di quella giudiziale ed al lodo l'efficacia di sentenza mostra come il modello principale di arbitrato cui la via alternativa alla tutela dei diritti è affidata sia oggi quello rituale proprio per le garanzie "giurisdizionali" che offre.

Sicché il dubbio sulla effettiva scelta delle parti tra modalità rituale ed irrituale va sciolto sempre a favore della prima proprio perché maggiormente garantistica, e quindi in funzione di protezione di quelle stesse parti che l'alternativa hanno prescelto, ferma restando naturalmente l'opzione, da presidiare tuttavia con previsione apposita e tale perciò da superare una altrimenti presunta "ritualità", per l'altra modalità.

Ulteriore profilo affrontato dalla sentenza è quello, collegato ma diverso, del parametro del giudizio affidato ad arbitrato irrituale, in particolare sotto il profilo dell'applicazione delle regole di diritto o di quelle di equità.

Qui la Corte fa giustizia dell'assunto del ricorrente secondo il quale l'autorizzazione a decidere secondo equità sarebbe sintomo inequivocabile di irritualità dell'arbitrato.

La situazione va invece diversamente ricostruita, l'art. 822 c.p.c., a mente del quale gli arbitri decidono secondo diritto salvo che le parti li abbiano con qualunque espressione autorizzati a far ricorso a criteri equitativi, essendo applicabile anche all'arbitrato a modalità irrituale.

Con la conseguenza che, anche ove fosse acclarato, ma necessariamente *aliunde*, che di arbitrato irrituale si tratti, bisognerebbe ancora verificare se agli arbitri sia stata comunque conferita, in qualunque modo, l'autorizzazione a decidere secondo equità piuttosto che applicando le regole di diritto.

2. Nel sancire la prevalenza della via arbitrale rituale su quella irrituale in caso di persistente dubbio sul tenore *in parte qua* della convenzione di arbitrato la Corte si richiama espressamente a S.U. n. 24153/2013, cui si deve la *summa* del modo in cui le Alte Corti, Cassazione e Consulta, intendono oggi i rapporti tra giurisdizione e arbitrato <sup>(4)</sup>.

Premessa della decisione odierna è dunque l'approdo di quella del 2013 e delle altre che ne hanno preparato il terreno in termini di equiva-

---

<sup>(4)</sup> V., per i riferimenti, *supra*, la nota 1.

lenza funzionale di arbitrato rituale e giurisdizione quali forme di tutela dei diritti nel sistema incentrato sull'art. 24 Cost (5).

Una equivalenza funzionale che il legislatore, già nella riforma del 1994 applicabile al caso deciso, ha sancito presidiando l'arbitrato rituale con garanzie tipicamente giurisdizionali, quale anzitutto l'impugnabilità del lodo a prescindere da quella susseguente affluenza nell'alveo della giurisdizione dello Stato *antea* condizionante la sua stessa validità perché mero presupposto della (necessaria) metamorfosi in "sentenza arbitrale (6)".

Il rovesciamento della prospettiva ermeneutica, che ripudia (oggi) la visione dell'arbitrato rituale quale rinuncia alla giurisdizione ordinaria ne fa dunque, nell'ottica della decisione in commento, "*il modello principale di arbitrato capace di assicurare le maggiori garanzie per le parti che l'hanno voluto*" ben prima della riforma del 2006. L'arbitrato libero potrà invece ritenersi prescelto solo in presenza di disposizione espressa e per iscritto, come confermato dai *nova* codificati, a seguito della riforma del 2006, nell'art. 808-ter cpc.

La soluzione, in sé considerata e per come consegnata al principio di diritto, è da condividere ed appare coerente sia con il contesto normativo ed ermeneutico della riforma del 1994 (7) applicabile al caso deciso, sia con i *nova* normativi del 2006.

Qualche ulteriore considerazione merita invece il percorso argomentativo che la sorregge, quanto in particolare al riferimento a quella rituale quale modalità "principale" che, in ragione delle maggiori garanzie che *de lege* la presidiano, relega la irrituale sullo sfondo. E tanto proprio alla luce

---

(5) Ancora, per i riferimenti, la nota 1.

(6) Nella versione originaria del vigente Codice di procedura civile, come del resto già nel Codice di procedura civile del 1865, era previsto l'obbligo degli arbitri di depositare il lodo nella cancelleria della pretura entro il termine perentorio di cinque giorni, a pena di nullità del lodo stesso (art. 825). L'omologazione pretorile vi conferiva poi lo *status* di "sentenza arbitrale". È con la l. n. 28/1983 che l'art. 825 viene modificato nel senso di rendere facoltativo il deposito del lodo, oramai deputato al solo scopo di consentirne, con l'*exequatur*, l'acquisto dell'efficacia esecutiva. Il lodo in quanto tale, invece, spiega efficacia vincolante per le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione, a prescindere da ogni intervento giudiziale (così il c. 4 dell'art. 823, aggiunto dalla l. n. 28/1983). La successiva l. n. 25/1994, portando a compimento il percorso di affrancamento del prodotto dell'attività degli arbitri (lodo) dall'integrazione dell'omologa giudiziale, modifica poi: a) l'art. 827 nel senso che i mezzi di impugnazione sono proponibili indipendentemente dal deposito del lodo; b) l'art. 825 sopprimendone, come in ogni altra disposizione ove compariva, ogni riferimento alla "sentenza arbitrale", altresì eliminando il termine perentorio di un anno per il deposito del lodo (sia pure ai soli fini dell'esecutività). *Amplius* su questi sviluppi, e sulle posizioni conseguentemente profilatesi in dottrina in merito alla ricostruzione della natura dell'arbitrato nell'alternativa tra contrattualità e giurisdizionalità v. oggi, per tutti, MARINUCCI, Sub art. 824 bis, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, Torino, 2014, VII, 4, 644 ss, ove anche essenziali riferimenti bibliografici, nonché MONTELEONE, *Il cd. arbitrato irrituale previsto dall'art. 808 ter cpc*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio, Napoli, 2010, 545 ss.

(7) Con le riserve che saranno evidenziate, *infra*, al § 4.



della necessità, giustamente avvertita dalla sentenza in commento, di indagare appieno, per le evidenti ricadute applicative quale quella che ha condotto alla decisione odierna, le implicazioni del *revirement* evocato nel quadro attuale e futuro.

A tale scopo occorrono tuttavia una premessa e un *distinguo*.

La premessa. È fin troppo noto come la storia dell'arbitrato appaia singolarmente attraversata da una costante, quell'inesausto dibattito sulla "(...) sua giurisdizionalità o (...) contrattualità" (8) che né il passaggio dal Codice ottocentesco a quello attuale, né le varie riforme che in quest'ultimo, anche sulla spinta di esigenze di circolazione dei lodi (9), ne hanno modificato sensibilmente la disciplina dal 1983 ad oggi, sono riusciti a sedare.

Una obiettiva ambivalenza del fenomeno (10) e dati normativi a torto

---

(8) Così Satta, in apertura del suo classico del 1931 *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, qui citato nel testo ristampato nel 1969 da Giuffrè per la collana della Fondazione Piero Calamandrei, con Presentazione di Carlo Furno.

(9) Ricostruiscono bene la vicenda CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazione dei lodi* (II), cit., 678 ss.

(10) La legittimazione degli arbitri nasce infatti, in relazione ad una o più controversie, dal patto arbitrale che ha natura negoziale. La decisione della controversia, d'altra parte, viene, dal Codice del 1865 come dalla versione originaria di quello vigente, irregimentata nell'alternativa tra deposito ai fini dell'omologa e totale irrilevanza giuridica. Il che fa dire a SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 66, per negare ogni giurisdizionalità e affermare la persistente natura privata del lodo depositato, cui l'omologa si limita ad aggiungere l'esecutività: "(...) se il compromesso è un contratto, ecco che il giudizio degli arbitri avrà il potere vincolante che gli deriva da quel contratto. Ed ecco che sarà quindi per sé solo esistente e operante. Ma quando poi si ritiene che il giudizio venga elevato ad atto giurisdizionale attraverso il decreto pretorio, ecco che il potere vincolante si fa derivare da questo decreto, e non più dal contratto. Insomma, il contratto è un comando allo stesso modo che è un comando la sentenza: come è possibile che concorrano entrambi nello stesso momento?(...) Sembra dunque che l'un comando debba uccidere l'altro (...)". Molto dopo, in un contesto profondamente inciso dall'emancipazione (ad opera delle riforme del 1983 e del 1994) di esistenza e vincolatività del lodo dall'omologa giudiziale e dalla sua impugnabilità a prescindere da tale omologa, oltre che da una giurisprudenza di legittimità incline a considerare i rapporti tra arbitri e giudici in termini di competenza, irrompe nel dibattito la Consulta. Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376 (in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2887, con Nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica sentenza della Corte Costituzionale*), afferma che sotto il profilo funzionale l'attività dei primi è, al pari di quella dei secondi, ricognizione ed applicazione della legge al caso concreto, e quindi obiettivamente giudicante (ammettendo perciò gli arbitri a sollevare questione di illegittimità costituzionale della norme da applicare), e finisce così per valorizzare i punti di contatto dell'arbitrato rituale con il processo giurisdizionale sia quanto a proceduralizzazione che a determinazione delle regole di condotta fissate nel lodo. Ma il *revirement* di legittimità del 2000 (su cui *amplius infra*, testo e nota) che afferma la natura negoziale dell'arbitrato rituale quale rinuncia alla tutela giurisdizionale a favore di una composizione contrattuale della lite, fa oscillare ancora il pendolo sulla matrice negoziale sia dell'accordo compromissorio che della relativa decisione. Esso racchiude sia l'arbitrato rituale che quello irrituale in un unico *genus* con impostazione chiaramente "sattiana" che conferma la fatale circolarità di problemi e soluzioni storicamente avanzate. La vicenda è fin troppo nota per imporre o anche solo richiedere indicazioni bibliografiche, oltretutto incompatibili con i limiti di questo scritto. Sufficit perciò qui rinviare, per tutti, all'efficace sintesi operata da LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2013, e da Id., *L'art. 824 bis*, in questa *Rivista*, 2010, 235 ss.; v. altresì Id., SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 261.

o a ragione considerati sempre non dirimenti dalla dottrina ne alimentano anche oggi entrambe le posizioni <sup>(11)</sup>. Neppure la giurisprudenza di legittimità è rimasta immune al sortilegio, ciclicamente (ri)proponendo l'una o l'altra lettura anche nello stesso contesto normativo e ad esso, fatalmente, indifferente <sup>(12)</sup>.

La lettura attuale, non a caso riproposizione di quella invalsa fino al 2000, si muove tuttavia in un contesto che dell'arbitrato irrituale somministra una generale regolamentazione all'art. 808-ter del codice di rito, e che la stessa mette in relazione (di *species* a *genus*) con la restante disciplina del Titolo VIII del Libro IV del c.p.c., che regola appunto l'arbitrato.

La circostanza appare di assoluto rilievo e potrebbe, come si vedrà, irradiare nuova luce sui possibili sviluppi di un dibattito da sempre troppo uguale a sé stesso, quale quello sulla natura dell'arbitrato.

Di qui la necessità del *distinguo* tra il quadro normativo ed ermeneutico all'indomani della riforma del 1994 e quello successivo alla riforma del 2006, che invece la pronuncia in commento mette insieme, in uno sviluppo che (peraltro sulla scia del *revirement* del 2013) fa mostra di considerare unitario e coerente ma che tale, dal punto di vista qui privilegiato, non è.

3. Il primo segmento temporale appare caratterizzato da una regolamentazione dell'arbitrato (rituale) in cui sufficienti indici normativi, quali la più volte evocata impugnabilità del lodo in quanto tale, e non più a seguito del (necessario) deposito per l'omologazione giudiziale che lo avrebbe trasformato in "sentenza arbitrale", ne autorizzavano una lettura in termini di fenomeno funzionalmente giurisdizionale.

Ed in tal senso si era orientata, almeno in un primo tempo, la giurisprudenza di legittimità <sup>(13)</sup>.

D'altra parte però quella stessa emancipazione dall'omologa giudiziale ai fini dell'impugnazione autorizzava anche la lettura opposta, quella della natura negoziale *tout court*: se cioè il lodo non si *deve* trasformare in sentenza arbitrale per essere impugnato, allora neppure si *può* trasformare in sentenza, per la semplice ragione che ha all'origine e mantiene in seguito la sua vera natura, quella negoziale. Ed in effetti il *revirement* giurisprudenziale del 2000 si era mosso proprio in tale direzione <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> *Amplius* MARINUCCI, Sub art. 824 bis, in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., VII, 4, 644 ss. Su questo profilo si sofferma anche BERTOLDI, *Op. lc. ult. cit.*

<sup>(12)</sup> Ampia ricognizione sul punto oggi in MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, 363 ss.

<sup>(13)</sup> I riferimenti essenziali sono rinvenibili in RUFFINI, Sub art. 806, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo e Luiso, II, Milano, 2000.

<sup>(14)</sup> V. in tal senso la ricostruzione di VERDE, *L'arbitrato e gli arbitrati*, in *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 53 ss., ed ivi essenziali indicazioni giurisprudenziali.

L'arbitrato irrituale era, per parte sua, fenomeno privo di generale regolamentazione normativa<sup>(15)</sup>.

L'applicabilità della disciplina dettata dal codice di rito, in via necessariamente estensivo/analogica o comunque in assenza di diverse determinazioni delle parti, era perciò influenzata da un'altra sfumatura del medesimo *topos* giurisdizionalità/contrattualità, quella delle premesse adottate in ordine all'appartenenza di entrambi i tipi ad un comune *genus*, piuttosto che alla loro irriducibilità, il primo inverando la decisione procedimentalizzata di una controversia, il secondo un mero completamento, da parte degli arbitri, della volontà negoziale delle parti<sup>(16)</sup>.

Opzione, quest'ultima, che comportava, al contrario della prima, l'applicazione della normativa civilistica dei contratti ai vari momenti salienti della vita dell'accordo arbitrale irrituale come del lodo, fino ai rimedi esperibili contro di esso<sup>(17)</sup>.

Come già rilevato la giurisprudenza di legittimità, sostanzialmente indifferente ad un dato normativo (percepito come) non dirimente, aveva nel tempo alternato entrambe le opzioni<sup>(18)</sup>. E, anche dopo la svolta che nel 2000<sup>(19)</sup>, ascrivendo anche all'arbitrato rituale natura negoziale, aveva finito per includere entrambi in unico *genus*, aveva mantenuto fermo che in caso di persistente dubbio sulla portata della convenzione di arbitrato, dovesse prevalere l'opzione per il tipo irrituale.

Ciò in quanto, essendo quest'ultimo il *genus* e quello rituale la *species* regolamentata (pur sempre di una rinuncia negoziale alla giurisdizione)<sup>(20)</sup>, il dubbio andava risolto a favore del *genus* che, a tacer d'altro, avrebbe consentito, con le impugnative negoziali del lodo, il ritorno a quella giurisdizione dello Stato *antea* ripudiata.

Scelta, quest'ultima, che anche a voler giustificare nei termini appena riferiti, non poteva che apparire falsamente garantistica.

Ispirata a un malcelato *sfavor* per l'arbitrato rituale proprio in quanto

---

<sup>(15)</sup> Se non nella materia lavoristica: v. *infra*, testo e note.

<sup>(16)</sup> Ricostruisce la vicenda, con corredo di indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 665 ss.

<sup>(17)</sup> Una interessante rassegna di problemi e soluzioni in Verde, *Arbitrato irrituale*, cit., 665 ss. V. anche, in nota alla sentenza in commento, BERTOLDI, *Op. lc. ult. cit.*

<sup>(18)</sup> Tendendo tuttavia, in una logica della decisione caso per caso, a preferire comunque l'applicabilità della disciplina sostanziale dei contratti all'arbitrato irrituale: v. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 665 ss.

<sup>(19)</sup> 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 ha definito l'arbitrato rituale come "ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale" in quanto fondato sulla rinuncia all'azione giudiziaria, vale a dire alla tutela giurisdizionale, considerato che la decisione degli arbitri proviene da soggetti sprovvisti di *imperium*.

<sup>(20)</sup> VERDE, *L'arbitrato e gli arbitri*, cit., 53.

ripudio dell'unica giurisdizione, quella statale <sup>(21)</sup>, era a ragione tacciata di irragionevolezza. Tra i due era infatti pur sempre quello rituale il tipo regolamentato e perciò più garantistico per le parti che, libere comunque di rinunciarvi, avrebbero tuttavia dovuto mantenere il diritto di beneficiarne se proprio quella così radicale rinuncia fosse apparsa dubbia <sup>(22)</sup>.

Nel contesto sommariamente descritto il *revirement* sulla natura funzionalmente giurisdizionale dell'arbitrato rituale portato a compimento nel 2013 si colloca in modo assolutamente coerente, trattandosi, oltretutto, di riedizione di un orientamento già consolidatosi prima del 2000. Ed effettivamente costituisce la premessa di una inversione di tendenza proprio in ordine alla ricostruzione, in termini necessariamente ermeneutici, della norma di chiusura in caso di dubbio tenore della convenzione di arbitrato sull'opzione per la modalità rituale o irrituale.

Del tutto condivisibilmente la decisione in commento capovolge dunque, in nome di quella pronuncia, l'orientamento tradizionale restituendo al sistema quella ragionevolezza di cui era privo. Motivando cioè la scelta di chiusura in favore dell'arbitrato rituale con la sua attitudine ad inverare "*il modello principale di arbitrato capace di assicurare le maggiori garanzie per le parti che l'hanno voluto*", al cospetto di un fenomeno che, figlio dell'autonomia privata e per vocazione alieno alla disciplina positiva (di stampo processuale), soggiaceva invece all'alea dell'interpretazione, neppure apprestando le *utilitates* connesse alla tutela esecutiva <sup>(23)</sup>. Con la conseguenza che poteva essere ascrivito alle parti solo in caso di assoluta certezza che fosse davvero questa la loro volontà.

4. Non così nel contesto inciso dalla riforma del 2006, che all'arbitrato irrituale dedica l'art. 808-ter del c.p.c., così depotenziando proprio quell'irritualità intesa quale fuga dalla regolamentazione positiva <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> *Amplius*, sul punto, la ricostruzione di BERTOLDI, *Op. lc. ult. cit.*, con i relativi riferimenti.

<sup>(22)</sup> Così, condivisibilmente, CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?* (I), cit., 679; VERDE, *L'arbitrato e gli arbitrati*, cit., 51. Parla di "*motivazione perversa*" della scelta giurisprudenziale perché "*sostanzialmente punitiva per chi, senza aver sicuramente voluto una soluzione contrattuale, aveva però comunque sottratto la controversia alla giurisdizione statale*", SASSANI, Sub art. 808 ter, in *Commentario*, cit., 115.

<sup>(23)</sup> Al netto, beninteso, dell'esperienza dell'arbitrato irrituale in materia lavoristica che non solo non è alieno da regolamentazione normativa, addirittura nel cpc, ma neppure dall'attitudine a divenire titolo esecutivo: v. *amplius* la nota successiva.

<sup>(24)</sup> Così Sassani, Sub art. 808 ter, in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., VII, 4, 125. In verità il fenomeno della regolamentazione positiva dell'arbitrato irrituale e persino di una sua collocazione all'interno del cpc non è sconosciuto al nostro ordinamento prima dell'art. 808-ter. È noto infatti che nella materia lavoristica (che il Codice del 1940 aveva considerato assolutamente non compromettibile in arbitrato rituale, sicché il fenomeno si incanalò progressivamente in clausole collettive di devoluzione in arbitrato irrituale di fonte prevalentemente sindacale) prima l'art. 7 della L. n. 604/1966 e poi l'art. 7 della L. n. 300/1970 disciplinarono una forma, definita irrituale, di arbitrato per settori specifici, quello dei licenzia-

All'arbitrato che, per tale sua caratteristica, era storicamente definito irrituale, si è infatti oggi sostituito un arbitrato regolamentato, in cui l'aggettivazione "irrituale" <sup>(25)</sup> mantiene una sua utilità se ed in quanto evocativa della *lex specialis* dell'art. 808-ter rispetto a quella *generalis* del Titolo VIII del Libro IV del c.p.c.

Ma vi è di più. La fisionomia dell'arbitrato "irrituale" disegnata da tale disposizione è decisamente quella di un procedimento "giurisdizionalizzato", a cui presidio è posta in tutta la sua estensione la tutela cautelare <sup>(26)</sup>, il cui oggetto è perimetrato dalle conclusioni delle parti, che è retto a pena di nullità dal principio del contraddittorio, ed il cui prodotto finale, invero la decisione della controversia insorta (così *ad litteras* l'art. 808-ter), è impugnabile per motivi di nullità, cioè di mancato rispetto delle forme imposte dalla legge o dalle parti quali condizioni di validità del lodo, come dimostra la circostanza che alcuni di essi sono ricalcati su quelli di nullità del lodo "rituale". Le impugnative negoziali appaiono dunque ripudiate dall'ordinamento, il quale mostra oggi di considerare anche quello degli arbitri irrituali un *munus*, solo così potendosi giustificare le forme del procedimento che mette capo alla decisione e l'azione tipica di nullità per denziarne il mancato rispetto.

Alla luce di questa fisionomia (rigorosamente) positiva l'*incipit* dell'art. 808-ter, per il quale "*Le parti possono (...) stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo*" assume, anche a volergli ascrivere la non pregnante formulazione che, a quanto pare, affligge ogni regolamentazione domestica dell'arbitrato <sup>(27)</sup>, un preciso significato.

---

menti e delle sanzioni disciplinari. Successivamente fu la L. n. 533/1973 ad introdurre, accanto alla generale regolamentazione dell'arbitrato rituale in materia di lavoro, anche una forma di arbitrato irrituale minuziosamente regolamentato. Vi hanno poi fatto seguito il D. Lgs. n. 80/1998 che, per la prima volta, inserisce nel cpc una regolamentazione normativa dell'arbitrato irrituale di lavoro (artt. 412-ter e 412-quater, oggi sostituito dal cd. Collegato lavoro), e poi l'art. 808-ter, che tale regolamentazione somministra in via generale e che, rispetto ai precedenti appena evocati, si atteggia, per direttiva della legge delega, quale strumento di armonizzazione di tutte le discipline settoriali. Successivamente il D. Lgs. n. 180/2010 (cd. Collegato lavoro) ha introdotto altri diversi modelli di arbitrato di lavoro, la cui definizione non somministra (in termini di ritualità o irritualità) ma per i quali oggi l'art. 412 prevede l'impugnabilità del relativo lodo ai sensi proprio dell'art. 808-ter.

Con la particolarità, peraltro, che tali lodi possono essere dichiarati esecutivi, *ex art. 412 quater. Amplius* sul punto LICCI, *Sub art. 806*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., VII, 4, 40 ss, ed ivi indispensabili indicazioni bibliografiche.

<sup>(25)</sup> Parla significativamente di perdita del carattere connotativo degli aggettivi "rituale" ed "irrituale", che restano oggi di carattere meramente denotativo, SASSANI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., VII, 4, 125 ss.

<sup>(26)</sup> Riassume la vicenda SASSANI, *Op. lc. ult. cit.*

<sup>(27)</sup> Riassumibili nelle pregnanti critiche di VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 671 ss., per il quale se l'idea del legislatore è stata quella di creare un unico *genus* di arbitrato all'interno del quale opera il tipo irrituale, "(...) è da chiedersi che senso abbia la radicale contrapposizione tra i due tipi di arbitrato, quale si legge nel comma 1 dell'art. 808-ter, dove alla premessa secondo cui

E cioè che il *distinguo* tra l'arbitrato "rituale" e "irrituale" codicistici risiede nella inapplicabilità al secondo dell'art. 824-*bis*, dell'art. 825, testualmente esclusi, nonché degli artt. 827-831, l'impugnazione essendo autonomamente regolata dallo stesso art. 808-*ter*, ed ancora di tutta una serie di disposizioni, del cpc come del c.c., variamente strumentali al pieno irradiarsi di tutti gli effetti della sentenza proprio dall'art. 824-*bis* presupposti (28).

Al lodo - "*determinazione contrattuale*" è dunque aliena la pienezza di quegli effetti, principalmente in ordine all'efficacia verso i terzi (profilo soggettivo), e quindi a tutte le formalità che tale efficacia mirano a consentire, e alla decidibilità con efficacia di giudicato delle questioni pregiudiziali *ex* art. 819 (profilo oggettivo). Esso inoltre, se reso *ex* art. 808-*ter*, non può essere depositato presso la cancelleria del tribunale (art. 825), restando privo di attitudine a costituire (titolo per il riconoscimento ai sensi della Convenzione di New York del 1958 e) titolo esecutivo.

Ma che quest'ultima possa considerarsi caratteristica coesistente all'istituto è tentazione cui non si può indulgere sol che si allarghi lo sguardo alle altre esperienze di arbitrato "irrituale" regolato dalla legge, quelle lavoristiche che hanno rappresentato, nel nostro ordinamento, il battistrada dell'art. 808-*ter* cpc. Il lodo emanato ai sensi dell'art. 412 c.p.c. "*(...) produce tra le parti gli effetti di cui all'articolo 1372 e all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile*", e nondimeno è suscettibile di esecutività, precisa infatti la norma (29). E lo stesso è a dirsi per il lodo reso ai sensi dell'art. 412-*quater*.

In un contesto sempre più monopolizzato dalla disciplina positiva, e

---

*le parti possono "in deroga quanto disposto dall'art. 824-bis" convenire che la controversia sia definita con lodo contrattuale — che il legislatore non a caso definisce "determinazione", e non decisione —, fa seguito la perentoria conclusione per la quale "altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo". È facile evidenziare la contraddizione o, forse, la scarsa chiarezza di idee del legislatore. Se l'arbitrato libero è diverso dall'arbitrato rituale, che senso ha dire che le parti dispongono che il lodo libero ha efficacia contrattuale in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis (che prevede l'efficacia di sentenza del lodo rituale)? Non era sufficiente stabilire semplicemente che le parti possono accordarsi per una definizione contrattuale della lite che affidano al terzo? E se, al contrario, si è voluta affermare la comune natura dei due arbitrati, che senso ha prevedere perentoriamente che (le disposizioni del presente titolo) si applicano soltanto all'arbitrato rituale? Infatti, non vedo quale altro significato si possa dare all'avverbio "altrimenti", con cui inizia l'ultimo periodo dell'art. 808-*ter*, comma 1. Bisogna pur scegliere. E mentre, nel complessivo tessuto della proposizione normativa, il richiamo dell'art. 824-bis finisce con l'apparire pleonastico, non sembra possibile escludere il peso della portata precettiva dell'intera proposizione, secondo la quale l'arbitrato libero è regolato dall'art. 808-*ter*, mentre le disposizioni del titolo VIII del libro IV riguardano esclusivamente l'arbitrato rituale (...)"*. Alle critiche obietta efficacemente Sassani, Sub art. 808-*ter*, in *Commentario*, cit., spec. 139 ss.

(28) SASSANI, Sub art. 808-*ter*, in *Commentario*, cit., 106 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., V, 106 ss.

(29) Né, del resto, la consistenza di "*determinazione contrattuale*" del lodo *ex* art. 808-*ter* basterebbe ad escluderne, solo in quanto tale, l'assenza di tutelabilità esecutiva, considerato che l'art. 474 c.p.c. annovera, tra i titoli stragiudiziali, le scritture private autenticate (v. in tal senso la concordante prescrizione degli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c.).

ad oggi popolato di diverse *species* di arbitrati (rituali ed) irrituali ospitate dal cpc ma non regolate interamente dalla *lex generalis* del Titolo VIII del Libro IV e dell'art. 808-ter, fino a che punto si può ancora sostenere, con l'assolutezza della sentenza in commento, che quella rituale è la modalità principale di arbitrato in ragione delle maggiori garanzie che offre alle parti?

Per rispondere alla domanda occorre necessariamente interrogarsi sul significato da attribuire all'espressione "*maggiori garanzie*".

La risposta è infatti negativa se ci si riferisce alle garanzie squisitamente procedimentali, rispetto alle quali nessuna graduazione è possibile oggi tra i due tipi, entrambi processualizzati ed in tal senso, dunque, entrambi oramai "rituali." Circostanza che la Corte stessa, del resto, implicitamente presuppone laddove (giustamente) ritiene che anche all'arbitrato irrituale si applichi l'art. 822, la regola cioè della decisione secondo diritto salva autorizzazione a decidere secondo equità spiegabile solo nell'ottica processuale del metro di giudizio (eteronomo) da applicare alla *res decidenda*.

Di una prevalenza dell'arbitrato "rituale" su quello "irrituale" potrà allora parlarsi, dopo i *nova* del 2006, solo nel senso che una scelta di diritto positivo, e solo di diritto positivo<sup>(30)</sup>, ha sancito, nel dubbio tenore *in parte qua* della convenzione, che si presuma l'opzione per la via rituale.

E ciò non per le pretese maggiori garanzie che offre, sul piano procedimentale, ma perché il legislatore, nella sua ragionevole discrezionalità, l'ha considerata, in questo momento storico, lo statuto generale applicabile in assenza di diversa determinazione delle parti, appuntatasi sullo statuto speciale dell'art. 808-ter piuttosto che su uno di quelli disegnati, in materia lavoristica, dagli artt. 412 e 412-*quater* cpc<sup>(31)</sup>. Il che trova conferma nelle prescritte modalità dell'opzione, per cui l'art. 808-ter non solo rimanda alla forma espressa e per iscritto, ma ne circoscrive testualmente l'oggetto alla "*deroga a quanto disposto dall'articolo 824 bis*", in favore della definizione mediante "*determinazione contrattuale*".

Privando di pregio altri indici quali il comportamento delle parti, evocato proprio dal ricorrente nel caso deciso, o il riferimento agli arbitri quali "amichevoli compositori," o ancora il mancato uso del verbo "decidere", *antea* considerati sintomatici dell'opzione per la via irrituale, l'art. 808-ter non si limita a sostituire un criterio (più stringente) ad un altro (più evanescente).

---

<sup>(30)</sup> Con la quale il legislatore delegato ha dato attuazione, e proprio allo scopo di correggere le distorsioni manifestatesi in giurisprudenza e dare certezza ad un profilo dai risvolti pratici piuttosto magmatici, alla direttiva di delega (art. 1 della L. n. 80/2005) che imponeva che le norme dettate per l'arbitrato (rituale) trovassero applicazione in ogni ipotesi di patto arbitrale comunque denominato, salva deroga, per l'appunto, con disposizione espressa e per iscritto: *amplius*, sul punto, SASSANI, Sub art. 808-ter, in *Commentario*, cit., 113 ss.

<sup>(31)</sup> E varianti richiamanti l'art. 808-ter quale disciplina generale di riferimento.

Esso conferma invece anche nell'*incipit* che oramai le strade dell'arbitrato rituale e di quello irrituale si divaricano solo quanto all'attitudine del primo, e non del secondo, a metter capo a decisione avente tutto il ventaglio di effetti della sentenza presupposti dall'art. 824-*bis* (oltre che degli altri profili di specialità recati dallo stesso art. 808-*ter*).

Non gioverebbe perciò alle parti, come in passato, il riferimento ad indici diversi da quel complesso di elementi di differenziazione perché sono oggi gli unici riconoscibili da un sistema che su di essi è edificato: "determinazione contrattuale" ed "arbitrato irrituale" <sup>(32)</sup> sarebbero dunque probanti dell'opzione *ex art. 808-ter*; laddove invece "amichevoli compositori" o altre espressioni equivalenti sposterebbero l'asse verso la regola di chiusura dell'arbitrato rituale.

Anche sotto tale ultimo profilo il contesto normativo inciso dalla riforma del 1994 e quello attuale non andrebbero perciò considerati unitariamente, quest'ultimo e non il primo (nel quale pure il dubbio porta a propendere per la via rituale) imponendo i più stringenti criteri di cui si è appena detto.

E l'art. 808-*ter* non può ritenersi in qualche modo ricognitivo di un profilo di disciplina già evincibile dal precedente sistema, come implicitamente mostra di ritenere la sentenza in commento.

Probabilmente la Corte intendeva però, evocando le "maggiori garanzie" dell'arbitrato rituale rispetto a quello irrituale, riferirsi proprio al corredo di effetti del lodo, nel primo caso e non nel secondo più ampi perché sovrapponibili *in toto* a quelli della sentenza <sup>(33)</sup>.

Il principio di diritto è infatti così formulato: "(...) *nel caso in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti contenuta nel patto compromissorio, si deve optare per la natura rituale dell'arbitrato, tenuto conto che la deroga alla norma per cui il lodo ha l'efficacia della sentenza giudiziaria ha natura eccezionale*". E il *revirement* del 2013 è citato *ad litteras* proprio nella parte in cui tratteggia la perfetta sovrapponibilità, *quoad effecta*, di lodo arbitrale e sentenza alla luce del sistema (ri)disegnato nel 2006.

Ma se è davvero così, proprio il contributo del *revirement* appare limitato a sostegno di una conclusione già testualmente prevista dalla legge e quindi neppure bisognosa, da questo punto di vista, di una giustificazione ulteriore, men che mai in termini di "maggiori garanzie", espressione quantomeno ambigua se riferita agli effetti della decisione.

La valorizzazione del precedente del 2013 ben si comprende, tuttavia, alla luce della circostanza che, fedele alla storia, neppure la riforma del

---

<sup>(32)</sup> Privilegiando il riferimento alla rubrica dell'art. 808-*ter*: così, condivisibilmente, SASSANI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario*, cit., 115.

<sup>(33)</sup> In tal senso anche BERTOLDI, *Op. lc. ult. cit.*



2006, come i suoi illustri precedenti, si è mostrata in grado di sbilanciare i termini di un dibattito da sempre alimentatosi di vita propria.

E se la storia insegna qualcosa, occorre prendere atto che l'unico dato davvero dirimente di questi anni si è rivelato quella considerazione dell'arbitrato rituale come alternativa alla giurisdizione statale che avrebbe dovuto definitivamente imporsi proprio con la riforma del 2006 e che invece la Cassazione ha avallato solo ad anni dal suo varo dopo averla paradossalmente propugnata in un contesto, quello inciso dalle riforme del 1983 e del 1994, ad essa decisamente più ostile.

Bene fa dunque la sentenza in commento a riprendere quel *revirement* proponendosi di svilupparne le implicazioni. Anzi.

L'assenza, nel principio di diritto, di ogni riferimento alle ragioni della "eccezionalità" dell'arbitrato irrituale e il *focus* sulla pienezza degli effetti di sentenza quale *distinguo* tra le due forme, oltre a consacrare la corretta decisione del caso, "salva" anche il valore di precedente della decisione.

E, proiettandolo nel futuro dibattito, mitiga il rammarico che sia rimasto nell'ombra proprio quel *distinguo* tra arbitrato rituale ed irrituale che pure, in chiave nomofilattica, sarebbe stato importante portare alla luce in ragione delle sue ulteriori ricadute applicative.

5. Poiché però proprio i destini di questo dibattito dipendono, e per le ragioni evidenziate, dalla lettura che del *revirement* "sistematico" del 2013 ha dato oggi e darà in futuro la stessa Cassazione, le ombre della motivazione della sentenza in commento impongono ancora qualche rilievo.

Occorre cioè chiedersi, raccogliendo le suggestioni della motivazione stessa, se la pronuncia del 2013 possa in qualche modo ritenersi legittimante una differenza ancora oggi così radicale tra arbitrato rituale ed irrituale che solo al primo possa guardarsi *ad instar* del processo giurisdizionale, e quindi quale "*modello principale*" dalle "*maggiori garanzie*", il secondo restando, come alle origini, nel limbo della rinuncia alla tutela giurisdizionale (o della disposizione del diritto).

A me pare che la risposta possa essere negativa nonostante il dato indubitabile che il discorso della Corte abbia riguardato l'arbitrato rituale<sup>(34)</sup>, e ciò per le ragioni che proverò brevemente a spiegare.

In S.U. n. 24153/2013 la considerazione di quest'ultimo non più in termini di rinuncia alla tutela giurisdizionale ma di via alternativa e ad essa funzionalmente equivalente *quoad effecta* muove infatti dagli interventi con cui la Consulta ne ha sancito la costituzionalità, e proprio quale via alternativa alla tutela dei diritti *ex art. 24 Cost.*, purché non imposto per

---

<sup>(34)</sup> Anche perché era stata adita con regolamento di giurisdizione in riferimento ad un patto che sanciva la via arbitrale rituale ma in riferimento al Canton Ticino.

legge e quindi in contrasto con il divieto di istituire nuovi giudici speciali o straordinari posto dall'art. 102 Cost. (punto 4.5. della motivazione).

Di qui il rilievo che (nel settore dei diritti disponibili) il potere di azione si manifesta anche come potere di far decidere le controversie a giudici privati con esiti funzionalmente equivalenti a quelli somministrati dalla giustizia statale. Ciò però sempre che l'arbitrato sia presidiato *ex lege* da idonee garanzie processuali sotto il profilo dell'imparzialità del decidente e del rispetto del contraddittorio, e che la decisione sia impugnabile davanti alla giurisdizione ordinaria nei limiti dei motivi di nullità previsti dall'ordinamento (punto 4.6 della motivazione).

Ed è solo il riscontro di tali requisiti nell'arbitrato rituale dopo la riforma del 2006, all'esito di un lungo e complesso esame della disciplina del Titolo VIII del Libro IV del cpc ma anche di quella civilistica sulla trascrizione e interruzione-sospensione della prescrizione, a suggellare la piena equiparazione dell'arbitrato rituale alla tutela giurisdizionale statale.

La domanda allora diventa: via alternativa alla tutela dei diritti *ex art.* 24 Cost. può considerarsi anche, in questo stesso quadro normativo ricostruito dalla Corte, l'arbitrato irrituale?

A me pare che la risposta positiva si imponga proprio alla luce della premessa generale di quella ricostruzione, vale a dire che intanto l'arbitrato (senza ulteriori aggettivazioni) può considerarsi costituzionalmente compatibile quale via alternativa alla giurisdizione dello Stato, in quanto (oltre a non essere obbligatorio) la legge lo presidi con garanzie procedurali di terzietà/imparzialità dell'organo, di rispetto del principio del contraddittorio e di impugnabilità del lodo davanti alla giurisdizione dello Stato per motivi di nullità prestabiliti (ancora punto 4.6 della motivazione).

Tale "statuto minimo" appartiene infatti, oltre che all'arbitrato rituale, anche a quello irrituale oggi disegnato dall'art. 808-*ter* (oltre che alle figure speciali lavoristiche) sicché o legittima quella ricostruzione per entrambi o non vale per nessuno dei due <sup>(35)</sup>.

Un conto è dunque la dimensione procedimentale che conduce alla

---

<sup>(35)</sup> Anche se la Cassazione stessa non pare avvedersene laddove, al punto 4.6 della motivazione, e proprio a corredo della conclusione, attinta dal quadro costituzionale, che la tutela dei diritti è consentita anche attraverso la scelta di giudici privati, scrive che "*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*". Non sono in grado di stabilire con quanta consapevolezza l'affermazione sia fatta in riferimento all'arbitrato irrituale e se non si tratti, piuttosto, di *lapsus calami* indotto da quella buona dose di ambiguità sempre presente in questa materia. Ad ogni buon conto le premesse generali poste dalla stessa Corte sembrano perfettamente ritagliate sull'attuale disciplina dell'arbitrato irrituale, quindi se l'intenzione era quella di mantenere una cesura tra arbitrato/giurisdizione e arbitrato/determinazione contrattuale, essa non pare essersi tradotta in atto.

decisione <sup>(36)</sup>, altro è invece il regime di quest'ultima e dei suoi effetti, che la legge ben può regolare, come in effetti regola, diversamente.

Che il discorso della Corte sia condotto in specifico riferimento all'arbitrato rituale e che perciò esamini anche le disposizioni funzionali all'equiparazione di effetti tra sentenza e lodo *ex art. 824-bis* diviene dunque irrilevante poiché attiene a quei profili differenziali tra le due figure disegnati proprio dall'*art. 808-ter* e che non sono certo revocabili in dubbio.

Il *revirement* del 2013 allora non solo non legittima alcuna graduazione tra i due tipi di arbitrato, ma al contrario ne consente una ricostruzione unitaria quanto alla natura di procedimento "giurisdizionalizzato" di decisione di una controversia *inter partes*, proprio alla luce del sistema normativo consegnatoci dalla riforma del 2006 e filtrato dal vaglio di costituzionalità della Consulta.

Che poi i due tipi tornino a divaricarsi in ordine all'universo degli effetti della decisione, che nel lodo rituale sono perfettamente sovrapponibili a quelli della sentenza, laddove nel lodo irrituale la perimetrazione *ex lege* della "determinazione contrattuale" ne impone la sola qualificazione in termini di decisione di *quella* controversia tra *quelle* parti, è questione inidonea ad inficiare le premesse.

I corollari di questa ricostruzione sono importanti, potendo tutti i profili di disciplina del Titolo VIII del Libro IV dettati per forma e contenuto del patto arbitrale e per il procedimento (purché non attinenti o influenzati dagli effetti della sentenza diversi da quelli di statuizione sulla controversia *inter partes*) <sup>(37)</sup>, essere estensibili all'arbitrato irrituale. Ciò vale, ad esempio, non solo quanto alle regole di nomina e sostituzione degli arbitri anche attraverso i meccanismi di cooperazione giudiziaria, alla natura dell'eccezione di incompetenza in ragione della (in)esistenza/(in)validità/estensione della convenzione di arbitrato <sup>(38)</sup>, all'istruzione probatoria e alla decisione (con i relativi criteri di giudizio: v. l'*art. 822*), o ancora ai criteri di determinazione del compenso degli arbitri <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Tema, beninteso, non influenzato, ai fini in discussione, dal fatto che proprio tale proceduralizzazione possa soggiacere a regole diverse nel passaggio dalla modalità "rituale" a quella "irrituale".

<sup>(37)</sup> Sarebbe questo il caso dell'*art. 819-bis* disciplinante la sospensione obbligatoria: così SASSANI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario*, cit., 118.

<sup>(38)</sup> Con ogni conseguenza anche in ordine al tipo di esame demandato alla Cassazione, che avrebbe così accesso diretto alla convenzione di arbitrato secondo la logica del riscontro di tutti gli *errores in procedendo: amplius*, per impostazione del problema ed implicazioni, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sul rapporto tra arbitrato e giurisdizioni statali*, Torino, 2013, e MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, 363 ss.

<sup>(39)</sup> Soluzione peraltro già praticata dalla giurisprudenza di legittimità dopo una iniziale chiusura: *amplius* FABBI, *Sub art. 814*, in *Commentario*, cit., V, 238 ss. V. altresì BERTOLDI, *Op. lc. ult. cit.*, per una interessante rassegna di recenti decisioni di legittimità che escludono l'estensibilità di significativi segmenti di disciplina procedimentale dell'arbitrato rituale a quello irrituale.

Ma vale anche, ed a maggior ragione, per i cd. “effetti della domanda” deputati a preservare l’esito favorevole della lite nel tempo occorrente alla decisione (interruzione-sospensione della prescrizione), nonché per la possibilità del “passaggio” dal processo arbitrale a quello giurisdizionale e viceversa, sancito dalla Consulta (con decisione richiamata “*ad adiuvandum*” dal *revirement* del 2013) proprio a necessario corredo dell’equiparazione funzionale tra arbitrato e giurisdizione statale <sup>(40)</sup>.

Il pendolo torna a toccare, fedele alla ciclicità della storia dell’arbitrato, l’appartenenza dei due tipi ad un unico *genus*.

Ma oggi la risposta al quesito con cui Satta inaugurava quasi un secolo fa il Suo Contributo, “(...) *si tratta di sapere come l’arbitrato libero reagisca sull’arbitrato tradizionale del codice, e quale sia eventualmente il concetto o il principio sotto il quale l’uno e l’altro debbano andare sussunti. (...)*” <sup>(41)</sup> dovrebbe finalmente poter essere che entrambi sono vie alternative alla giurisdizione statale per la tutela dei diritti.

CLARICE DELLE DONNE

---

<sup>(40)</sup> *Amplius* sul punto, anche in chiave problematica in relazione ai profili di criticità che la soluzione evoca sotto il profilo tecnico, SASSANI, Sub *art. 808-ter*, in *Commentario*, cit., 136 ss.

<sup>(41)</sup> Ed al quale l’A. rispondeva, com’è noto, nel senso della comune appartenenza al *genus* contrattuale salva l’ulteriore *utilitas*, per l’arbitrato rituale, dell’*exequatur*.

TRIBUNALE DI AGRIGENTO, sentenza 23 giugno 2014; PINTO G.U. ed Est; X (avv. Cucchiara) c. Y (avv.ti Emanuele e Bertoli).

**Rapporto tra procedimento ordinario e arbitrato estero - Procedimenti paralleli - Validità della clausola compromissoria.**

*La previa pendenza del giudizio arbitrale estero che, a rigore, dovrebbe comportare l'inammissibilità della domanda in sede giudiziaria, non pregiudica la possibilità di delibare in tale sede la validità della clausola compromissoria e ciò in ragione del fatto che, nel giudizio de quo, tale accertamento è reso necessario dall'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla convenuta.*

CENNI DI FATTO. — Il 26 giugno 2009 X, società italiana ed Y, società spagnola, stipulavano un contratto a norma del quale X si impegnava a eseguire servizi di valutazione tecnica e altre attività necessarie al rilascio dei permessi per costruire e rendere operativi taluni impianti fotovoltaici in nome di Y, attraverso società che quest'ultima avrebbe individuato per ciascun progetto.

Il contratto conteneva una clausola compromissoria per effetto della quale ogni controversia *inter partes* sarebbe stata devoluta ad arbitrato internazionale. Il 23 novembre 2010 X adiva il Tribunale di Agrigento richiedendo un provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. perché si ordinasse a Enti pubblici di esibire documenti comprovanti lo stato dell'*iter* autorizzativo riguardante i progetti fotovoltaici, al dichiarato fine di “*instaurare l'arbitrato nella città di Madrid*”. Il ricorso cautelare veniva respinto il 24 maggio 2011. Il 29 marzo 2011 Y promuoveva contro X un procedimento arbitrale con sede a Madrid e soggetto alle regole della Camera di Commercio Internazionale, per ottenere il risarcimento dei danni causati dagli inadempimenti di X al contratto *inter partes*. X prendeva parte all'arbitrato ma, in data 23 maggio 2011, instaurava un giudizio contro Y davanti al Tribunale di Agrigento perché venisse dichiarata nulla la clausola compromissoria e le fossero riconosciuti i danni, che pretendeva aver subito da Y. Quest'ultima si costituiva in giudizio chiedendo che il Tribunale rilevasse il difetto di giurisdizione e/o di competenza nonché, in via riconvenzionale, che dichiarasse risolto il contratto *inter partes*, contestualmente condannando X al risarcimento dei danni. Pendente il giudizio ordinario, il tribunale arbitrale decideva con lodo definitivo in data 6 marzo 2013 affermando, *inter alia*, la piena validità ed efficacia della clausola compromissoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — È preliminare l'esame della domanda attorea volta ad accertare la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 15 del contratto, che deferisce ogni controversia insorta in ragione dello stesso ad un Collegio di arbitri, presso la Camera del Commercio Internazionale, nonché della relativa eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla parte convenuta.

(*Omissis*). La questione relativa al riparto di attribuzione tra l'autorità giudiziaria e l'arbitro estero è, come chiarito da una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Civ. sez. un., sentenza del 25 ottobre 2013, n. 24153), dalla quale non si ritiene di discostarsi, una questione che attiene non al

merito della lite, ma alla giurisdizione. (*Omissis*). Il riconoscimento della natura giurisdizionale agli arbitri non è in contrasto, piuttosto in armonia, con la Costituzione, in quanto, alla luce degli artt. 24 et 102 della stessa, non si può ritenere che il monopolio della giurisdizione statale sia da intendere in senso assoluto. In sostanza, la regola è che la funzione giurisdizionale si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo a "tutela dei propri diritti" davanti ai giudici privati. Con questa premessa, si rende dunque necessario l'esame della validità della clausola arbitrale. Non è d'ostacolo a tale esame la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c..

(*Omissis*). La disposizione, con un *argumentum a contrario*, è stata interpretata nel senso che la domanda sulla validità può essere introdotta davanti l'Autorità Giudiziaria quando ancora non sia stata introdotta una controversia davanti agli arbitri sulla base della Convenzione (Cass. Civ. n. 17019/2011). Si ritiene inoltre che la portata della norma sia stata ridotta per effetto dell'art. 817 c.p.c., il cui secondo comma prevede che sulla validità della convenzione d'arbitrato decidono gli arbitri ove i loro poteri siano contestati in qualsiasi sede, per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. Secondo tale tesi il legislatore avrebbe accolto la soluzione delle vie parallele (permettendo la contemporanea pendenza della stessa causa innanzi al giudice ordinario e agli arbitri, nonché la possibilità che ciascuno risolva autonomamente il problema della validità dell'accordo compromissorio) ma con un limite: l'Autorità Giudiziaria può sindacare unicamente l'investitura originaria del Collegio, mentre ogni contestazione derivante da "ragioni sopravvenute" può essere risolta unicamente dagli arbitri. Nel caso in esame si tratta di indagare sull'investitura originaria del collegio arbitrale.

(*Omissis*). La previa pendenza del giudizio arbitrale che, a rigore, dovrebbe comportare la inammissibilità della domanda, non pregiudica la possibilità di delibare sulla validità della clausola compromissoria e ciò in ragione del fatto che, nel giudizio *de quo*, tale accertamento è reso necessario dall'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla convenuta.

(*Omissis*). In definitiva, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, stante la validità della clausola di arbitrato internazionale.

## **Il rapporto fra giudizio civile italiano ed arbitrato estero**

1. La pronuncia in commento offre lo spunto per esaminare le criticità del rapporto che sussiste tra giurisdizione ordinaria e arbitrato estero, con particolare riguardo ai casi in cui il procedimento arbitrale sia instaurato prima di quello ordinario.

Oggetto della pronuncia è una domanda di accertamento della nullità della clausola compromissoria, preceduta da una pregiudiziale — proposta dal convenuto — che eccepisce la carenza di giurisdizione del giudice italiano. Il giudizio si conclude con una pronuncia declinatoria della giurisdizione italiana previo accertamento, in via incidentale, della validità della clausola arbitrale.

Si tratta di un caso scuola in tema di ammissibilità dei procedimenti paralleli. Più in particolare, induce a verificare se il giudice di Agrigento avrebbe dovuto limitarsi ad una pronuncia declinatoria della giurisdizione italiana ovvero se sia giuridicamente comprensibile la scelta di disporre, seppur in via incidentale, anche sulla validità della clausola arbitrale.

Per procedere nell'indagine, occorre individuare le fonti legislative nazionali e sovranazionali, che dispongono in materia di procedimenti paralleli.

Il commento si propone quindi di analizzare, anche alla luce della più recente giurisprudenza, la normativa italiana in materia di arbitrato, comparandola poi con le fonti nazionali straniere e quelle sovranazionali. Si comprenderà se, e in quali termini, vi siano delle analogie. Da ultimo, l'indagine si concentrerà sulla normativa europea, segnatamente sulle disposizioni in materia di arbitrato contenute nei regolamenti europei Bruxelles I e Bruxelles I bis, nonché sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che si è sviluppata in materia. Nel dettaglio risulterà la portata innovativa della pronuncia in commento, posto che il giudice ha raggiunto una conclusione seguendo un percorso logico-argomentativo che non trova precedenti nella giurisprudenza italiana.

2. Il giudice agrigentino ha ritenuto preliminarmente l'inquadramento della questione relativa al riparto di attribuzione tra l'autorità giudiziaria ordinaria e gli arbitri, alla luce della giurisprudenza nazionale in materia. Così ha proceduto, correttamente, atteso che il giudizio ordinario è avviato quando già è pendente all'estero, a Madrid, il procedimento arbitrale, instaurato per effetto della clausola compromissoria contenuta nel contratto *inter partes*. Di qui, si impongono due questioni: preliminarmente occorre comprendere se possa, o meno, sussistere la giurisdizione italiana pur essendo pendente all'estero un procedimento arbitrale e, in caso di risposta positiva, bisogna valutare se sia corretto affrontare, in via incidentale, l'indagine sulla validità della clausola compromissoria come antecedente logico per statuire sulla giurisdizione.

Per procedere all'inquadramento il giudice di Agrigento, attraverso un *excursus* storico, ripercorre le pronunce della Corte di Legittimità, evidenziando le tesi, non sempre conformi, sviluppate per definire la relazione tra giurisdizione ordinaria e arbitrato, interno <sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> Per quanto concerne gli arbitrati interni, gli orientamenti formati nel tempo sono essenzialmente due, volti a privilegiare ora il carattere volontaristico ora l'aspetto funzionale del procedimento arbitrale. In un primo periodo, la Corte Suprema ha ritenuto che tra giudici ordinari e arbitri sorga una questione di competenza: quindi il procedimento arbitrale è considerato alla stregua di un surrogato della giurisdizione ordinaria, nel cui ambito confluisce il lodo a seguito del decreto di omologazione e del successivo, ed eventuale, giudizio di impugnazione in sede giudiziaria (Cass. Civ., sentenza dell'8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro Italiano*, n. 2308, I, 2000; Cass. Civ., sentenza del 21 ottobre 1994, n. 8656). Dal 2000 la Corte

ed estero<sup>(2)</sup>. Per quanto concerne il rapporto tra arbitrato estero e procedimenti ordinari, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che da esso derivi una questione di giurisdizione: sussistendo quella dei giudici si sarebbe dovuto declinare quella degli arbitri (e viceversa)<sup>(3)</sup>. Il rapporto tra arbitrato estero e giurisdizione ordinaria dovrebbe essere qualificato alla stregua di quello che sussiste tra giudici nazionali e stranieri, atteso che in entrambe le ipotesi sorgono problemi circa i limiti della giurisdizione italiana<sup>(4)</sup>. A conferma dell'assunto, si porrebbe l'equiparazione, operata dagli artt. 4 et 11 della L. 218/1995, tra deroga convenzionale alla giurisdizione italiana in favore di arbitrato estero e deroga in favore di giudice straniero<sup>(5)</sup>. Pertanto, l'eccezione di arbitrato estero rientra tra quelle di rito e, un'eventuale pronuncia del giudice sulla validità della clausola compromissoria non spiega effetti di giudicato sostanziale; inol-

---

Suprema ha aderito a una tesi diversa, a norma della quale l'arbitrato è assimilabile a un procedimento di natura privatistica, teso a risolvere la controversia sul piano meramente negoziale (*ex multis*, Cass. Civ. sentenza del 3 agosto 2000, n. 527; Cass. Civ., sentenza del 15 giugno 2001, n. 7858 poi riprese dalla pronuncia a Sezioni Unite, del 25 giugno 2002, n. 9289). A corollario di questo approccio la considerazione per cui gli arbitri non sono investiti — né così potrebbero ritenersi — di una funzione sostitutiva alla giurisdizione ordinaria e, pertanto, qualsiasi contrasto sorga circa l'attribuzione di una controversia al giudice ordinario o agli arbitri, darebbe luogo ad una questione di merito — non di competenza — circa la validità ed efficacia dell'accordo compromissorio. Infine, a seguito della novella legislativa del 2006 (D. Lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40, in *Gazz. Uff.* 15.02.2006) si assiste ad un *revirement*, alla luce del quale il rapporto tra arbitrato nazionale e giudizi ordinari rientra nell'alveo delle questioni di competenza, che possono essere fatte valere in giudizio, sollevando una questione di rito. Al riguardo, cfr. Cass. Civ. sez. un., sentenza del 25 ottobre 2013, n. 24153, nella cui parte motiva è sancito che “*in presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero, l'eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del g.o. da attribuirsi all'arbitrato rituale in conseguenza della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994 n. 5 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito, dando così luogo ad una questione di giurisdizione e rendendo ammissibile il regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c., precisandosi, peraltro, che il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza*”. A fondamento di questo approccio, la considerazione per cui le parti sarebbero libere — poiché diversamente non è prescritto nella nostra Carta fondamentale — di individuare l'Autorità titolare del diritto a dirimere la controversia tra loro insorta. Del resto, le previsioni della nostra Costituzione, segnatamente gli artt. 24 et 102, non implicano un monopolio della giurisdizione ordinaria nazionale, lasciando quindi in capo alle parti la facoltà di adire “giudici privati”. In buona sostanza, il fine degli articoli in parola dovrebbe essere quello di garantire il diritto di azione, quindi di difesa, e di regolare la funzione giurisdizionale, senza però escludere la possibilità del deferimento della controversia a giurisdizioni straniere o arbitrali. Per un'indagine sugli sviluppi della giurisprudenza e della dottrina sul rapporto tra giudizio ordinario e arbitrato si rinvia a BARBIERI, BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, pp. 54-73.

<sup>(2)</sup> Per un'analisi sui diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, si rinvia a MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Vol. III, XXII ed., Torino, 2012, pp. 407-414.

<sup>(3)</sup> Cass. civ., sentenza del 19 novembre 1979, n. 6017; Cassazione sez. un. sentenza del 17 maggio 1995, n. 5395.

<sup>(4)</sup> BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al Diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 278 ss..

<sup>(5)</sup> *Contra*, Cass. civ. sez. un. sentenza del 21 ottobre 2009, n. 22236.



tre, essendo tale pronuncia priva di efficacia pan-processuale, essa non è vincolante né per altri giudici né per gli arbitri.

Pacifico l'orientamento maggioritario della giurisprudenza sul rapporto tra giurisdizione ordinaria e arbitrati esteri, meno chiare parrebbero invece essere le soluzioni prospettate dal legislatore con riferimento alla "capacità", o meno, della pendenza di un procedimento arbitrale di precludere la proposizione di un procedimento ordinario che abbia ad oggetto la validità o l'efficacia di una clausola compromissoria.

Al riguardo, occorre procedere all'esame della normativa interna di riferimento; segnatamente, si tratta degli articoli 817 et 819-ter c.p.c., come novellati dal d.lgs. n. 40/2006 <sup>(6)</sup>. Entrambe le predette fonti regolano il rapporto tra giudici e arbitri ponendosi da due prospettive differenti, quella dell'arbitrato il primo, quella della giurisdizione ordinaria il secondo <sup>(7)</sup>.

L'art. 819-ter tratta, *inter alia*, gli effetti determinati dalla contemporanea o previa pendenza di uno dei procedimenti (arbitrale od ordinario) sulla competenza, rispettivamente, del giudice o dell'arbitro <sup>(8)</sup>. Il primo comma non esclude (quindi consente) che sia instaurato il procedimento arbitrale, pendente quello ordinario. Con riferimento all'ipotesi opposta, invece, il terzo comma dell'art. 819-ter c.p.c. sancisce che "*in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia delle convenzioni d'arbitrato*". Da questa previsione discendono due conseguenze. Da un lato, e *a contrario*, la domanda sulla validità di una clausola compromissoria può essere introdotta avanti il giudice nazionale, fintanto che non sia stato instaurato un procedimento arbitrale vertente sulla medesima que-

---

<sup>(6)</sup> Si ricorda che l'art. 3 lett. b) della Legge del 14 maggio 2005, n. 80 in Gazz. Uff. 14 maggio 2005, prevede che "Nell'attuazione della delega [introduzione di modificazioni al codice civile] di cui al comma 2, il Governo si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: b) disciplinare in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio".

<sup>(7)</sup> Come rilevato da autorevole dottrina "*la strada della piena equiparazione [tra giudici ordinari ed arbitri] è stata poi, secondo i giudici della stessa Corte, pienamente conclusa con la riforma del 2006, attraverso una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del Giudice statale*". SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile, Libro IV: Procedimenti speciali artt. 806-840*, Bologna, 2014, p. 696.

<sup>(8)</sup> Il rapporto tra giudici e arbitri è stato oggetto dello scrutinio anche dalla giurisprudenza costituzionale. Con sentenza n. 223 del 19 luglio 2013 la Consulta ha sancito che "*va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitro e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., atteso 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*".

stione <sup>(9)</sup>. Di contro, il giudice ordinario che venisse adito quando già è instaurato il procedimento arbitrale dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda di accertamento sulla validità della clausola compromissoria. La sospensione del giudizio ordinario per litispendenza con quello arbitrale non è, viceversa, soluzione contemplata. Dall'altro, inquadrando la previsione in una "dimensione europea", la preclusione in essa contenuta dovrebbe essere estesa anche all'arbitrato estero, così impedendo al giudice ordinario di statuire sulla validità di una clausola compromissoria pendente un procedimento arbitrale in un altro Stato membro <sup>(10)</sup>.

Come rilevato dal giudice di Agrigento, la portata della norma predetta sarebbe ridotta dalla previsione di cui al primo comma dell'art. 817 c.p.c. a norma del quale "*se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza*". Il secondo comma precisa poi che "*questa disposizione si applica, anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*".

Da una lettura piana delle previsioni, sembrerebbe corretto ritenere che il legislatore italiano abbia ammesso il modello delle "vie parallele" <sup>(11)</sup>. Più nello specifico, dal combinato disposto delle predette disposizioni dovrebbe derivare (e questa è l'interpretazione accolta anche dal giudice di Agrigento) che il legislatore italiano ha ammesso la possibilità di giudizi paralleli, a patto che quello avanti il giudice ordinario sia instaurato precedentemente all'arbitrato ovvero successivamente ma, in quest'ultimo caso, solo per far valere vizi originari della clausola arbitrale (tale può essere considerato quello relativo alla validità della clausola

---

<sup>(9)</sup> In senso conforme: Cass. Civ., sentenza del 4 agosto 2011, n. 17019, nella cui parte motiva si legge che "*una domanda intesa ad ottenere la dichiarazione dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione d'arbitrato può essere introdotta davanti all'autorità giudiziaria quando non sia stato instaurato un procedimento arbitrale sulla base di quell'accordo compromissorio*".

<sup>(10)</sup> Come sostenuto da parte della dottrina "*il codice di rito nulla dispone nel caso in cui il giudice italiano sia adito per esaminare una questione di validità della convenzione arbitrale per un arbitrato con sede in un altro Stato, se del caso membro dell'UE. Nella misura in cui l'art. 819 ter c.p.c. si coniuga con il principio del favor-arbitri di dimensione europea, la relativa disposizione potrebbe essere valorizzata in chiave transnazionale, estendendo la improponibilità della domanda almeno rispetto all'arbitrato che si svolge in un altro Stato membro*". SALERNO, *Il collegamento tra arbitrato e giustizia civile nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 4, 2013, pp. 1146 ss.. Cfr. anche BERTOLI, *Brussels I Recast and the Need for European Arbitration Law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 1, 2014, p. 103.

<sup>(11)</sup> BARBIERI, BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 67. Per Bove "*Condividibile o meno che sia, è chiaro che la scelta del legislatore è andata non nella direzione del modello francese, c.d. della compétence-compétence, che predilige la previa valutazione degli arbitri in ordine alla questione della valida esistenza della convenzione di arbitrato, quanto piuttosto in quella del modello tedesco, assumendo il sistema delle vie parallele, che non prevede sostanziali meccanismi preventivi di coordinamento tra giudice statale ed arbitro, avendosi quel coordinamento solo in via successiva, ossia in base alla decisione assunta in una via*". BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, in *Il giusto processo civile*, 2, 2006, pp. 56-81.

compromissoria) <sup>(12)</sup>. Diversamente, sui vizi sorti successivamente all'apertura del procedimento arbitrale, solo il collegio ha il potere di statuire, conformemente al principio *Kompetenz-Kompetenz* <sup>(13)</sup>.

Avendo i predetti indici normativi di riferimento ed essendo state poste due domande (la principale sull'invalidità della clausola arbitrale e la riconvenzionale volta a far declinare la giurisdizione italiana) il giudice di Agrigento ha ritenuto di dover rispondere ad entrambe, non limitandosi, quindi, ad una pronuncia di inammissibilità, come invece avrebbe voluto l'art. 819-ter ult. co. c.p.c.. Del resto, da un lato, è stata espressamente richiesta una pronuncia sulla giurisdizione e dall'altro, la validità della clausola compromissoria è questione originaria, e non successiva, all'instaurazione del procedimento arbitrale. A questo riguardo, se si accoglie la lettura combinata degli artt. 817 e 819-ter c.p.c., l'indagine sulla predetta clausola sarebbe ammissibile in sede ordinaria, anche se è pendente il procedimento arbitrale.

3. Le soluzioni accolte in altri ordinamenti giuridici coincidono solo in parte con quella italiana, atteso che adottano un orientamento che parrebbe essere maggiormente preclusivo rispetto ai procedimenti paralleli. Senza pretesa di esaustività, si osserva che negli ordinamenti belga, olandese e svizzero, ad esempio, è previsto che sia l'autorità giudiziaria nazionale sia gli arbitri possano statuire sulla validità della clausola compromissoria solo nelle ipotesi in cui quest'ultima sia invalida, non rilevando quale dei due procedimenti sia instaurato per primo <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> A favore, LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in questa *Rivista*, 2005, p. 773 ss. *Contra* Verde, per il quale la previsione di cui all'art. 819 ter significa che "pendente il processo arbitrale, qualora una delle parti adisca il giudice statale sia per far accertare l'invalidità o l'inefficacia della clausola arbitrale sia, a nostro avviso, per far decidere la controversia in base al presupposto che la convenzione di arbitrato sia invalida o inefficace, il giudice non deve dichiarare la litispendenza, ma deve pronunziare l'inammissibilità della domanda (con sentenza impugnabile con i rimedi ordinari)". VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006.

<sup>(13)</sup> Per parte della dottrina francese il progresso nell'inquadramento del rapporto tra arbitri e giudici ordinari si rinvia non solo nel principio *compétence-compétence* ma anche, e soprattutto, nel riconoscimento dell'effetto negativo che da esso si fa derivare. In altre parole, per effetto del principio su richiamato gli arbitri di cui sia contestato il potere di *jurisdicere* mantengono il diritto — al pari di ogni autorità giudiziaria nazionale — di pronunciarsi sulle relative eccezioni e così statuire sulla propria competenza. Da ciò deriverebbe (e questo è l'effetto negativo) la preclusione per i giudici nazionali aditi a dirimere una controversia che risulta, *prima facie*, oggetto di una convenzione arbitrale. Come rilevato "*en présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, le juge est invité à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou du juge de l'exequatur*". GAILLARD, *La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'arbitrage international*, in *Revue de l'arbitrage*, n. 4, 2007, p. 710.

<sup>(14)</sup> Si rinvia, rispettivamente a: art. 1682, 1 co., Code judiciaire belge "*le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare sans juridiction à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin. A peine d'irrecevabilité, l'exception doit être proposée avant toutes autres exceptions et*

La soluzione prospettata dal legislatore francese si pone, invece, come mediana rispetto a quella italiana e degli ordinamenti su richiamati, poiché riconosce all'autorità nazionale la facoltà di statuire sulla validità della clausola arbitrale solo in presenza di due presupposti: che il giudizio arbitrale non sia ancora instaurato e che la clausola compromissoria sia manifestamente nulla<sup>(15)</sup>. Il giudice francese può quindi procedere ad un'indagine *prima facie*, volta ad accertare solamente l'esistenza — se non altro sul piano formale — e l'invalidità (apparente) della convenzione arbitrale.

Tale impostazione è quella che parrebbe maggiormente avvicinarsi al tenore delle previsioni sovranazionali in materia; segnatamente, si fa riferimento all'art. 6.2 et 6.3 della Convenzione di Ginevra 1961, che dispone sul rapporto tra arbitri e giudici distinguendo due ipotesi. La prima sussiste quando il procedimento arbitrale è già stato instaurato: in questo caso, il giudice nazionale, adito successivamente per valutare la validità, o meno, della clausola arbitrale, deve astenersi dal disporre sulla propria giurisdizione e, quindi, nel merito. Nella seconda ipotesi, quando il procedimento arbitrale non è ancora iniziato, il giudice nazionale può invece pronunciarsi sull'esistenza e/o validità della clausola arbitrale.

Più cauta nel sancire l'obbligo di astensione del giudice parrebbe essere la disposizione di cui all'art. 2.III della Convenzione sul riconosci-

---

*moyens de défense*"; art. 1022, comma I del Dutch code of civil procedure "A court seized of a dispute in respect of which an arbitration agreement has been concluded shall declare that it has no jurisdiction if a party invokes the existence of the said agreement before submitting a defence, unless the agreement is invalid"; art. 7 Loi de Droit international privée suisse "Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinerà sa compétence à moins que: a. le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve; b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que c. le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage".

<sup>(15)</sup> Art. 1148 Code de procédure civil français "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable". Sul rapporto tra giudizio ordinario e arbitrato, la Cour de Cassation française ha sancito che "le principe compétence-compétence a ainsi deux effets, l'un positif — c'est à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence si elle est contestée —, l'autre négatif — il est interdit aux juges étatiques de connaître des contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral tant que les arbitres ne se sont pas prononcés eux-mêmes, sous le contrôle a posteriori du juge de l'annulation. Mais le principe compétence-compétence est assorti d'une exception: la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, mentionnée à l'article 1458 du code de procédure civile. Dans un arrêt du 6 octobre 2001 (1<sup>re</sup> Civ., 6 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 254), la Première chambre civile en a étendu la portée, en décidant, au visa de ce principe, que le juge étatique saisi d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétent, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage". COUR DE CASSATION sentenza del 25 novembre 2008, n. 07-21-888. Come rilevato "in France, courts apply a *prima facie* standard of review of the arbitration agreement. National courts are thus precluded from performing an in-depth analysis of the arbitration agreement and must refer the parties to arbitration, unless the arbitration agreement is manifestly null and void". UNCITRAL, *Settlement of commercial disputes, UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, (New York, 1958), doc. A/CN.9/814/add.2, 13 gennaio 2014, par. 86.

mento e l'esecuzione dei lodi stranieri, stipulata a New York nel 1958<sup>(16)</sup>. Alla luce della predetta fonte non rileva la circostanza che il procedimento arbitrale sia stato, o meno, avviato<sup>(17)</sup>. Pur non avendo il fine di garantire l'efficacia negativa della clausola compromissoria (quindi evitando di incidere sulla porzione di giurisdizione dei singoli ordinamenti nazionali), la norma convenzionale non di meno ne regola gli effetti, sancendo che i giudici ordinari debbono rinviare la controversia agli arbitri — a meno che questi non rilevino che *la clausola arbitrale sia caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione*<sup>(18)</sup>. Al riguardo, parrebbe ravvisabile un'analogia tra la norma predetta e il *considerando* 12 del Reg. Bruxelles I bis: quest'ultimo sancisce, infatti, che i giudici nazionali dispongano sulla validità della clausola arbitrale se, e nei termini in cui, è previsto dal proprio diritto interno<sup>(19)</sup>. Così come l'art. 2.III della Convenzione di New York, anche il *considerando* predetto non incide sulla porzione di giurisdizione dei giudici nazionali, ma dispone che gli effetti di una clausola arbitrale sono da valutarsi conformemente alla *lex fori*.

Alla luce delle previsioni su richiamate, può essere tratta una consi-

---

<sup>(16)</sup> NAZIONI UNITE, Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri 1958, art. 2.III “*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”.

<sup>(17)</sup> In occasione della 74ª sessione dell'UNCITRAL è stato rilevato che l'art. 2.III della Convenzione di New York, 1958 contiene “*a mandatory requirement on national courts to refer the parties to arbitration, when presented with a valid arbitration agreement. It follows that national courts are prohibited from hearing the merits of such disputes. In accordance with the principle of compétence-compétence, which empowers arbitrators to rule on their own jurisdiction, a challenge to the existence or validity of an arbitration agreement will not prevent an arbitral tribunal from proceeding with the arbitration*”. UNCITRAL, *Settlement of commercial disputes, UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*, doc. A/CN.9/814/add.1, 13 gennaio 2014, p. 5.

<sup>(18)</sup> Per una puntuale definizione dei termini della norma si rinvia a UNCITRAL, doc. A/CN.9/814/add.2, cit., par. 100-117. A livello nazionale, i giudici della Consulta hanno chiarito con pronuncia n. 24153/2013 che l'inquadramento del rapporto tra giudici e arbitri non si pone in contrasto con l'art. 2.III della Convenzione di New York. La contraddizione potrebbe essere ravvisabile nel fatto che, alla luce della fonte sovranazionale, l'esame sulla validità/efficacia della clausola compromissoria potrebbe essere compiuto da un giudice, che poi si dichiara privo di giurisdizione. In verità, tale contraddizione parrebbe essere solo formale atteso che, come rilevato dalla Suprema Corte “*è vero che per pronunziarsi sulla validità, efficacia ed operatività della clausola compromissoria il giudice adito ricorre spesso a regole appartenenti al diritto sostanziale, ma è altrettanto vero che ciò accade egualmente allorché debba giudicare sulla sua potestà giurisdizionale a fronte di una deroga convenzionale a favore di giudici stranieri (L. n. 218 del 1995, ex art. 4, comma 2), senza che si formi di norma alcun giudicato ex art. 2909 c.c. sulla mera questione pregiudiziale di merito (validità dell'accordo) che si pone come premessa per la soluzione di una questione pregiudiziale di rito, facente da filtro per l'accesso all'unico vero accertamento di merito (insomma rispetto alla Hauptsache), destinato solo esso a fare stato come giudicato materiale (sul principio secondo cui sussiste la competenza del giudice nazionale a decidere circa l'esistenza stessa degli elementi costitutivi del contratto, v. Cass. 14/12/1992, n. 13196, nonché Corte Giustizia CE decisione 4 marzo 1982, n. pos. 104365 nella causa n. 38 del 1981)*”.

<sup>(19)</sup> Cfr. *infra* par. 4.

derazione più generale sui diversi orientamenti che regolano il rapporto tra il procedimento ordinario e l'arbitro estero <sup>(20)</sup>.

I sistemi che ammettono i procedimenti paralleli, come quello italiano, cercano un compromesso tra i due principi giuridici che vengono in rilievo quando si vuole trovare una soluzione al rapporto tra il procedimento ordinario e quello arbitrale. Invero, ammettere procedimenti paralleli, da un lato garantisce il principio di legalità, che non vuole sia precluso al giudice nazionale il potere di indagare sulla propria competenza. Ciò, al costo di limitare la certezza giuridica che, associata all'esigenza di efficacia dei giudicati, vorrebbe che si lasciasse ai soli arbitri il compito di statuire sulla propria competenza, ovviando così al rischio di decisioni — arbitrali e del giudice nazionale — contrastanti.

Proprio per evitare il confronto tra i predetti principi, alcuni sistemi nazionali e le norme sovranazionali sono più cauti nel legittimare i procedimenti paralleli (arrivando anche ad escluderli del tutto); autorizzano, quindi, il giudice a valutare l'efficacia e/o validità della clausola compromissoria, solo se quest'ultima è *manifestamente nulla*, a patto — in alcuni casi — che il giudizio arbitrale non sia stato ancora instaurato. Tali sistemi vogliono quindi salvaguardare la certezza giuridica, volta a garantire l'uniformità delle soluzioni. In altre parole, escludono che arbitri e giudici possano, statuendo ciascuno sulla propria competenza e — in caso la riconoscano — nel merito, arrivare a soluzioni tra loro opposte con il rischio di giudicati contrastanti che farebbero sorgere non pochi problemi in fase di riconoscimento ed esecuzione. Soluzioni come quelle ora in esame hanno anche il pregio di impedire tattiche processuali scorrette, avviate al solo fine di dilungare i tempi del procedimento arbitrale — nell'attesa della decisione del giudice ordinario <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Per meglio comprendere l'orientamento, difforme, che sussiste tra gli ordinamenti giuridici nazionali, riprendiamo la distinzione operata dalla Commissione di diritto del commercio internazionale, in occasione dell'analisi dell'art. 2 della Convenzione di New York “*two trends are discernable in the case law. Some court performs a full review of the agreement to arbitrate to assess whether it is null and void, inoperative or incapable of being performed, while others confine themselves to a limited or prima facie inquiry, which itself can take on various forms or distinctions*”. UNCITRAL, *Settlement of commercial disputes, UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958*, doc. A/CN.9/814/add.2, 13 gennaio 2014 par. 80. Per la dottrina si rinvia a, *ex multis*, ROSAZ, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye*, vol. 290, L'Aja, 2002, pp. 78-98.

<sup>(21)</sup> Anche il legislatore europeo, in occasione dei lavori di revisione del Reg. 44/2001 ha dichiarato che si sarebbero dovuti evitare i procedimenti paralleli atteso che, tra l'altro, “*contestando la convenzione arbitrale dinanzi a un giudice, una parte può davvero comprometterne gli effetti e instaurare un procedimento giudiziario parallelo, inefficiente, che può portare a soluzioni incompatibili con la controversia. Ne conseguono costi e ritardi aggiuntivi e una minore prevedibilità della risoluzione della controversia*”. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, COM(2010), 748, p. 4. Cfr. *infra* par. 4.

Tutto ciò premesso, la soluzione adottata nella pronuncia in commento non persuade. Il giudice, invero, si limita ad esaminare la validità della clausola compromissoria in via incidentale al solo fine di rispondere alla pregiudiziale di rito, concernente la sussistenza della giurisdizione italiana <sup>(22)</sup>. Tuttavia, per effetto del combinato disposto degli artt. 817 et 819-ter c.p.c., al giudice di Agrigento non sarebbe stata preclusa un'indagine, in via principale, sulla validità della clausola compromissoria. In altre parole, ammesso che sia stata giuridicamente corretta la scelta di non dichiarare inammissibile *tout court* il procedimento (conformemente a quanto disposto in art. 819-ter c.p.c.), sorprende che il giudice abbia comunque deciso di trattare la validità della clausola compromissoria quale questione in via incidentale e non principale.

Tale scelta potrebbe comprendersi solo ipotizzando che il giudice adito ha voluto dichiarare indirettamente inammissibili i procedimenti paralleli, disincentivando tattiche fraudolente, tese ad adire l'autorità nazionale, solo per ostacolare il procedimento arbitrale già instaurato.

4. La pronuncia in commento merita di essere esaminata anche alla luce delle norme europee che inquadrano il rapporto tra giudici e arbitri <sup>(23)</sup>: segnatamente, si fa riferimento al Reg. n. 44/2001 (“Bruxelles I”) sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e il Reg. n. 1215/2012 (“Bruxelles I bis”), di rifusione del precedente <sup>(24)</sup>. Di quest'ultimo si tiene conto, per valutare se il rapporto tra giudici e arbitri sia regolato in modo differente nei due testi posto che, *ratione temporis*, Bruxelles I bis non avrebbe potuto trovare applicazione.

L'art. 1.2 lett. (d) del Reg. Bruxelles I esclude l'arbitrato dal campo di applicazione del Regolamento medesimo. La definizione esatta dei confini di questa esclusione si deve però alla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (“Corte di Giustizia”) che, più volte interrogata sul punto, ha definito — anche se in modo non sempre coerente — i criteri per valutare se un dato procedimento, parallelo o di sostegno a un giudizio arbitrale, rientri, o meno, tra quelli esclusi dall'ambito di applicazione del

---

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

<sup>(23)</sup> Per una completa analisi sull'arbitrato in seno all'Unione Europea si rinvia allo studio predisposto dal PARLAMENTO EUROPEO, Policy Department citizens' rights and constitutional affairs, *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*, 2014, pp. 8-214.

<sup>(24)</sup> CONSIGLIO, Reg. (CE), n. 44/2001, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, 1 marzo 2002, in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, L. 12/1; CONSIGLIO, Reg. (UE), n.1215/2012, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Gazz. Uff. Un. Eur.* L. 351/1. Per la dottrina, si rinvia a SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere ne Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, quarta Edizione, Padova, 2014.

Reg. Bruxelles I (25). In generale, la tendenza parrebbe essere stata quella di interpretare in termini sempre più restrittivi la portata dell'esclusione in parola; dalle pronunce *March Rich* (1991) (26) e *Van Uden* (1998) (27), fino

---

(25) Occorre precisare che le sentenze della Corte di Giustizia che hanno ad oggetto l'estensione dell'esclusione dell'arbitrato risalgono a un periodo storico in cui il Reg. 44/2001 non era ancora in vigore, essendo la materia oggetto della Convenzione di Bruxelles, 1968. Ciò, tuttavia, non comporta un problema, atteso che l'interpretazione data all'art. 1.4 della Convenzione predetta (che appunto esclude l'arbitrato dal proprio ambito di applicazione) vale anche per l'art. 1.2 lett. d) del Regolamento 44/2001, avendo entrambe le previsioni il medesimo tenore letterale. Per la giurisprudenza si rinvia a CGE, sentenza del 17 ottobre 2013, in causa C-519/12, *OTP Bank c. Hochtief Solution AG*, non ancora pubblicata in raccolta, par. 21; CGE, sentenza del 13 marzo 2014, in causa C-548/12, *Marc Brogssitter c. Fabrication de Montres Normandes EURL*, non ancora pubblicata in raccolta, par. 19. Per la dottrina sul punto, si rinvia a TROSHCHENOVYCH, HUEBERT, HAMAMA, *Brussels I Regulation and Arbitration - Trading Torpedoes for trust?*, in *Judicial Cooperation in Civil Matters*, 2011; LIAKOPOULOS, *Forme ed evoluzione dell'arbitrato in diritto comunitario ed internazionale*, Torino, 2009, pp. 1-69; SCHLOSSER, *The 1968 Brussels Convention and Arbitration*, in *Rivista del diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 1989, pp. 545-562.

(26) CGE, sentenza del 25 luglio 1991, in causa C-190/89, *March Rich and CO. AG c. Società Italiana Impianti*, in *Racc.* I-3894, spec. parr. 21-26-29. Nel caso *March Rich*, la Corte ha dato all'esclusione dell'arbitrato un'interpretazione molto ampia, distinguendo tra i procedimenti paralleli e i procedimenti che hanno a oggetto misure di sostegno all'arbitrato (tra cui figurano, ad esempio, i procedimenti di designazione e ricusazione degli arbitri): questi ultimi sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles, 1968. La Corte giunge a questa conclusione, osservando che l'intenzione di non inserire l'arbitrato nella Convenzione (oggi Regolamento) sottende la *ratio* di lasciare il complesso della materia alla disciplina predisposta dalle Convenzioni internazionali — quale quella di New York, 1958. Di qui la conseguenza di precludere l'applicazione dell'allora Convenzione di Bruxelles ad ogni procedimento nazionale che risulti collegato all'arbitrato. La Corte ha altresì specificato che la preclusione permane anche nelle ipotesi in cui per statuire sulla questione principale (designazione degli arbitri) sia necessario risolvere la questione preliminare, relativa alla validità della clausola arbitrale. Per comprendere se quest'ultima rientri tra le questioni escluse dall'ambito di applicazione dell'allora Convenzione, occorre invero avere riguardo alla questione principale: se essa è esclusa (perché, ad esempio, concerne una misura di sostegno all'arbitrato), deve esserlo anche quella preliminare. La situazione paradossale cui porta la pronuncia è quella di escludere dall'ambito di applicazione della fonte convenzionale (poi europea) procedimenti ordinari che sono stati instaurati, presente una clausola compromissoria non valida o non esistente e, viceversa, di applicarla in ipotesi in cui la clausola predetta sia valida. Per un commento alla sentenza si rinvia a GAJA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi, dopo la sentenza della Corte di Giustizia nella causa March Rich c. Italimpianti*, in questa *Rivista*, 1995, pp. 417 ss..

(27) CGE, sentenza del 10 novembre 1998, in causa C-391/95, *Van Uden Maritie BV c. Kommanditgesellschaft*, in *Racc.* I-7122. Nel caso *Van Uden*, che verte sulla possibilità per il giudice nazionale di emettere misure cautelari pendente un procedimento arbitrale, la Corte, restringendo il campo di applicazione dell'esclusione dell'arbitrato, sancisce che i procedimenti ordinari instaurati per ottenere misure cautelari non sarebbero volti ad attuare un procedimento arbitrale (dunque non sono misure di sostegno) ma ne garantirebbero l'efficacia (cfr. par. 33). L'oggetto di tali procedimenti non è l'arbitrato in quanto tale, bensì la salvaguardia di diritti di diversa natura attraverso l'emanazione della misura cautelare; proprio alla luce di tali diritti può essere fatto rinvio, o meno, alle previsioni della Convenzione. Al par. 34 della citata sentenza è prescritto che “*se l'oggetto di una domanda di provvedimenti provvisori verte, come nella causa principale, su una questione che rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione [di Bruxelles, 1968], quest'ultima si applica e il suo art. 24 può giustificare la competenza del giudice del Procedimento sommario, anche se un giudizio di merito è già stato promosso o può essere avviato e anche se questo Giudizio dovesse svolgersi dinanzi ad arbitri*”.



alle pronunce *Turner* (2004) <sup>(28)</sup> e *West Tankers* (2009), la Corte di Giustizia ha, invero, incluso un numero sempre minore di procedimenti nell'esclusione di cui — a seconda del momento storico della pronuncia — alla Convenzione di Bruxelles, 1968 ovvero al Regolamento Bruxelles I <sup>(29)</sup> alla Convenzione ovvero alla Regolamento Bruxelles I.

Per quanto riguarda l'ultimo caso citato, nella pronuncia *West Tankers* la Corte, contraddicendo le conclusioni raggiunte nella decisione *March Rich*, ha ritenuto che il Regolamento Bruxelles I possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice nazionale debba risolvere in via preliminare la questione sulla validità della clausola compromissoria, purché l'oggetto della controversia rientri tra le materie di cui al Regolamento predetto <sup>(30)</sup>. Ciò, sul presupposto per cui l'esclusione di cui all'art. 1.2 lett. (d) si applica solo in ragione della natura dell'oggetto della controversia; pertanto, una questione preliminare che abbia ad oggetto la validità della clausola arbitrale è compresa nel Reg. 44/2001 se la questione principale rientra tra quelle del predetto Regolamento <sup>(31)</sup>. In linea, poi, con le conclusioni proposte dall'Avv. Generale Kokott, la Corte ha affermato che le *anti-suit injunctions* — disposte al fine di precludere la proposizione di una domanda a un giudice nazionale di un altro Stato membro, pendente un procedimento arbitrale — sono incompatibili con il

---

<sup>(28)</sup> CGE, sentenza del 27 aprile 2004, in causa C-159/02, *Turner c. Grovit*, in *Racc.* I-3578. In tale pronuncia la Corte ha dichiarato che le pronunce di un giudice nazionale volte a inibire la prosecuzione di un procedimento parallelo in un altro Stato membro contraddicono la *ratio* del Regolamento n. 44/2001 e, come tali, non possono essere emanate. Il divieto permane, peraltro, anche nelle ipotesi in cui la parte abbia agito in mala fede al solo fine, quindi, di ostacolare il regolare proseguimento del giudizio primariamente instaurato. In questa decisione, dunque, la Corte ha ritenuto di dover tutelare il rapporto di reciproca fiducia che dovrebbe sussistere tra gli ordinamenti degli Stati membri, assumendosi con ciò il rischio che si arrivi a giudicati tra loro contrastanti. Cfr. anche CGE, sentenza del 9 dicembre 2003, in causa C-116/02, *Eric Gasser GmbH c. MISAT srl.*, in *Racc.* I-14693 al cui par. 72 è precisato che “*la Convenzione di Bruxelles si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie. Questa fiducia reciproca ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza, che tutti i giudici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione sono tenuti a rispettare, e la correlativa rinuncia da parte di questi stessi Stati alle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione delle sentenze straniere a favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni giudiziarie*”. Il principio della reciproca fiducia è stato poi ribadito nel Reg. Bruxelles I al cui *considerando* 16 è sancito che “*la reciproca fiducia nella giustizia in seno alla Comunità implica che le decisioni emesse in un altro Stato membro siano riconosciute di pieno diritto, ossia senza che sia necessario esperire alcun procedimento, salvo che vi siano contestazioni*”. Per la dottrina sul punto si rinvia a, *ex multis*, DE CESARI, *La procedura semplificata di exequatur nei regolamenti Bruxelles I, Bruxelles I-bis, e n. 1346/2000 e la sua applicazione pratica*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un “ordine comunitario” del processo civile*, Napoli 2008, spec p. 21.

<sup>(29)</sup> Cfr. *supra*, nota 25.

<sup>(30)</sup> CGE, sentenza del 10 febbraio 2009, in causa C-185/07, *Allianz c. West Tankers*, in *Racc.* I-100663.

<sup>(31)</sup> *Ibid.*, par. 26.

Reg. 44/2001<sup>(32)</sup>. Tali misure, impedendo al giudice di uno Stato membro di statuire sulla propria competenza vanificherebbero, infatti, il perseguimento della reciproca fiducia tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione<sup>(33)</sup>.

In definitiva l'esclusione dell'arbitrato dalla Convenzione di Bruxelles, 1968 e dal Reg. 44/2001, così come interpretata dalla Corte di Giustizia europea, parrebbe aver legittimato l'instaurazione di procedimenti paralleli<sup>(34)</sup>. Vigenti le predette fonti, la validità di una clausola compromissoria ha potuto essere oggetto dello scrutinio sia dei giudici nazionali (come questione preliminare) sia degli arbitri, con il rischio, ovviamente,

---

<sup>(32)</sup> LIKOPOULOS, *Forme ed evoluzione dell'arbitrato in diritto comunitario ed internazionale*, Torino, 2009, pp. 56-65. Dichiarare l'inammissibilità delle *anti-suit injunctions* significa ammettere che ciascun giudice — indipendentemente dall'ordinamento di appartenenza — può emettere una decisione, anche solo di rito, declinatoria della propria giurisdizione. Per Benedetti la decisione della Corte di Giustizia nel caso *West Tankers* comporterebbe “una rivoluzione tanto inutile quanto pericolosa [...] Inutile in quanto i rapporti tra gli ordinamenti degli Stati membri in materia di arbitrato commerciale internazionale sarebbero già esaurientemente regolati dalla Convenzione di New York ed i casi di procedimenti paralleli e di contrasto di giudicati sarebbero assai rari; pericolosa poiché la sovranità degli Stati membri verrebbe indebitamente limitata a favore di istituzioni, quali quelle europee, prive dell'expertise (e della legittimazione) necessaria per intervenire in questa materia; in quanto gli Stati membri si troverebbero costretti a violare obblighi assunti sul piano internazionale; in quanto gli Stati terzi resterebbero liberi di adottare regimi più arbitration friendly e potrebbero quindi più agevolmente prevalere nella concorrenza in atto sul mercato degli arbitri attraendo le procedure arbitrali nel proprio foro”. BENEDETTI, “Pensiero debole” nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato”, in *Rivista del commercio internazionale*, vol. 26.2, 2012, p. 311.

<sup>(33)</sup> Nel merito, l'Avv. Generale Kokott ha sostenuto che “nell'ambito di applicazione del regolamento, vanno impedito nella misura del possibile decisioni inconciliabili adottate in due Stati membri diversi. In caso di conflitti di competenza tra i giudici ordinari di due Stati membri, gli artt. 27 e 28 del regolamento n. 44/2001 prevedono, come sottolineato dal governo francese, una forma di coordinamento. Poiché però l'arbitrato non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento, mancano a tutt'oggi forme di armonizzazione tra le competenze degli arbitri e quelle dei giudici ordinari. [72] Un'inibitoria emanata unilateralmente non può tuttavia rappresentare un rimedio adeguato per tale situazione. In particolare, se altri Stati membri seguissero il modello inglese emanando anch'essi inibitorie processuali, si arriverebbe all'ingiunzione di divieti reciproci. Alla fine si imporrebbe la giurisdizione in grado di infliggere le sanzioni più elevate per inosservanza dell'inibitoria”. In CGE, *West Tankers*, cit., conclusioni dell'Avv. Generale J. Kokott, par. 71-72. In parallelo, al par. 30 della sentenza la Corte sancisce che le “*anti-suit injunctions* vanno in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e sulla quale è fondato il sistema di competenze del regolamento n. 44/2001”. Così statuendo la Corte ha, di fatto, ristretto la portata dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento 44/2001, disattendendo il proprio orientamento precedente. Sul punto, si rinvia a, *ex multis*, BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction and Judgements*, V ed., Londra, 2009, par. 2.40; CARDUCCI, *Arbitration, Anti-suit Injunctions and Lis-Pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention*, in *Arbitration International*, vol. 27, n. 2, 2011; NOUSSIA, *Anti-suit injunctions and Arbitration Proceedings: what does the future Hold?*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 26.3, 2009, pp. 311-336.

<sup>(34)</sup> ILLMER, *Brussels I and Arbitration Revisited - The European Commission's Proposal COM(2010) 748 final*, in *Rebels Journal of Comparative and International Law Private Law*, n. 3, 2011, p. 645-670, spec. 656.

di giudicati contrastanti<sup>(35)</sup>. Rischio, peraltro, aggravato dalla circostanza per cui la decisione del giudice ordinario non sarebbe stata oggetto del procedimento semplificato di riconoscimento ed esecuzione di cui alla fonte europea<sup>(36)</sup>.

La revisione del Reg. 44/2001 avrebbe potuto rappresentare l'occasione per predisporre un nuovo testo, idoneo a colmare le lacune del precedente e rivedere alcune delle questioni più problematiche (quale l'esclusione dell'arbitrato)<sup>(37)</sup>.

Il contenuto dell'art. 1.2 lett. (d) è, invero, stato oggetto di numerose proposte di riformulazione avanzate dalla Commissione — attraverso la predisposizione di un Libro verde e della Proposta di riformulazione del Regolamento Bruxelles I<sup>(38)</sup> — e dalla dottrina<sup>(39)</sup> (tutte poi respinte dal legislatore europeo). L'indirizzo comune, seppur declinato in modo diffe-

---

<sup>(35)</sup> Come rilevato “il rischio di valutazioni diverse di una medesima fattispecie e di conseguenti conflitti di giudicati tra lodi e sentenze statali è del resto presente ai legislatori nazionali che talvolta adottano meccanismi processuali volti a prevenirli o limitarli”. MALATESTA, *Il nuovo Regolamento Bruxelles I bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'arbitration exclusion*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2014, pp. 5-22, spec. 9. Sul punto, si rinvia anche a GAILLARD, *Les manouvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1990, pp. 761-781.

<sup>(36)</sup> Come rilevato da parte della dottrina “the system is not able to provide coordination between the jurisdiction of the Member States for measures ancillary to arbitration, to prevent parallel proceedings relating to the arbitration agreements or to the substance of a dispute referred to the arbitration, nor to deal efficiently with conflicting decisions rendered in parallel court and arbitral proceedings at the enforcement stage. The problem is particularly striking. A Member State's court seized of an action relating to the validity of an arbitration agreement is not required to decline jurisdiction by any EU rule, not even if an arbitration proceeding was commenced abroad prior to the judicial proceeding and the issue was raised before the arbitrators”. In BERTOLI, cit., p. 89.

<sup>(37)</sup> Per un'analisi completa sul Regolamento Bruxelles I bis si rinvia, *ex multis*, a DICKINSON, LEI (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015; POCAR, VIARENGO, VILLATA (a cura di) *Recasting Brussels I*, Padova, 2012; LEFÈVRE, VAN DER HAEGEN, *Arbitration and Brussels I Regulation: before and after West Tankers*, in *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, FLAMÉE, LAMBRECHT (a cura di), Bruylant, 2012, pp. 285-302; BERTOLI, cit., 2014; RASIA, *Il nuovo Regolamento Ue n. 1215 del 2012 e l'arbitrato: a storm in a teacup*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 193-212; MALATESTA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'arbitration exclusion*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 5-22; SALERNO, cit., 2013; DE SANTIS, *Il nuovo Regolamento Bruxelles I bis e l'arbitrato: alcune riflessioni*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2013, pp. 383-404; CARDUCCI, *The New EU Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on Jurisdiction and International Arbitration With Notes on Parallel Arbitration, Court Proceedings and the EU Commissions Proposal*, in *Arbitration International*, 2013, pp. 467-491; CAMILLERI, *Recital 12 of the Recast Regulation: a new hope?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 899-916; BOLLÉE, cit., 2013, pp. 979-987.

<sup>(38)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper on the review of Council Regulation (EC) no. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, COM2009(175)def., 21 aprile 2004; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta per il Parlamento Europeo e il Consiglio per il Regolamento sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, (recast), COM(2010), 748, def., 14 febbraio 2010.

<sup>(39)</sup> HESS, PFEIFFER e SCHLOSSER (eds.), *Heidelberg Report on the Application of Bruxelles I in the Member States*, Study JLS/C4/2005/03, versione finale, settembre 2007. Per un'attenta indagine sul punto si rinvia a: BERTOLI, cit.; SALERNO, cit.; SILVESTRI, *Recasting Brussels I: il nuovo*

rente, avrebbe voluto lo stralcio dell'esclusione dell'arbitrato dal Regolamento, con contestuale introduzione, a livello uniforme europeo, di previsioni normative idonee a regolare il rapporto tra giudici ordinari e arbitri. Al predetto approccio si sono opposti i governi degli Stati membri, gli addetti al sistema e le Istituzioni arbitrali che si sono schierati a favore del mantenimento dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione del Regolamento, contestualmente rigettando tutte le proposte più innovative avanzate dalla Commissione<sup>(40)</sup> e dall'accademia<sup>(41)</sup>. Alla base della rigida opposizione, ancora una volta, la considerazione per la quale la materia dell'arbitrato troverebbe già sufficiente regolamentazione sul piano internazionale, rendendo superflua la predisposizione di un regime normativo uniforme regionale<sup>(42)</sup>. Il legislatore europeo si è mostrato molto cauto sul punto limitandosi a introdurre il nuovo *considerando* 12, in cui è stato definito (in termini non chiari e quindi suscettibili di qualche incertezza interpretativa) il rapporto tra procedimenti ordinari e arbitrali, l'inapplicabilità del meccanismo semplificato per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in giudizi ordinari sulla validità della clausola arbitrale (salvo le medesime non abbiano statuito anche nel merito), nonché la prevalenza della Convenzione di New York 1958, nei procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali<sup>(43)</sup>.

---

regolamento n. 1215/2012, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2013, pp. 677-698.

<sup>(40)</sup> Cfr. *supra*, nota 38.

<sup>(41)</sup> Cfr. *supra*, nota 39.

<sup>(42)</sup> Per Benedettelli l'opposizione all'introduzione dell'arbitrato tra le materie del Regolamento Bruxelles I bis parrebbe esprimere "un rifiuto aprioristico di qualsivoglia intrusione del diritto dell'Unione Europea nella disciplina dell'arbitrato. E tale rifiuto è il riflesso di una mancata comprensione del modo peculiare in cui il rapporto tra giustizia privata ed ordinamento statale si pone nell'ambito di un sistema politico integrato quale è quello comunitario". BENEDETTELLI, "Pensiero debole" nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato", in cit., p. 307.

<sup>(43)</sup> Reg. 1215/2012, *considerando* 12 "Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi all'arbitrato. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe impedire alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di un'azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all'arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l'eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale. La decisione dell'autorità giurisdizionale di uno Stato membro relativa alla nullità, inoperatività o inapplicabilità di una convenzione arbitrale non dovrebbe essere soggetta alle disposizioni del presente regolamento in materia di riconoscimento ed esecuzione, indipendentemente dal fatto che l'autorità giurisdizionale abbia adottato tale decisione in via principale o in via incidentale. Dall'altro lato, la decisione adottata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che eserciti la competenza giurisdizionale in base al presente regolamento o in base al diritto nazionale, che dichiara nulla, inoperante o inapplicabile una convenzione arbitrale non dovrebbe impedire il riconoscimento e, se del caso, l'esecuzione, conformemente al presente regolamento, della decisione dell'autorità giurisdizionale nel merito della controversia. Ciò non dovrebbe pregiudicare la competenza delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a decidere sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali conformemente alla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, conclusa a New York il 10 giugno

La scelta di regolare la materia con un *considerando*, per sua natura non vincolante, non convince, poiché si ritiene sarebbe stato maggiormente opportuno arrivare ad una definizione puntuale della materia attraverso la predisposizione di articoli nel testo normativo <sup>(44)</sup>.

Per la parte che qui interessa, il *considerando* 12 prevede che “*nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe impedire alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di un’azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all’arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l’eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale*” <sup>(45)</sup>.

Diversamente da quanto accadeva sotto il regime del Reg. 44/2001, che semplicemente escludeva l’arbitrato dal proprio ambito di applicazione, il nuovo testo di rifusione si occupa di vari aspetti del rapporto giudici e arbitri, lasciando però la soluzione delle diverse questioni alle normative nazionali dei singoli Stati membri <sup>(46)</sup>. La medesima conclusione vale anche per la legittimità, o meno, dei procedimenti paralleli <sup>(47)</sup>.

---

1958 (la “*Convenzione di New York del 1958*”), che prevale sul presente regolamento. Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori riguardanti, in particolare, la costituzione di un collegio arbitrale, i poteri degli arbitri, lo svolgimento di una procedura arbitrale o qualsiasi altro aspetto di tale procedura, né alle cause o alle decisioni riguardanti l’annullamento, il riesame, l’impugnazione, il riconoscimento o l’esecuzione di un lodo arbitrale”.

<sup>(44)</sup> Per parte della dottrina, tuttavia, la scelta di includere in un *considerando* punti importanti di una disciplina si porrebbe in linea con la prassi più recente in seno all’Unione ove si osserva che, sempre più spesso, nei *considerando* dei Regolamenti di diritto internazionale privato sono inserite frasi dal contenuto precettivo ed obbligatorio, come tali idonee a integrare la disciplina di riferimento della fonte legislativa. MALATESTA, cit., p. 13.

<sup>(45)</sup> L’Avv. Generale M. Wathelet ritiene che “*la rifusione abbia ripristinato l’interpretazione dell’esclusione dell’arbitrato dall’ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles I bis, fornita dalla sentenza March Rich*”, in CGE, conclusioni dell’Avv. Generale M. Wathelet presentate il 4 dicembre 2014, per la causa C-536/13, Gazprom, non ancora pubblicato in Raccolta, par. 40.

<sup>(46)</sup> Come attentamente rilevato da Bollée “*il appartient au juge devant lequel est invoquée la convention d’arbitrage d’en tirer les conséquences conformément à son droit national, ce qui est bien le signe [...] la matière du déclinatoire de juridiction tirée d’une clause d’arbitrage est une question séparée qui relève du droit national (en ce compris la Convention de New York) et non du Règlement*”, BOLLÉE, *L’arbitrage et le nouveau Règlement Bruxelles I*, in *Revue de l’arbitrage*, n. 4, 2013, pp. 979-987, spec. 983.

<sup>(47)</sup> Per l’Avv. Generale Wathelet il Regolamento Bruxelles I bis, introducendo il *considerando* 12, avrebbe ripreso la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, escludendo così dal proprio ambito di applicazione l’arbitrato, in quanto materia nel suo complesso. Attraverso l’analisi dei paragrafi del *considerando*, l’Avv. Generale arriva alla conclusione per cui tutte le previsioni nel medesimo contenute sarebbero volute ad impedire l’applicazione del Regolamento ai procedimenti che, instaurati avanti giudici nazionali, direttamente o indirettamente, coinvolgano l’arbitrato. L’esclusione varrebbe, quindi, anche nelle ipotesi in cui oggetto della domanda al giudice nazionale sia la validità, o meno, di una clausola compromissoria (*contra Vad Uden*). Così argomentando, l’Avvocato conclude sostenendo che “*l’anti-suit injunctions contenuta in un lodo — e diretta ad un giudice nazionale — non può essere dichiarata inammissibile soprattutto considerato che “l’esclusione dell’arbitrato nel regolamento Bruxelles I*

Ciò non implica, tuttavia, che misure nazionali che permettono, o non prevengono in modo adeguato, i procedimenti paralleli, siano compatibili con l'ordinamento dell'Unione Europea, nella misura in cui si pongono in abuso alle libertà europee <sup>(48)</sup>.

5. Alla luce dell'analisi condotta, è emersa l'unicità della pronuncia in commento. Almeno due soluzioni diverse da quella adottata, sarebbero state maggiormente in linea con il dato normativo.

In un senso, il giudice adito avrebbe potuto limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del procedimento, sull'appoggio di quanto sancito in art. 819-ter c.p.c. (quindi non adottando la lettura combinata di quest'ultimo con l'art. 817 c.p.c.). Nell'altro, il giudice di Agrigento avrebbe potuto declinare la giurisdizione italiana dopo aver esaminato, in via principale, la validità della clausola compromissoria; tale indagine sarebbe stata ammissibile per quanto sancito in art. 817 II co., c.p.c..

Tuttavia, il giudice si è discostato da entrambe le citate soluzioni dichiarando la carenza di giurisdizione, dopo aver proceduto all'analisi, solo in via incidentale, della validità della clausola arbitrale.

Parrebbe che il giudice, avendo inquadrato il rapporto tra giudizio ordinario e arbitrato estero alla stregua di una questione giurisdizionale e avendo rilevato la finalità meramente dilatoria di parte attrice, abbia deciso di declinare la propria giurisdizione adottando un parametro di revisione della validità della clausola arbitrale diverso, perché maggiormente restrittivo, rispetto a quello che le norme nazionali gli avrebbero permesso di applicare <sup>(49)</sup>. Piuttosto che procedere a un'indagine in via principale sulla validità della clausola compromissoria volta a una pronuncia con effetti di giudicato, il giudice si è limitato a un'indagine

---

*bis fa parte di uno sforzo inteso a combattere le tattiche dilatorie di parti che, in violazione dei loro impegni contrattuali, avviano un procedimento dinanzi ad un giudice manifestamente incompetente".* CGE, conclusioni dell'Avv. Generale M. Wathelet presentate il 4 dicembre 2014, per la causa C-536/13, Gazprom, non ancora pubblicato in Raccolta. Nella pronuncia del 13 maggio 2015 la Corte riprende il pensiero espresso dall'Avv. Wathelet andando addirittura oltre e dichiarando che *"poiché il provvedimento inibitorio è stato pronunciato da un collegio arbitrale, non si configura la violazione di detto principio [reciproca fiducia] per l'ingerenza di un giudice di uno Stato membro nella competenza del giudice di un altro Stato membro. Analogamente, in tali circostanze, il divieto emesso da un Tribunale arbitrale e rivolto ad una parte di presentare talune domande dinanzi ad un giudice di uno Stato membro non può privare questa parte della protezione giurisdizionale cui si fa riferimento al punto 34 della presente sentenza, dato che, nell'ambito della procedura di riconoscimento ed esecuzione di tale lodo arbitrale, da un lato, detta parte potrebbe opporsi a questo riconoscimento e a questa esecuzione e, dall'altro, il giudice adito dovrebbe determinare, sulla base del diritto processuale nazionale e del diritto internazionale applicabili, se si debba o meno procedere al riconoscimento e all'esecuzione di tale lodo arbitrale".* CGE, par. 37-38.

<sup>(48)</sup> SALERNO, cit., p. 1178; BERTOLI, cit., p. 103.

<sup>(49)</sup> Sui diversi parametri di revisione della clausola arbitrale adottati dagli ordinamenti nazionali (impiego di un'indagine più o meno approfondita), si rinvia a UNCITRAL, doc. A/CN.9/814/add.2, cit., par. 79-99.

*incidenter tantum* <sup>(50)</sup> compiuta al solo fine di rendere una sentenza di rito <sup>(51)</sup>. Così procedendo, si è allontanato da quanto previsto dal codice di procedura civile italiano, il quale — diversamente da quanto accade in altri ordinamenti — non pone come condizione di proseguimento del giudizio ordinario, parallelo a quello arbitrale, l'invalidità della clausola compromissoria.

Del pari, nonostante il procedimento fosse soggetto, *ratione temporis*, alle previsioni del Reg. 44/2001 <sup>(52)</sup>, la scelta del giudice di richiamare le norme del processo italiano parrebbe aver anticipato la soluzione introdotta con il *considerando* 12 del Regolamento Bruxelles I *bis* <sup>(53)</sup>.

In definitiva, il giudice di Agrigento, declinando la giurisdizione italiana e indirettamente bloccando i procedimenti fraudolenti, raggiunge una conclusione piuttosto significativa, e unica nel suo genere, allontanandosi, peraltro, dalla pronuncia *West Tankers*. In quest'ultima, infatti, la Corte di Giustizia aveva fatto prevalere la finalità di reciproca fiducia tra i giudici nazionali, piuttosto che arginare le pratiche processuali fraudolente — foriere di conseguenze spesso dannose in termini di uniformità di decisioni <sup>(54)</sup>. Inoltre, tale sentenza, seppur inidonea a spiegare i propri effetti in giudizi instaurati avanti giudici stranieri, parrebbe comunque in grado, così come sancito dalla Corte di Giustizia, di impedire ulteriori

---

<sup>(50)</sup> “A *prima-facie standard of review of the arbitration agreement imply that national courts are precluded from performing an in-depth analysis of the arbitration agreement and must refer the parties to arbitration, unless the arbitration agreement is manifestly null or void*”. UNCITRAL, doc. A/CN.9/814/add.2, cit., par. 86.

<sup>(51)</sup> La Suprema Corte italiana è giunta ad analoga conclusione richiamando, tuttavia, la normativa di cui alla Convenzione di New York; cfr. Cass. Civ. sez. un. sentenza del 12 gennaio 2007, n. 412; Cass. Civ. sez. un., sentenza del 25 ottobre 2013 n. 24153 ove si legge che “*in tema di arbitrato internazionale, nel sistema delineato dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 19 gennaio 1968 n. 62, spetta al giudice adito, in via assolutamente preliminare, senza efficacia di giudicato e sulla base della domanda della parte che invochi l'esistenza di una clausola arbitrale, verificarne la validità, l'operatività e l'applicabilità e, all'esito positivo, rimettere le parti dinanzi agli arbitri, mentre solo qualora egli ritenga, affermandola, la propria giurisdizione, la decisione sulla validità del patto avrà efficacia di giudicato*”.

<sup>(52)</sup> Ai sensi dell'art.1.2 lett. (d) del Reg. Bruxelles I, così come interpretata dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudice adito avrebbe potuto riconoscere la propria giurisdizione per poi entrare nel merito della validità della clausola compromissoria.

<sup>(53)</sup> Del resto, il *considerando* 12 del Reg. Bruxelles I *bis* “*riconduce all'autonomia dello Stato membro della sede stabilire se decidere su tale questione [esistenza e validità della clausola compromissoria] siano i propri giudici o gli arbitri attivi all'interno del proprio ordinamento, e ciò in base alle diverse possibili formulazioni della teoria della Kompetenz-Kompetenz, sulle quali il legislatore comunitario lascia gli Stati membri liberi di esercitare la propria discrezionalità normativa*”. BENEDETTI, “*Pensiero debole*” nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato”, cit., pp. 323-324.

<sup>(54)</sup> Addirittura, atteso il riconoscimento, pur indiretto, del giudice di Agrigento della tattica dilatoria, si sarebbe potuto attendere una condanna di parte attrice a norma dell'art. 96 c.p.c.

pronunce sulla validità della clausola arbitrale, magari con questa contrastanti <sup>(55)</sup>.

BENEDETTA CAPIELLO

---

<sup>(55)</sup> In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia europea la quale, nel caso *Gothaer*, ha sancito che la nozione di autorità di cosa giudicata si estende non solo al dispositivo ma anche alla motivazione della pronuncia. CGE, sentenza del 15 novembre 2012, C-456/11, *Gothaer*, non ancora pubblicata in raccolta, par. 40.



## II) STRANIERA

### Sentenze annotate

#### I

REGNO UNITO - HIGH COURT OF JUSTICE, QUEEN'S BENCH DIVISION, COMMERCIAL COURT, sentenza 19 febbraio 2015, Mr. Justice Walker; *Mali-corp Limited v. Government of the Arab Republic of Egypt, Egyptian Holding Company for Aviation, Egyptian Airports Company*.

#### **Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.**

*L'art. 103(2)(f) dell'English Arbitration Act, il cui testo riprende quello dell'art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York, conferisce al giudice dell'esecuzione discrezionalità nell'eseguire o meno un lodo annullato nello Stato dove l'arbitrato ha avuto sede. La sentenza straniera di annullamento del lodo arbitrale deve essere recepita in Inghilterra, a meno che quest'ultima "offends basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy".*

#### II

STATI UNITI - UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT COURT OF NEW YORK, sentenza 27 agosto 2013, Alvin K. Hellerstein U.S.D.J.; *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción*.

#### **Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.**

*Il verbo "may", di cui all'art. V(1)(e) della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e l'art. 5 della Convenzione inter-americana sull'arbitrato commerciale internazionale attribuiscono al giudice dell'esecuzione discrezionalità nel dare esecuzione ad un lodo arbitrale annullato nello stato della sede. Tale discrezionalità si sostanzia nella*

*possibilità di non dare esecuzione alla sentenza straniera di annullamento del lodo (e di dare prevalenza a quest'ultimo) nei casi in cui tale sentenza sia contraria alle nozioni basilari di giustizia ed ordine pubblico dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta.*

## I

1. This case concerns an arbitration (“the Cairo arbitration”) brought by Malicorp Ltd (“Malicorp”, a company registered in England & Wales). Malicorp had made a bid in response to an Egyptian government invitation to tender for the design and construction of a new airport at Ras Sudr on the Red Sea coast, along with the operation of the airport for a period of 41 years. That bid had been successful, and in consequence Malicorp eventually entered into a written contract with “the Government of the Arab Republic of Egypt, represented by the Civil Aviation Authority”. I shall refer to the Government of the Arab Republic of Egypt as “the Republic”. The written contract was signed on 4 November 2000. I shall refer to it as “the concession contract”.

2. Article 21.3 of the concession contract contained provisions for the resolution of disputes. It provided that initially an amicable procedure was to be followed. As regards disputes which could not be settled amicably it provided for arbitration under the auspices of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (“the Cairo Centre”). I shall refer to article 21.3 as “the arbitration clause”.

3. In April 2004 Malicorp invoked the arbitration clause by submitting a request for arbitration to the Cairo Centre, and appointing as its arbitrator Dr Abdel Hamid El Ahdab. In due course the respondents to the arbitration appointed Dr Hatem Ali Labib Gabr as their arbitrator. Dr El Ahdab and Dr Gabr nominated Professor Bernardo M Cremades as president of the arbitral tribunal.

4. A purported arbitration award in favour of Malicorp was rendered in Cairo on 7 March 2006. It had been signed in Madrid on that day by Dr El Ahdab and Professor Cremades. It attached a letter from Dr Gabr dated 27 February 2006 explaining his reasons for concluding that a 2006 Administrative Court decision, described further below, required him to suspend his participation as an arbitrator.

5. For convenience only, and without any implication as to their true status, I refer below to the purported award as “the Cairo award”, to the two arbitrators who signed it as “the truncated tribunal”, and to the three appointed arbitrators as “the full tribunal”. The Cairo award found that the Republic was obliged to pay Malicorp a sum in United States dollars (“\$”) of \$10m for loss of profits and \$4,773,497 for costs and expenses, together with interest thereon at the rate of 4% p.a. from 28 April 2004 to the date of payment.

6. In the present proceedings Malicorp as claimant seeks to enforce the Cairo award against the Republic, which was the first respondent in the arbitration and is the first defendant in the present proceedings. Malicorp’s claim in the arbitration had also been made against the second and third defendants in the present enforcement proceedings (“the Holding Company” and “the Airports

Company” respectively). They were the successors to the Civil Aviation Authority, and in that capacity were the second and third respondents in the arbitration. However, the truncated tribunal found that they were not parties to the concession contract, and it dismissed the claims by Malicorp against them. For convenience references below to “Egypt” are, unless the context otherwise requires, references to the three defendants.

7. Separately from, or linked to, the arbitration, there have been proceedings which include:

(1) a decision (“the 2006 Administrative Court decision”) on 19 February 2006 of the Judicial Administrative court of the Egyptian Council of State, setting aside the arbitration clause and suspending the Cairo arbitration;

(2) a decision (“the Paris 2008 decision”) of the Paris Court of Appeal on 19 June 2008, upheld by the Cour de Cassation on 23 June 2010, refusing to enforce the Cairo award in France;

(3) a decision (“the ICSID 2011 decision”) of an arbitral tribunal of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“the ICSID Centre”) sent to the parties on 7 February 2011, rejecting a claim by Malicorp for expropriation and holding that Egypt’s actions could not be considered a form of expropriation under international law; and

(4) a decision (“the 2012 Cairo Court of Appeal decision”) of the Cairo Court of Appeal on 5 December 2012, currently under appeal to the Egyptian Court of Cassation, setting aside the Cairo award.

8. The present application by Malicorp for permission to enforce the Cairo award in England & Wales pursuant to section 101(2) Arbitration Act 1996 (“the 1996 Act”) was made without notice in accordance with CPR 62.18. It came before Flaux J for consideration on the papers. By order dated 29 February 2012 (“the enforcement order”) he granted permission, reserving to the defendants a right to apply to set the enforcement order aside.

9. The present judgment deals with Egypt’s application to set aside the grant of permission to enforce. (*Omissis*)

10-13. (*Omissis*)

14. It is common ground that the Cairo award is a New York Convention award, with the result that enforcement may only be refused if the case falls within s 103(2) to 103(4) of the 1996 Act. Egypt asserts that there are four independent grounds for holding that the case does indeed fall within those provisions. After reflecting on the oral and written submissions I consider that:

(1) on each of the first two of Egypt’s grounds, Egypt is right to say that the case falls within s 103(2), and that in so far as I have any discretion in the matter, I should exercise it so as not to enforce the Cairo award;

(2) as to the first of Egypt’s grounds, Egypt’s set aside application succeeds because the Cairo award has been set aside by the 2012 Cairo Court of Appeal decision (see section D below); (*omissis*)

15. Thus the result is that the enforcement order must be set aside. My detailed reasons are set out in sections D and E below. In sections B and C below

I summarise the background to the Cairo award and what was said in the Cairo award. In section F below I discuss the position in relation to other grounds advanced by Egypt in support of the application.

16-18. (*Omissis*)

19. Section X was headed “Award”. It set out findings which included: [X.]3. The Concession Contract is an administrative contract in Egyptian domestic law. It is also an international contract involving a State party, and is subject to the principles applicable to such contracts; [X.]4. The Concession Contract was void for mistake. The Arbitral Tribunal also recognises that Arab Republic of Egypt had the power to cancel the Concession Contract, and did so on August 12, 2001; [X.]5. In lieu of reinstatement to its original position prior to the Concession Contract, the Arab Republic of Egypt shall pay to the Claimant the amount of FOURTEEN MILLION SEVEN HUNDRED AND SEVENTY-THREE THOUSAND AND FOUR HUNDRED AND NINETY SEVEN United States Dollars (\$US14,773,497) by way of damages;

20. As noted above, a challenge to the 2012 Cairo Court of Appeal decision is pending before the Egyptian Court of Cassation. It is elementary, and Malicorp has identified no ground for disputing, that under relevant principles of private international law this court must nevertheless treat the 2012 Cairo Court of Appeal decision judgment as final.

21. Egypt’s primary assertion is that I should proceed on the basis that the 2012 Cairo Court of Appeal decision has the effect without more that there is no award. Reliance is placed in this regard on alleged principles expounded in van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, (2010) *Journal of International Arbitration* vol 27(2), However, I do not need to decide whether the alleged principles are right. For present purposes I proceed on two assumptions. They are:

(1) that the word “may” in s 103(2) of the 1996 Act confers a discretion on this court to enforce an award even though the award has been set aside by a decision (“the set aside decision”) of a court constituting a competent authority within s 103(2)(f); and

(2) it would not be right to exercise that discretion if, applying general principles of English private international law, the set aside decision was one which this court would give effect to.

22. This approach, which I would describe as “the preferred approach”, is supported by the discussion in *Dicey, Morris & Collins*, 15th edition, at Rules 50-5 and paragraph 16-148. It was adopted by Simon J in *Yukos Capital S.a.r.L v OJS Oil Company Rosneft* [2014] EWHC 2188 (Comm) at paragraph 20. On this basis I should give effect to the 2012 Cairo Court of Appeal decision unless it offends “basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy”.

23. Malicorp has not explicitly contended that the preferred approach is wrong. There are passages in the September and October submissions opposing a course under which this court would be “deferring to the supervisory court”. If

those passages are intended to advocate an approach which differs from the preferred approach, then it seems to me that, for the reasons identified in *Dicey, Morris & Collins*, they go too far.

24. Thus the only question becomes whether the set aside decision was one which this court would give effect to. In this regard Malicorp objects that the decision should not be given effect to because (1) it was tainted by bias, (2) it was contrary to natural justice and the Egyptian Court deliberately misapplied relevant Egyptian law and (3) the grounds on which it set aside the Cairo award were wrong and misconceived.

25. Malicorp's objection (3) can be dealt with shortly. As observed by Egypt, an assertion that a foreign judgment is "wrong" is not a sufficient basis to refuse to recognise it. When considering whether to recognise a foreign judgment this court acknowledges that the determination of foreign law is a matter for the foreign court. Thus evidence relied on by Malicorp that the 2012 Cairo Court of Appeal decision is wrong does not address the relevant issues. As Egypt points out, there is no suggestion in that evidence that the 2012 Cairo Court of Appeal decision is perverse. Allegations that there was a failure "to take account of" Malicorp's submissions merely because those submissions were not repeated in the judgment, or that the judgment gave reasons which were "insufficient and contradictory" do not assist Malicorp in this regard.

26. As to objections (1) and (2), the detailed matters relied on are in my view insufficient to make good these complaints. The central assertion made by Malicorp is that the judges responsible for the 2012 Cairo Court of Appeal decision were guilty of pro-government bias. Such a claim cannot be accepted by this court without positive and cogent evidence: see *Altimo Holdings and Investment Ltd v Kyrgyz Mobil Tel Ltd* [2011] UKPC 7, para 97 and *Yukos Capital S.a.r.L v OJS Oil Company Rosneft (No 2)* [2012] EWCA Civ 855 para 73. A report of Professor Stilt is relied on by Malicorp as providing the necessary evidence. While I do not criticise Professor Stilt, I have no doubt that the evidence she has been able to assemble does not approach the high level of cogency that is required. It does not go beyond generalised, anecdotal material. In so far as Malicorp places reliance on a newspaper report concerning the team working on behalf of the government, the report does not on its face say that the relevant judges were part of the team, and there is no apparent basis to think that this was implied by the report. Reference is made by Malicorp to a letter from the President of the Cairo Court of Appeal to the Public Prosecutor concerning suspension of the Cairo arbitration while criminal proceedings were on foot, but in so far as complaint is made about this letter nothing in the letter is identified to support any such complaint.

27. I add a particular comment in so far as Malicorp relies upon a claim that the Cairo Court of Appeal judges who handed down judgment were not on strike during a constitutional dispute between then President Morsi and some of the judiciary. In my view this claim, even if true, could not possibly warrant the serious allegation made.

28. The preferred approach which I have described above applies, in the present context, well established principles as to the recognition of foreign judgments. It does not seem to me that they leave room, as a matter of discretion, to give effect to the Cairo award once it is established, as here, that a set aside decision of the supervisory court meets the tests for recognition. If, however, there were such a further discretion I would not exercise it in favour of Malicorp. In so far as Malicorp relies on comments in the ICSID 2011 decision which are said to be supportive of Malicorp's case on the merits, I observe that the ICSID 2011 decision was concerned only with jurisdiction and whether there had been expropriation. In so far as Malicorp suggests that the present case should be adjourned to await the outcome of its appeal to the Court of Cassation, I do not consider that there is good reason to depart from the normal approach under which the 2012 Cairo Court of Appeal decision is, unless and until overturned by the Court of Cassation, treated as a final decision.

29-43. (*Omissis*)

44. For the reasons given above I grant Egypt's application to set aside the order for enforcement of the Cairo award.

## II

### 1. INTRODUCTION

Generally, arbitration awards issued in one nation can be enforced by judgments and executions granted by the courts of another nation. However arbitration awards also can be nullified, and if nullified by the courts of the nation in which, or according to the law of which, the arbitration was conducted, a conflict is created for the courts of other nations. Which is to be given primacy, the award or the nullifying judgment?

This is the issue of the case. After a vigorously contested arbitration, a panel of arbitrators in Mexico City issued an award (the "Award") in favor of petitioner, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C. V. ("COMMISA"). The Award, with interest, is now worth almost four hundred million U.S. dollars. COMMISA obtained judgment in this court confirming the Award. Respondent, PEMEX-Exploración y Producción (PEP), an instrumentality of Mexico, continued to resist, appealing from the judgment to the Second Circuit of Appeals, and filing litigation proceedings in the Mexican Courts to nullify the Award.

PEP was successful in the Mexican courts. On September 21, 2011, the Eleventh Collegiate Court on Civil Matters of the Federal District (the "Eleventh Collegiate Court", generally equivalent in hierarchy and authority to the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit) issued a 486-page decision that held that the Award was invalid. It reversed the Mexican district court, and remanded the case to it to issue a judgment in favor of PEP. On October 25, 2011, the district court issued such a judgment with its own 46-page opinion.

The Eleventh Collegiate Court held that arbitrators are not competent to hear and decide cases brought against the sovereign, or an instrumentality of the sovereign, and that the proper recourse of an aggrieved commercial party is in the Mexican district court for administrative matters. Hence, it nullified the Award.

The court based its decision in part on a statute that was not in existence at the time the parties entered their contract, and the decision left COMMISA without the apparent ability to obtain a hearing on the merits of its case.

In response to that decision and its finality, the Second Circuit Court of Appeals remanded the case to me to address the effect that the decree of nullification should have on the Award and on my judgment confirming the Award. Following remand, I received further briefing from the parties, heard arguments on the complex issues that were presented, and conducted a three-day trial of the parties' experts on Mexican law. The decision reflects my finding and my conclusions.

I hold, for the reasons discussed below, that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling, and I again confirm the Award and grant judgment thereon.

## II. FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

*(Omissis)*

### b. COMMISA's Judicial Challenge to PEP's Administrative Rescission

In October 1997, PEP and COMMISA entered into a contract (the "October 1997 Contract") for COMMISA to build and install two offshore natural gas platforms in the Bay of Campeche, in the southerly part of the Gulf of Mexico. Among other provisions, the October 1997 contract includes: (i) a clause providing that the contract is governed by Mexican law; (ii) a clause providing for any dispute to be settled through arbitration conducted in Mexico City in accordance with the Conciliation and Arbitration Regulations of the International Chamber of Commerce ("ICC"); (iii) a clause allowing PEP to rescind the contract (i.e. issue an administrative rescission if COMMISA failed to comply with certain obligations under the contract; and (iv) a clause requiring COMMISA to obtain a performance bond guaranteeing its contractual obligations.

In May 2003 PEP and COMMISA entered into a related contract (the "May 2003 Contract" and together with the October 1997 Contract, the "Contracts"). Like the October 1997 Contract, the May 2003 Contract is governed by Mexican law and provides for both arbitration and administrative rescission by PEP.

*(Omissis)*

On March, 29, 2004, after each party charged the other with breaching contractual obligations, PEP notified COMMISA that it intended to administratively rescind the Contracts. However, before doing so, PEP and COMMISA engaged in conciliation efforts, attempting to resolve their disputes amicably. On December 1, 2004, conciliation having failed, COMMISA filed a demand for arbitration with the ICC. Two weeks later, on December 16, 2004, PEP gave COMMISA notice that it was proceeding by administrative rescission.

COMMISA responded by filing a petition for an indirect amparo (*omissis*). COMMISA alleged that PEP's administrative rescission was untimely and that the statutes on which it was based were unconstitutional and inapplicable to the parties' dispute.

On June 23, 2006, the Mexican Supreme Court held that the administrative rescission statutes were constitutional. The court ruled that state agencies had a “special privilege” to promote the public good, and that administrative rescissions fell within this privilege. Administrative rescission did not violate the Mexican Constitution’s guarantee of right to access to the courts because “there is no obstacle or restriction whatever against a private party... [filing] within the relevant time periods... an administrative dispute proceeding, thereby triggering intervention by the relevant court, if [the aggrieved party]... has been adversely affected by the cancellation of the administrative contract for public works to which it was a party”.

*(Omissis)*

Thus, under Mexican law, a state instrumentality like PEP could respond to a contract dispute by issuing an administrative rescission of the contract. The private party could then litigate the contract issues in the appropriate Mexican district court. However, the Mexican courts did not rule on the issue of arbitrability. *(Omissis)* That issue was left for future resolution by the arbitrators and the Mexican courts.

c. The Initiation of Arbitration and the Challenge to its Jurisdiction

While the amparo proceedings unfolded, the ICC Tribunal was formed (*omissis*). PEP promptly attacked the arbitrators’ jurisdiction, arguing that: (i) the arbitration clause was not worded broadly enough to cover the specific dispute at issue, (ii) that COMMISA had not properly exhausted alternative remedies prior to seeking arbitration, and (iii) that COMMISA had waived its right to arbitration by pursuing remedies in the courts. Notably, PEP did not argue at the time that arbitration was an improper forum for deciding disputes related to administrative rescissions. *(Omissis)* the ICC Tribunal issued an unanimous award (the “Preliminary Award”) holding that PEP’s arguments lacked merit and that the arbitration panel had jurisdiction over all the issues in dispute.

Following the Preliminary Award, PEP moved for reconsideration, arguing again that the arbitration panel lacked jurisdiction. PEP contended in a March 28, 2007 filing that the recent decisions of the Mexican Supreme Court and the Sixth Collegiate Court deprived the panel of jurisdiction. PEP argued, since the administrative rescission had been held proper by the Mexican courts, the doctrine of res judicata barred the panel from hearing the parties’ dispute. The panel denied PEP’s motion, ruling, in a May 18, 2007 order, that it retained jurisdiction to hear the merits of the dispute, subject to a final resolution of the issue in the final award.

On October 8, 2007, PEP again filed a motion with the arbitration panel, arguing once more that res judicata barred the action and that COMMISA had waived its right to arbitration by filing amparo proceedings in Mexican courts. PEP now added an additional argument: that the administrative rescission was an “act of authority” and could not be arbitrated “since these matters are not subject to arbitration”. The panel disagreed and, on November 12, 2007, issued an order reaffirming its earlier decision that it could hear the merits, subject to a ruling on the issue of jurisdiction in its final award.

PEP, noting its objection, continued to participate in the arbitration proceedings. PEP did not seek to appeal the Preliminary Award or the subsequent rulings



of the arbitration panel, even though PEP had the right to do so under Article 1432 of Mexico's Commercial Code.

d. Changes in Mexican Law Relating to Public Authorities

As the arbitration between COMMISA and PEP proceeded, Mexican law changed in material ways. Under a statute that took effect December 7, 2007, litigation relating to issues of compliance with the requirements of public contracts was to be litigated in a special administrative court that was established in order to hear tax and financial matters. (*Omissis*)

Cases complaining of administrative rescissions now would be litigated in the Federal Tax and Administrative Justice Court (the "Tax Administrative Court"), a department of the Executive. In the District Courts for Administrative Matters, where matters of administrative rescissions had been litigated, the 10-year statute of limitations applicable to breach of contract actions applied. In the Tax and Administrative Court, in contrast, a 45-day statute of limitations governed. Moreover, the Supreme Court of Mexico held, in a decision that was issued in March 2010, that Article 14(VII) mandated the Tax and Administrative Court was the exclusive forum to hear disputes concerning administrative rescissions.

A second statutory change addressed the arbitrability of administrative rescissions. Section 98 of the Law of Public Works and Related Services ("Section 98"), effective May 28, 2009, provided that although government contractual disputes generally could be arbitrated, "the administrative rescission, early termination of the contracts and such cases as the Regulation of this Law may determine may not be subject to arbitration proceedings". The law thus required that all cases that challenged administrative rescissions that occurred after May 28, 2009 could not be arbitrated. The law, however, did not address whether it applied to administrative rescissions that were issued prior to its enactment.

e. The Arbitration Decision in Favor of COMMISA

Meanwhile the arbitration proceedings progressed. (*Omissis*). On December 16, 2009, the ICC Tribunal, by a vote of two to one, issued its Award. The majority first reaffirmed that it had jurisdiction over the case. The majority held that res judicata was not a bar to the claim, since the courts in COMMISA's amparo action addressed "completely different claims and causes of action" than those presented in arbitration. In the amparo action, COMMISA argued that the government had violated its constitutional rights, but in the arbitration, COMMISA sought contractual damages. The panel also found that Section 98 did not apply to the case because Section 14 of the PEMEX Law expressly authorized PEP to enter into arbitrations. On the merit, the majority found for COMMISA on most counts, although it granted some of PEP's counterclaims. (*Omissis*).

f. Confirmation Proceedings in the U.S. District Court

With its arbitration award in hand, COMMISA filed its petition to confirm the Award in this Court on January 11, 2010. On April 5, 2010, PEP moved to dismiss the petition or, alternatively, for a stay pending resolution of its efforts to nullify the Award in Mexico. (*Omissis*). I granted COMMISA's petition to confirm the Award, and judgment was entered on November 2, 2010. (*Omissis*).

g. PEP's Litigation in Mexican Courts to Nullify the Award

Concurrently with the litigation initiated by COMMISA in the Southern District of New York, PEP filed suit in the Mexican Courts, seeking to nullify the Award against it. Initially, on March 24, 2010, it filed suit in the Third Judicial District Court on Civil and Labor Matters for the State of Nuevo Leon, the State where COMMISA was incorporated. PRP alleged, pursuant to Article 1457 of the Mexican Commercial Code, that the dispute between it and COMMISA was not arbitrable, and that the Award conflicted with Mexican public policy, two of the grounds for nullification provided by Article 1457. The Mexican District Court dismissed the action on March 30, 2010, holding that PEP had to proceed in the district where the arbitration took place, Mexico City.

PEP re-filed its suit on April 7, 2010, in the Fifth District Court on Civil Matters for the Federal District ("Fifth District Court") in Mexico City. That action was also dismissed on June 25, 2010, partially on substantive grounds. (*Omissis*).

PEP then filed a petition for an indirect amparo in the Tenth District Court on Civil Matters in the Federal District ("Tenth District Court") to challenge the decision of the Fifth District Court. Again, PEP failed. On October 27, 2010, the Tenth District Court dismissed PEP's action. (*Omissis*).

PEP appealed to the Eleventh Collegiate Court for the Federal District. This time it succeeded. On August 25, 2011, a three judge panel of the Eleventh Collegiate Court reversed, and ordered amparo relief in favor of PEP. In its 486-page opinion, issued September 21, 2011, held that public policy was implicated because administrative rescissions are "issued to safeguard financial resources" of the state. Arbitrators, the Eleventh Collegiate Court held, were designed to settle private disputes, and it would be "absurd" if "a private party in its capacity as [a] subject [could] hear, try, and rule [on] acts of authority".

The court based its decision on two sources of law. First, the Eleventh Collegiate Court found that its public policy conclusion was "strengthened by" Section 98, the 2009 statute that forbade arbitrators from hearing administrative rescissions. (*Omissis*).

The second source of law relied on by the Eleventh Collegiate Court was a 1994 decision of the Mexican Supreme Court. That decision, which did not discuss arbitration, had described administrative rescissions as "acts of authority". Since "acts of authority" should not be arbitrated, the Eleventh Collegiate Court held, the arbitrators that heard the COMMISA/PEP dispute were without jurisdiction. (*Omissis*).

The Eleventh Collegiate Court held also that PEP had not waived its argument that the arbitrators lacked jurisdiction. The Eleventh Collegiate Court held that only private rights can be waived, and since PEP was acting as a public authority, it could not waive the rights of the public. (*Omissis*).

The Eleventh Collegiate Court emphasized that administrative rescissions by the public party did not deprive the private contracting party of basic rights to have its claim adjudicated in a neutral forum. At several different points, the Eleventh Collegiate Court commented that COMMISA should have brought its breach of contract claims to the District Courts for Administrative Matters. (*Omissis*).

#### h. Post-Nullification Litigation in Mexico

In addition to its efforts to have the Award in favor of COMMISA nullified, PEP filed and pursued two lawsuits in the Mexican courts that were consistent with the rationale of its administrative rescission: that it was COMMISA that breached the contract, not PEP. (*Omissis*).

COMMISA also pursued relief in the Mexican Courts. COMMISA filed a damage claim against PEP in the Tax and Administrative Court on November 6, 2012. But the Court held that the action was barred by the 45-day statute of limitations (which ran from the date of the administrative rescission, December 16, 2004), and that the 10-year statute of limitations, applicable to the breach of contract actions in the district courts, did not apply. The court held also that COMMISA's action was barred by *res judicata*, based on the February 23, 2007 decision of the Sixth Collegiate Court finding that PEP had properly issued the administrative rescission.

(*Omissis*).

#### i. The Second Circuit's Remand and Ensuing Proceedings in the U.S. District Court

Meanwhile, the case was remanded to me for further proceedings. On PEP's motion, the U.S. Court of Appeals vacated the judgment I had issued and ordered me "to address in the first instance whether enforcement of the award should be denied because it 'has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made'." (quoting New York Convention Art. V(i)(e)). PEP promptly moved to dismiss COMMISA's petition to confirm the Award in COMMISA's favor (*omissis*).

### III. THE PANAMA CONVENTION AND ENFORCEMENT OF ARBITRATION AWARDS

COMMISA's petition to confirm the Award in its favor invokes the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (the "Panama Convention"). (*Omissis*). The Panama Convention and the Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention") are largely similar, and so precedents under one are generally applicable to the other. (*Omissis*). Article 4 of the Panama Convention provides that an arbitration decision reached in a foreign country can be recognized in U.S. Courts "in the same manner as that of decisions handed down by national or foreign ordinary courts, in accordance with the procedural laws of the country where it is to be executed and the provision of international treaties".

The Panama Convention is enforceable pursuant to the Federal Arbitration Act. (*Omissis*). Under article 5 of the Panama Convention, "the recognition and execution of the decision may be refused at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove the existence of certain carefully specified defences". (*Omissis*).

One of the specified grounds of Article 5 of the Panama Convention is relevant to this case. Article 5(e) provides: "The recognition and execution of the decision may be refused, at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove to the competent authority of the State in which recognition and execution are requested... that the decision... has been annulled or

suspended by a competent authority of the State in which, or according to the law of which, the decision has been made”.

Thus, under Article 5 of the Panama Convention, I may set aside the Award if PEP can show that a competent authority annulled the award. Clearly, the Eleventh Collegiate Court is a “competent authority”. The question I have to decide is the meaning of “may set aside”. In other words, what is my discretion acting as a U.S. District Judge to confirm an award that a foreign country has held to be invalid?

A number of decisions address this issue of discretion. In *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999) (*omissis*) Baker Marine sought enforcement of two awards in the Nigerian courts, and Danos and Chevron appealed to those courts to vacate the awards. In two separate decisions, the Nigerian Federal High Court set aside the awards, finding that “the arbitrators had improperly awarded punitive damages, gone beyond the scope of the submissions, incorrectly admitted parole evidence, and made inconsistent awards, among other things”. Notwithstanding its loss in the Nigerian courts, Baker Marine sought to enforce the award in the U.S. courts, filing a petition to confirm in the Northern District of New York. Baker Marine simply sought to confirm the award and did not argue “that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian Law”.

The District Court dismissed the petition to confirm, pursuant to the New York Convention. The Second Circuit affirmed. While Baker Marine argued that Article 5’s use of the term “may” meant that courts were allowed to confirm arbitration awards even if they had been vacated, the Second Circuit found the argument unconvincing given the facts of the case, writing “it is sufficient answer that Baker Marine has shown no adequate reasons for refusing to recognize the judgment of the Nigerian court”. (*Omissis*) see also *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 938 (D.C. Cir. 2007) (“Baker Marine is consistent with the view that, when a competent foreign court has nullified a foreign arbitration award, United States courts should not go behind that decision absent extraordinary circumstances not present in this case”); *Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279, 288 (S.D.N.Y. 1999) (“Spier’s reference to the permissive ‘may’ in Article V(1) of the [New York] Convention does not assist him since, as in Baker Marine, Spier has shown no adequate reason for refusing to recognize the judgments of the Italian Courts”). (*Omissis*).

In *TermoRio*, the D.C. Circuit similarly declined to enforce an arbitration award that had been annulled. (*Omissis*).

In upholding the annulment of the arbitration award, the D.C. Circuit concluded that “pursuant to the [New York Convention Article V(1)(e)], a Secondary Contracting State normally may not enforce an arbitration award that has been lawfully set aside by a ‘competent authority’ in the Primary Contracting State”. The D.C. Circuit found that because the relevant Colombian court was a competent authority and that “there is nothing in the record here indicating that the proceedings before the [Colombian court] were tainted or that the judgment of that court is other than authentic”, the arbitration award should be set aside. The D.C. Circuit observed that “for us to [confirm the award] would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitration award does not exist to be enforced in other Contracting States if it has been lawfully ‘set

aside' be a competent authority in the State in which the award was made. This principle controls the disposition of this case".

However, there may be circumstances, the D.C. Circuit ruled, where an arbitration award should be confirmed despite a judgment of nullification in the primary state. The D.C. Circuit observed that there is a "narrow public policy gloss on Article V (1)(e) of the Convention and that a foreign judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States". In *TermoRio*, in the absence of evidence that the nullification proceedings or nullification judgment "violated any basic notions of justice to which we subscribe", the public policy gloss could not save a nullified award.

In contrast to the decisions in *Baker Marine* and *TermoRio*, the district court in *Chromalloy Aeroservices, A Division of Chromalloy Gas Turbine Corp. v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996), confirmed an arbitral award that had been rejected by a competent authority in the primary state. (*Omissis*). The U.S. District Court declined to defer to the Egyptian court's decision, holding that since the parties' contract provided that the arbitrators' resolution "shall be final and binding and cannot be made subject to any appeal", Egypt had violated the terms of the contract when it appealed. The court held also that "a decision by this Court to recognize the decision of the Egyptian court would violate [the] clear U.S. public policy" in favor of enforcement of binding arbitration clauses.

The broad holding of *Chromalloy* has been criticized. (*Omissis*). However, *Chromalloy* remains alive, for both *Baker Marine* and *TermoRio* recognized that a district court should hesitate to defer to a judgment of nullification that conflicts with fundamental notions of fairness.

#### IV. DISCUSSION AND ANALYSIS

Parties engaged in cross-border transactions often agree to arbitrate their disputes to promote both fairness, and the mutual perception of fairness, and to avoid foreign judicial systems and perceived favoritism to local parties, particularly if the local party is a government-owned, or politically powerful, entity. International law favors arbitration, and generally facilitates the enforceability of arbitrators' awards. (*Omissis*).

(*Omissis*). The statutory phrase, "may", gives me discretion but, it appears from the two important court of appeals cases on the subject, a narrow discretion. (*Omissis*).

I find that under the standard announced in *TermoRio*, the decision vacating the Award violated "basic notions of justice", and that deference is not required.

(*Omissis*).

Thus, retroactive application of laws and the unfairness associated with such application is at the center of the dispute before me: "Elementary considerations of fairness dictate that individuals should not have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted. For that reason the principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal appeal". *Landgraf v. USI Film Products* 511 U.S. 244, 265-66 (1994). (*Omissis*).

Further, this retroactive application of Section 98 was undertaken to favor a state enterprise over a private party. (*Omissis*). This rationale flouts a basic principle of justice: where a sovereign has waived its immunity and has agreed to contract with a private party, a court hearing a dispute regarding that contract should treat the private party and the sovereign as equals. (*Omissis*).

(*Omissis*). But this unfairness was exacerbated by the fact that the Eleventh Collegiate Court's decision left COMMISA without a remedy to litigate the merits of the dispute that the arbitrators had resolved in COMMISA's favor.

(*Omissis*).

For these reasons, this is a very different case from Baker Marine and from TermoRio. (*Omissis*).

#### V. CONCLUSION

For the reasons stated in this opinion, I grant COMMISA's renewed motion to confirm the Award, and I deny PEP's motion to dismiss COMMISA's petition. (*Omissis*).

### **L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?**

1. Le due sentenze in epigrafe hanno ancora una volta posto all'attenzione degli interpreti la controversa questione della possibilità, per una corte nazionale, di dare esecuzione ad un lodo arbitrale internazionale che sia stato annullato nello Stato della sede <sup>(1)</sup>. Tale problematica è regolata dal disposto dell'articolo V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, secondo il quale, in deroga alla previsione dell'art. III (che prevede l'obbligo per gli Stati firmatari di dare esecuzione ai lodi arbitrali internazionali), "Recognition and enforcement of the award *may* be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...) e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent

---

<sup>(1)</sup> Il dibattito sulla questione è stato dettagliatamente ricostruito in questa *Rivista*. V., tra gli altri, VINCENT, *L'autonomia del lodo internazionale rispetto all'ordinamento della sede dell'arbitrato secondo la Cassazione francese*, in questa *Rivista*, 1995, 292 e ss.; GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*, in questa *Rivista*, 1997, 796 e ss.; BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 e ss.; GIARDINA, *Ancora sull'exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 1998, p. 743 e ss.; CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 2006, 374 e ss.; ATTERITANO, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero, perché è un lodo che non esiste*, in questa *Rivista*, 2008, 100 e ss.; VALLAR, *Il riconoscimento dei lodi annullati nel Paese d'origine: l'approccio dei Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, 2012, 101 e ss.; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento di un lodo annullato nello Stato d'origine: il punto di vista tedesco*, in questa *Rivista*, 2013, 981 e ss.

authority of the country in which, or under the law of which, that award was made” (corsivo aggiunto). In entrambe le controversie di cui si discute si è, quindi, posto il problema di comprendere il significato da attribuire al verbo “*may*” e dunque di comprendere l’eventuale margine di discrezionalità del giudice interno chiamato a dare esecuzione ad un lodo annullato nello Stato della sede.

Nella sentenza *Malicorp* la parte istante ha richiesto al giudice inglese di dare esecuzione ad un lodo arbitrale emesso a seguito di un procedimento presso il Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, poi annullato dalla Corte d’appello del Cairo, adducendo, in primo luogo, che la sentenza di annullamento fosse stata frutto di un pregiudizio in favore delle parti soccombenti in sede arbitrale, due società partecipate dallo Stato egiziano ed addette alla gestione del servizio aeroportuale. Inoltre la *Malicorp* ha affermato che la sentenza della Corte d’appello del Cairo era contraria all’ordine pubblico internazionale, che i giudici avevano volontariamente applicato in modo scorretto il diritto egiziano e, infine, che i motivi di annullamento del lodo erano errati e frutto di una distorta percezione della realtà fattuale e giuridica. Di fronte a tali argomenti il giudice inglese ha innanzitutto precisato che l’art. 103(2)(f) dell’English Arbitration Act, il cui testo riprende quello dell’art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York, effettivamente conferisce al giudice dell’esecuzione discrezionalità nell’eseguire o meno un lodo annullato nello Stato dove l’arbitrato ha avuto sede. Tale discrezionalità deve essere esercitata, secondo Mr. Justice Walker, quando la sentenza che annulla il lodo “offends basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy” (2). Tendenzialmente, quindi, la sentenza straniera di annullamento del lodo arbitrale deve essere recepita in Inghilterra, a meno che quest’ultima sia contraria ai valori menzionati dalla High Court nella decisione in esame. Si parla, a tal riguardo, di “preferred approach” e si tratta dunque di un criterio che guarda alla questione dell’esecuzione del lodo annullato come ad una problematica internazionalprivatistica da risolvere tenendo conto dei criteri di diritto interno sulla riconoscibilità ed eseguibilità delle sentenze straniere. Il lodo arbitrale scaturente da un procedimento avente sede in uno Stato e che è stato poi annullato in tale Stato potrà essere eseguito in Inghilterra se la sentenza di annullamento del lodo stesso non soddisfa i criteri dei provvedimenti giudiziari stranieri per il riconoscimento sanciti dal diritto inglese. Nel caso di specie, secondo Mr. Justice Walker, la *Malicorp* non ha fornito prova delle proprie argomentazioni e pertanto, assente qualsiasi ragione per non dare esecuzione alla sentenza di annullamento emessa dalla Corte d’appello del Cairo, il lodo arbitrale non ha potuto essere eseguito in Inghilterra.

---

(2) V. paragrafo 22 della sentenza.

Anche nella sentenza *COMMISA* la parte istante ha richiesto che un lodo annullato da una corte messicana potesse trovare esecuzione negli Stati Uniti d'America, questa volta con esiti opposti rispetto a quelli avutisi nella decisione della High Court inglese nel caso *Malicorp*. Nel caso di specie, la controversia ha tratto origine dalla rescissione di un contratto avente ad oggetto l'istallazione e la gestione di impianti *offshore* per l'estrazione di gas, concluso tra una società privata — la *COMMISA* — ed una società partecipata statale — la *PEP*. In seguito alla rescissione del contratto da parte di quest'ultima (definita, nell'ambito della sentenza, "rescissione amministrativa"), la *COMMISA* ha intrapreso, in ottemperanza ai termini del contratto, un procedimento dinanzi ad un tribunale arbitrale avente sede a Città del Messico ed istituito secondo le regole della Camera di commercio internazionale (CCI), ottenendo l'emissione di un lodo arbitrale a sé favorevole. La parte istante ha, quindi, richiesto ed ottenuto l'esecuzione del lodo presso la Southern District Court of New York in base al disposto della Convenzione interamericana sull'arbitrato commerciale internazionale (cd. Convenzione di Panama), il cui testo è (anch'esso) basato sulla Convenzione di New York. Nel frattempo, ed in seguito a numerosi tentativi, la parte soccombente in sede arbitrale è tuttavia riuscita ad ottenere l'annullamento del lodo presso la Eleventh Collegiate Court for the Federal District in Messico. Tale pronuncia di annullamento è stata basata su un precedente del 1994 della Corte suprema messicana, stando al quale gli atti di rescissione di carattere amministrativo costituiscono "acts of authority" e non sono pertanto arbitrabili. Le motivazioni della sentenza di annullamento, stando alle argomentazioni del giudice messicano, sono state poi rafforzate dalla contestuale entrata in vigore di una legge interna che, da un lato, ha reso non arbitrabile la materia su cui verteva la controversia in esame, e, dall'altro, ha ridotto i termini di decadenza per le azioni derivanti da rescissioni di carattere amministrativo da 10 anni a soli 45 giorni. L'effetto congiunto della non arbitrabilità della controversia e della drastica riduzione dei termini di decadenza per le azioni relative a rescissioni amministrative ha, di fatto, privato la *COMMISA* sia del rimedio giurisdizionale previsto dal contratto, che della tutela presso le corti interne (essendo il termine di decadenza già decorso al tempo della sentenza di annullamento).

In seguito alla sentenza di annullamento, la *PEP* ha ottenuto dalla Corte d'appello negli Stati Uniti l'annullamento della sentenza di esecuzione del lodo CCI e la contestuale rimessione della questione al giudice di primo grado che aveva emesso tale provvedimento, affinché costui si pronunciasse sull'opportunità o meno di dare esecuzione al lodo annullato alla luce dell'articolo 5(e) della Convenzione di Panama, il cui testo è sostanzialmente identico a quello dell'art. V della Convenzione di New York. A tal riguardo, infatti, si noti come lo stesso giudice Hellerstein



abbia affermato che “the Panama Convention and the New York Convention are largely similar, and so precedents under one are generally applicable to the other”; ciò giustifica un’analisi congiunta dei due trattati, basata essenzialmente sulla prassi e la dottrina relative al più diffuso tra i due, la Convenzione di New York. Dopo aver ricostruito l’intera giurisprudenza statunitense in tema di esecuzione del lodo annullato, il giudice ha affermato di avere una, seppur limitata, discrezionalità in merito. Il lodo arbitrale annullato nello Stato della sede può dunque ricevere esecuzione allorquando la sentenza di annullamento sia “unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States”. Anche in questo caso, quindi, sembra che la questione dell’esecuzione del lodo annullato debba essere risolta tenendo in debita considerazione i criteri sulla riconoscibilità ed eseguibilità delle sentenze straniere nel diritto interno.

Ciò posto, il giudice Hellerstein ha ritenuto di non riconoscere la sentenza messicana di annullamento e di dare invece esecuzione al lodo annullato, giacché la prima — favorendo una società partecipata statale — ha, di fatto, dato applicazione retroattiva ad una legge interna, privando la COMMISA di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale. Ciò è contrario all’ordine pubblico degli Stati Uniti e, pertanto, richiede di dare prevalenza alla decisione del collegio arbitrale rispetto a quella dei giudici messicani.

Le due decisioni in commento sono di particolare interesse per gli studiosi dell’arbitrato internazionale giacché, sebbene emesse in due differenti ordinamenti, esse sembrano aver applicato criteri analoghi nell’affrontare il problema dell’esecuzione del lodo annullato presso lo Stato della sede dell’arbitrato. Alla luce delle due sentenze in esame (e degli altri precedenti che si menzioneranno nel corso del lavoro), è dunque legittimo chiedersi, da un lato, se la prassi interna ai vari Stati sta lentamente andando verso un’uniformità nella trattazione del problema alla luce di quello che Mr. Justice Walker ha definito “the preferred approach”<sup>(3)</sup>, ma che altri studiosi hanno anche chiamato “the judicial route”<sup>(4)</sup> o “Westphalian approach”<sup>(5)</sup>, e, dall’altro, quale sia il fondamento giuridico di un simile approccio. Rispetto alla problematica di cui

---

<sup>(3)</sup> ZIVKOVIC, *Enforcement of an Award Set Aside: the So-Called “Preferred Approach” and its Application under English Law*, in [www.kluwerarbitrationblog.com](http://www.kluwerarbitrationblog.com), 2015.

<sup>(4)</sup> SILBERMAN, SCHERER, *Forum Shopping and Post-Award Judgments*, in *PKU Transnational Law Review*, 2015, 128; SILBERMAN, *The New York Convention After Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2009, 135.

<sup>(5)</sup> GAILLARD, *Three Philosophies of International Arbitration*, in Rovine (a cura di), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden, 2010, 305 e ss.; GAILLARD, *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in van den Berg (a cura di), *Arbitration - The Next Fifty Years, ICCA Congress Series volume 16*, 2012, 66 e ss.

si discute, in effetti, è ad oggi dato riscontrare una certa disomogeneità nella giurisprudenza dei diversi Stati ed una forte difformità di vedute tra gli studiosi. Non sempre, tuttavia, negli scritti sul tema è stato attribuito il dovuto rilievo a quella che è la problematica di maggior rilievo che sottende la questione di cui si discute: la tensione intercorrente tra l'*international comity* <sup>(6)</sup>, che dovrebbe condurre uno Stato a dare esecuzione ai provvedimenti giudiziari emessi in altri Stati, ed il *favor arbitrati* <sup>(7)</sup>, ossia l'approccio di favore che le corti interne di molti Stati hanno assunto rispetto all'arbitrato, supportando il ricorso a tale mezzo di risoluzione delle controversie e — soprattutto — semplificando l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali.

I due provvedimenti in epigrafe possono dunque costituire l'occasione per una più matura analisi della materia, da compiere, in primo luogo, alla luce delle disposizioni della Convenzione di New York <sup>(8)</sup> e della prassi ad esse relativa, nonché, secondariamente, nell'ottica di una prospettiva assiologica, basata sui principi appena posti in evidenza. La

---

<sup>(6)</sup> V. PAUL, *Comity in International Law*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1991, 1 e ss.; CHILDRESS, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, in *University of California, Davis*, 2010, 12 e ss.; WATSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens, 1992, 1 e ss.; ZARRA, *Il ricorso alle anti-suit injunction per risolvere i conflitti di giurisdizione ed il ruolo dell'international comity*, in *Rivista di diritto. int. privato e processuale*, 2014, 561 e ss.; TAN, *Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity*, in *Virginia Journal Int. Law*, 2005, p. 302; HARTLEY, *Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1987, 487 e ss.; ZAMBRANO, *A Comity of Errors: The Rise, Fall and Return of International Comity in Transnational Discovery*, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2564797](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564797), 2015, 1 e ss. Il concetto è stato sviluppato per la prima volta da U.S. Supreme Court, 3 giugno 1895, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S., pp. 113 ss. Con riguardo alla traduzione in italiano di quest'ultimo concetto, si è parlato di « cortesia », « rispetto reciproco » e di *comitas gentium*. Nel presente articolo si è preferito in ogni caso mantenere l'appellativo inglese, dato il suo uso corrente anche nella letteratura in altre lingue.

<sup>(7)</sup> V., tra i tanti, LEW, MISTELIS, KRULL, *International and Comparative Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, 1 e ss.; SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) 1215/2012 ("Bruxelles I-bis")*, in *Rivista di diritto int.*, 2013, p. 1146 ss.; BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato internazionale: favor, ostilità o indifferenza*, 2007, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/01/05benedettelli.pdf>, 1 e ss.; ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009, 141 e ss.; ATTERITANO, *Art. 808-quater*, in Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009, 568; COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-quater c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2012, 81 e ss.; BUTTAZZI, *Favor arbitrati e autonomia delle parti nella giurisprudenza statunitense in tema di arbitrabilità*, in questa *Rivista*, 2001, 275 e ss.; ZARRA, *Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali*, in questa *Rivista*, 2015, 138 e ss.; FRIEDMAN, *The Preclusive Effect of Arbitral Determinations in Subsequent Federal Securities Litigation*, in *Fordham Law Review*, 1987, 658 e ss. (che ricostruisce la giurisprudenza statunitense sul tema); ROSSI, *Sulla presunta inderogabilità della Convenzione di New York quanto ai presupposti del riconoscimento del lodo arbitrale: il lodo depositato in originale deve essere autenticato?*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 2015, 6-7.

<sup>(8)</sup> Come riconosciuto dal giudice Hellerstein nella decisione nel caso *COMMISA*, infatti, vista l'uniformità delle varie previsioni normative in tema di esecuzione dei lodi arbitrali, per motivi di sistematicità è opportuno basare qualsiasi analisi della materia su tale trattato internazionale, che, essendo ad oggi stato ratificato da 156 Stati ed essendo stato il punto di riferimento per qualsiasi altra normativa in materia, costituisce il punto di riferimento indiscusso per la disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale.

trattazione richiede, innanzitutto, che sia concettualmente chiarito, nel *secondo paragrafo*, in cosa consiste l'annullamento presso lo Stato della sede. Ciò impone altresì un'analisi teorica del ruolo delle corti della sede nell'arbitrato commerciale internazionale, basata sia su un'analisi delle disposizioni della Convenzione di New York che sulla ricostruzione dell'acceso dibattito dottrinale avutosi in materia. Tale analisi sarà svolta nel *terzo paragrafo*, in cui, rispetto ad ognuno di questi approcci, esamineremo anche le posizioni espresse in dottrina ed in giurisprudenza in merito alla possibilità di dare esecuzione ad un lodo annullato dalle corti della sede, cercando soprattutto di offrire una sistematizzazione delle moltissime opinioni che si registrano in materia. Nel *quarto paragrafo*, poi, analizzeremo la disciplina del lodo annullato secondo la Convenzione di New York alla luce dei criteri per l'interpretazione dei trattati sanciti dagli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, per poi valutare, nel *quinto paragrafo*, se gli approcci manifestatisi in tema di esecuzione del lodo annullato possano trovare una giustificazione normativa. Alla luce di tale lavoro esegetico arriveremo infine ad affermare la necessità che il problema in esame sia risolto di volta in volta dal giudice interno alla luce dei criteri individuati dalle disposizioni di diritto interno sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni straniere e alla luce delle modalità con cui il diritto interno intende bilanciare l'*international comity* ed il *favor arbitrati*. Si dimostrerà, quindi, che l'approccio adottato dai giudici interni nelle sentenze *Malicorp* e *COM-MISA* sembra rispecchiare il dato convenzionale ed inserirsi in un emergente *trend* giurisprudenziale basato sull'applicazione del criterio indicato. Tuttavia — a nostro giudizio — l'approccio applicato nelle due decisioni in epigrafe sembra ancora essere eccessivamente restrittivo, a discapito del *favor arbitrati*, nella parte in cui limita la discrezionalità che l'art. V, comma 1, lettera (e) della New York Convention attribuisce ai giudici interni di dare esecuzione al lodo annullato ai soli casi in cui la sentenza straniera di annullamento sia contraria all'ordine pubblico dello stato del foro.

2. Affinché la questione posta dalle sentenze in epigrafe possa essere esaminata correttamente sono necessarie alcune premesse sul piano teorico, in particolar modo per quanto riguarda i concetti di annullamento del lodo arbitrale e di sede dell'arbitrato internazionale.

Il controllo esercitato dagli Stati sui lodi arbitrali resi nel proprio territorio non è regolato da alcuna convenzione internazionale<sup>(9)</sup>, ma la possibilità che il lodo sia soggetto ad un controllo nello stato da cui esso proviene è implicitamente riconosciuta dal menzionato art. V, comma 1,

---

<sup>(9)</sup> V. CRAIG, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, in *Arbitration International*, 1988, 174 e ss.

lettera (e) della Convenzione di New York, il quale — tuttavia — nulla dispone in merito alle modalità ed ai presupposti di tale eventuale azione di annullamento.

Storicamente gli Stati hanno (quasi) sempre sentito l'esigenza di garantire la legittimità dei lodi arbitrali emessi nel proprio territorio. Questa necessità è stata spiegata affermando che “there is virtually no body, tribunal, authority or individual (...) whose acts or decisions give rise to binding legal consequences for others (...). Such islands of immunity as remain are constantly shrinking. (...) No one having the power to make legally binding decisions in the country should be altogether outside and immune from this system”<sup>(10)</sup>. La necessità di un controllo dei lodi da parte dei giudici nazionali è stata anche affermata sulla base della pretesa degli Stati di garantire al proprio interno la prevedibilità delle decisioni ed il fondamento delle sentenze arbitrali su “legal or rational basis”<sup>(11)</sup>. Tale ultima necessità è stata comunque tradizionalmente limitata ad un'azione di nullità del lodo non connessa a motivi di merito, essendo — nella maggioranza degli Stati — precluso un appello contro la decisione degli arbitri<sup>(12)</sup>.

Ad ogni modo, va considerato che il margine di operatività di cui gode una corte interna a cui è richiesto di annullare un lodo arbitrale internazionale è ben più ampio di quello delle corti dello Stato dove è chiesta l'esecuzione della decisione degli arbitri: mentre queste ultime sono tenute a dare esecuzione al lodo salvi i casi previsti dall'art. V della Convenzione di New York, le prime godranno di discrezionalità assoluta nel valutare se il lodo rispetti tutti i requisiti ritenuti necessari affinché esso continui ad esistere nell'ambito del diritto interno dello Stato del foro<sup>(13)</sup>. Di fatto, gli Stati sono stati dunque liberi di risolvere — attraverso un equo bilanciamento<sup>(14)</sup> — la tensione tra la pretesa finalit  del lodo arbitrale (ossia l'attitudine dello stesso a risolvere una volta per tutte una certa controversia), da un lato, e la necessaria garanzia che al proprio interno non sopravvivano decisioni arbitrali che non abbiano un valido fondamento giuridico e che non scaturiscano da procedimenti in cui

---

<sup>(10)</sup> KERR, *Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1985, 1.

<sup>(11)</sup> MANN, *Private Arbitration and Public Policy*, in *Civil Justice Quarterly*, 1985, 257.

<sup>(12)</sup> La possibilit  di un appello nel merito   prevista — in limitatissimi casi — dall'art. 69 dell'English Arbitration Act del 1996. Sul punto v. ESPOSITO, *The Development of Commercial Law Through Case Law: Is Section 69 of the English Arbitration Act 1996 Stifling Progress?*, in *Arbitration*, 2008, 429 e ss.; DE PRADA RODRIGUEZ, MUNOZ ROJO, *El proceso civil ingl s*, Granada, 2014, 232 e ss. Per un'analisi di carattere storico delle ragioni per cui si   addivenuti a tale norma, v. MUSTILL, BOYD, *Commercial Arbitration*, London, 1989, 431 e ss. e 583 e ss.

<sup>(13)</sup> V. CRAIG, *op. cit.*, 183.

<sup>(14)</sup> V. REISMAN, RICHARDSON, *The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*, in van den Berg (a cura di) *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series volume 16, 2012, 24.

sia stato rispettato il cd. equo processo, dall'altro lato <sup>(15)</sup>. A tal riguardo, sembra opportuno menzionare quanto affermato dalla Corte d'appello degli Stati Uniti per il Second Circuit nella sentenza *Alghanim*: “la Convenzione (di New York, ndr) prevede differenti modalità di revisione di un lodo arbitrale (1) nello Stato in cui, o in virtù della cui legge, il lodo è stato emesso, e (2) negli altri Stati dove possono essere richiesti il riconoscimento e l'esecuzione. La Convenzione prevede che lo Stato in cui, o in virtù della cui legge, il lodo è stato emesso sarà libero di annullare o modificare il lodo in ottemperanza ai dettami della propria legge interna ed essa contiene numerosi riferimenti, impliciti ed espliciti, a questa possibilità. Ad ogni modo, la Convenzione è egualmente chiara nello stabilire che, quando un'azione di esecuzione è intrapresa in uno Stato straniero, esso può rifiutare tale esecuzione solo sulla base di quanto stabilito dall'art. V della Convenzione stessa” <sup>(16)</sup>.

La possibilità di una revisione del lodo in sede giudiziale è stata anche da molti connessa ad un'aspettativa delle parti dell'arbitrato: se da un lato esse hanno espresso in via contrattuale la propria preferenza per un lodo che sia conclusivo della propria controversia, dall'altro lato le stesse “want to be assured of the possibility of judicial review of the regularity of the arbitral process once the latter has been completed” <sup>(17)</sup>. Le parti insoddisfatte del lodo internazionale potranno quindi, invece di opporsi all'esecuzione dello stesso in uno Stato estero, chiederne l'annullamento nello stato della sede <sup>(18)</sup>. L'esigenza di mantenere la possibilità di una simile azione nell'ambito dell'arbitrato internazionale è del resto evidenziata dalla previsione della stessa nell'ambito dell'art. 34 della Legge Modello UNCITRAL.

3. La funzione di controllo su un lodo arbitrale internazionale è generalmente attribuita allo Stato dove l'arbitrato stesso si considera giuridicamente svolto, ossia lo Stato della sede. A ben vedere, considerando che il luogo in cui le riunioni del collegio arbitrale fisicamente

---

<sup>(15)</sup> V. PARK, *Duty and Discretion in International Arbitration*, in *American Journal of Int. Law*, 1999, 808-809.

<sup>(16)</sup> Court of Appeals for the Second Circuit, 10 settembre 1997, *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us & TRU (HK) Ltd.*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, 1066. Per una disamina di carattere generale dei rimedi successivi all'emissione del lodo v. KAZUTAKE, *Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in *The Seinan Law Review*, 2005, 1 e ss.

<sup>(17)</sup> LEURENT, *Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards*, in *Arbitration International*, 1996, 273. V. anche SCHMITTHOFF, *Finality of arbitral awards and judicial review*, in Lew (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987, 230 e ss.

<sup>(18)</sup> CRAIG, *op. cit.* 177; VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2014, 3 e ss.

avvengono non ha rilievo a fini giuridici <sup>(19)</sup>, la sede dell'arbitrato non è altro che una *fiction iuris* volta a far sì che l'arbitrato si svolga “in the framework of a national order and never in a vacuum” <sup>(20)</sup>.

Il diritto e le corti dello Stato della sede dell'arbitrato, generalmente, svolgono un importante ruolo di supporto e di controllo rispetto alla procedura arbitrale, in particolare con riguardo ad aspetti fondamentali come l'esecuzione dell'accordo arbitrale, l'arbitrabilità della controversia, l'ordine pubblico, la nomina degli arbitri e le eventuali azioni di annullamento del lodo <sup>(21)</sup>. Numerose sono le fonti di diritto interno che fanno riferimento alle funzioni del diritto e delle corti dello Stato sede dell'arbitrato internazionale; sufficiente è in questa sede menzionare, a titolo di esempio, l'art. 1, comma 2, della Legge Modello UNCITRAL, l'art. 2 dell'English Arbitration Act 1996, l'art. 176, comma 2 della legge svizzera sul diritto internazionale privato e l'art. 816 del codice di procedura civile italiano <sup>(22)</sup>.

La Convenzione di New York è ricca di riferimenti alla sede dell'arbitrato <sup>(23)</sup>, anche se essa sembra solo presupporre la nozione, senza definirla né stabilirne il ruolo in modo definitivo. Il primo riferimento va, senza dubbio, all'articolo I, comma 1, della Convenzione, che menziona “sentenze arbitrali emesse, sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione”. Riferimenti alla legge dello Stato dove il lodo è stato emesso si ritrovano anche nell'art. V, comma 1, lettere (a), (d) ed (e). In tali casi, la legge dello Stato in cui la sentenza è stata emessa può costituire un fattore che il giudice dell'esecuzione può tenere in considerazione nel rifiutare l'esecuzione del lodo.

---

<sup>(19)</sup> Si vedano, a titolo di esempio, l'articolo 16, comma 3, delle Regole di arbitrato della LCIA o la decisione della Singapore Court of Appeal, 6 marzo 2002, *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air*, [2002] SGCA 12, in BORN, *International Arbitration: Cases and Materials*, The Hague, 2011, 537 e ss. Si veda, a tal riguardo, anche l'ultimo comma dell'art. 816 del codice di procedura civile italiano.

<sup>(20)</sup> MISTELIS, *Arbitral Seats - Choice and Competition*, in Kroll, Mistelis (a cura di), *International Arbitration and International commercial Law: Sinergy, Convergence and Evolution*, The Hague, 2011, 370.

<sup>(21)</sup> In un fondamentale sforzo chiarificatore MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “Lex Arbitri”*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2006, 164 e ss, ha spiegato la differenza tra “internal lex arbitri” ed “external lex arbitri”. La prima è l'insieme di leggi e regole che governano la procedura interna al singolo arbitrato, mentre la seconda è l'insieme di leggi e regole che stabiliscono le modalità di interfaccia tra il procedimento arbitrale e le corti nazionali. È con riguardo a quest'ultima che la sede assume particolare rilievo.

<sup>(22)</sup> V. BORN, *op. cit.*, 536 e ss.

<sup>(23)</sup> V. BARRY, *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, 302 e ss.; RADICATI DI BROZOLO, *The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's “Architecture of International Commercial Arbitration*, in van den Berg (a cura di) *Arbitration - The Next Fifty Years, ICCA Congress Series volume 16*, 2012, 77 e ss.

Nonostante dal punto di vista normativo (ed, in particolar modo, convenzionale) sembri evidente che l'arbitrato internazionale è sempre connesso ad una sede — a prescindere dal ruolo che tale sede possa avere — in dottrina ed in giurisprudenza vi sono stati numerosi tentativi volti a negare qualsivoglia ruolo alla sede dell'arbitrato<sup>(24)</sup>. Tali considerazioni non rivestono una mera rilevanza pratica, ma costituiscono — come si vedrà — il punto di partenza logico per l'analisi del problema dell'esecuzione del lodo annullato. Di seguito, dunque, una breve ricostruzione di tale dibattito e delle tre principali teorie affermatesi sul tema<sup>(25)</sup>, nonché delle relative ricadute sulla problematica oggetto del presente studio.

La prima teoria affermatasi in ordine temporale, che rispecchia la più tradizionale concezione positivista per la quale l'esercizio della funzione giudiziaria non può prescindere dal controllo (*rectius* dalla garanzia di un possibile controllo) degli organi statali, è la concezione "territoriale" dell'arbitrato internazionale<sup>(26)</sup>. Secondo questa concezione "ogni arbitrato è un arbitrato nazionale, nel senso che esso è soggetto ad uno specifico sistema di diritto interno"<sup>(27)</sup>. L'arbitrato (*rectius*, la procedura arbitrale ed il conseguente lodo) non può dunque esistere se non all'interno della cornice di un diritto nazionale; quest'ultimo, secondo questa concezione, si troverebbe in "stand-by" durante il procedimento arbitrale, ma pronto ad intervenire ogni qual volta si renda necessario<sup>(28)</sup>. Que-

---

<sup>(24)</sup> Come è stato notato in dottrina, le varie posizioni espresse sono espressione del diverso modo in cui si è atteggiata la tensione tra "tradizione" e "neutralità" di un ordinamento statale rispetto all'arbitrato. V. DE LY, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, in *Northwestern Journal of Int. Law & Business*, 1991, 52.

<sup>(25)</sup> V. per una ricostruzione di carattere esaustivo e generale, GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, 2010, 13 e ss. V. altresì PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010*, 2010, 1 e ss.; GAILLARD, *Three Philosophies*, cit., 305 e ss.; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 66 e ss.; DUNMORE, *The Seat: Its Influence on Proceedings and Enforcement*, in Zeiler, Welsler, et. al. (a cura di), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, 365 e ss.

<sup>(26)</sup> V., tra tanti, MANN, *The UNCITRAL Model Law - Lex Facit Arbitrum*, in *Arbitration International*, 1986, 241 e ss.; GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration International*, 2001, 19 e ss.; PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1983, 21 e ss.; MANN, *England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1984, 193 e ss.; MICHAELS, *Dreaming Denationalizes Law - Scholarship on Autonomous International Arbitration as Utopian Literature*, in [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5861&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5861&context=faculty_scholarship), 2013, 1 e ss.

<sup>(27)</sup> MANN, *op. cit.*, 244.

<sup>(28)</sup> MISTELIS, *Arbitral Seats*, cit., 370. La concezione territorialista era — prima dell'English Arbitration Act 1996, che, pur mantenendola, ne ha attenuato la portata — ritenuta essenziale nel diritto inglese. Si vedano, a tal riguardo, Court of appeal, *Halfdan Greig & Co. A/S v. Sterling Coal & Nav. Corp.*, [1973] 1 Q.B. 843 (C.A.) (meglio conosciuto come caso "Lysland"); House of Lords, 1 gennaio 1970, *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v. James Miller & Partners Ltd*, [1970] 1 All ER 796; Queen's Bench Division (Commercial Court), 22 December 1992, *Union of India v. McDonnell Douglas Corporation*, [1993] 2 Lloyd's L. Rep. 48. Ancora oggi, comunque, l'English Arbitration Act 1996, all'art. 4, sancisce l'inderogabilità di alcune proprie norme, che si applicano a prescindere da una differente scelta delle parti in tema

st'approccio può trovare fondamento, come già visto, oltre che in numerose norme di diritto interno, anche nella Convenzione di New York, nella parte in cui essa presuppone l'esistenza di una sede per l'arbitrato internazionale.

Coloro i quali aderiscono alla concezione territorialista dell'arbitrato internazionale affermano che un lodo annullato nello Stato d'origine non possa più trovare esecuzione altrove. Le motivazioni addotte dagli studiosi che raggiungono questo risultato non sono tuttavia uniformi. L'approccio più restrittivo, traendo spunto da quanto affermato in un articolo del 1959 <sup>(29)</sup> dal padre fondatore della Convenzione di New York, Pieter Sanders, afferma che il lodo annullato nello Stato d'origine cessa di esistere con effetti *erga omnes* e, pertanto, l'esecuzione dello stesso (ed il *favor* connesso a tale esecuzione) non può neppure essere presa in considerazione da un giudice straniero, giacché *ex nihilo nil fit* <sup>(30)</sup>. Tali studiosi citano, tra l'altro, a supporto della propria tesi la sentenza della Court of Appeals for the District of Columbia nel caso *Termorio* <sup>(31)</sup>, in cui il giudice ha affermato che la valutazione sulla validità del lodo spetta ai tribunali dello Stato della sede. Un approccio più moderato, pur non riconoscendo la possibilità di esecuzione di un lodo annullato, si basa sulla necessità di rispettare le decisioni dello Stato della sede. La *comity*, che — come anticipato — dovrebbe condurre uno Stato a dare esecuzione ai provvedimenti giudiziali emessi in altri Stati, secondo questi studiosi imporrebbe alle corti dello Stato in cui si cerca l'esecuzione di non assumere decisioni contrarie allo Stato della sede, a totale discapito del

---

di legge procedurale applicabile. Sul punto v. CARBONNEAU, *Judicial Approbation in Building the Civilization of Arbitration*, in *Penn. State Law Review*, 2009, 1348 e ss.; PARK, PAULSSON, *The Binding Force of International Arbitral Awards*, in *Virginia Journal of International Law*, 1983, 253 e ss.; PERLOFF, *The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration*, in *U. Pa. Journal of Int. Business Law*, 1992, 326 e ss.

<sup>(29)</sup> SANDERS, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1959, 55.

<sup>(30)</sup> V. VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside, cit.*, 4 e ss.; VAN DEN BERG, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2010, 182 e ss.; RAU, *Understanding (and Misunderstanding) "Primary Jurisdiction"*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2010, 47 e ss.; SCHWARTZ, *A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1997, 125 e ss.; ATTERITANO, *Il lodo annullato, cit.*, 100 e ss.; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 985 e ss.

<sup>(31)</sup> Sentenza 25 maggio 2007, *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electrasanta S.P. et al.*, in questa *Rivista*, 2008, 93 e ss. Similmente viene citata la decisione del Bundesgerichtshof, IX<sup>o</sup> ZB, Beschluss 23 aprile 2013, III ZB 59/12, in questa *Rivista*, 2013, 977 e ss. Si vedano, per un simile approccio, la giurisprudenza russa (es. Vysshii Arbitrazhnyi Sud RF, 27 agosto 2012, *Ciments Français v. Sibirskiy Cement*, Vesnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF [Vestn. VAS] 2012 No. 12458/11) e quella cilena (Corte Suprema de Justicia, 8 settembre 2011, *EDF Internacional S.A. c. Endesa Internacional S.A. and YPF S.A.*, Rol de la causa: 4390-2010, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, 915 e ss.). Si vedano, per una descrizione di tali decisioni, SILBERMAN, SCHERER, *op. cit.*, 118 e ss. Anche l'Italia, alla luce dell'art. 840 del codice di procedura civile, si colloca tra quei paesi in cui l'esecuzione di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine è assolutamente preclusa.



*favor arbitrati* (32). Una terza corrente di pensiero, infine, ravvisa nella Convenzione di New York una distinzione tra corti con giurisdizione cd. primaria (ossia quelle dello Stato della sede) e corti con giurisdizione cd. secondaria (tutte le altre). Le decisioni dei giudici con giurisdizione primaria, allo scopo di garantire la certezza del diritto, sarebbero vincolanti per quelle con giurisdizione secondaria (33) in virtù di un presunto rapporto gerarchico posto in essere dalla stessa Convenzione di New York.

La seconda concezione ha posto in essere una “delocalizzazione” (da molti definita anche “plurilocalizzazione”) (34) dell’arbitrato. Pur non disconoscendo il ruolo della sede, quest’approccio afferma, da un lato, che un procedimento arbitrale possa essere interamente (35) governato da una legge procedurale diversa da quella della sede, e, dall’altro lato, che un lodo arbitrale possa trovare legittimazione anche in ordinamenti diversi da quello della sede, ed in particolare in tutti gli Stati dove è chiesta l’esecuzione del lodo stesso (36). Con riguardo a questa teoria, è importante notare che essa non prevede che l’arbitrato ed il lodo siano indipendenti da qualsiasi diritto, ma semplicemente che essi, pur avendo una sede, possano essere presi in considerazione e valutati diversamente nei vari ordinamenti: “legal orders are national, and they are different; they may assign different outcomes to the same event” (37). Anche tale concezione trova un fondamento nella New York Convention: quest’ultima, come anticipato, non stabilisce il ruolo delle corti e della legge della sede dell’arbitrato ed anzi, come si vedrà, sembra addirittura legittimare una divergenza di opinioni tra diversi Stati in merito all’esistenza, alla validità ed all’efficacia del medesimo lodo arbitrale.

Anche nell’ambito di questo secondo approccio si registrano varie sottocategorie. Punto comune al pensiero di questi studiosi è l’applicazione, alle sentenze di annullamento, dei tradizionali criteri di esecuzione delle decisioni straniere, per valutare se tali sentenze siano o meno

---

(32) V. SLATER, *On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy*, in *Arbitration International*, 2009, 271 e ss. Un simile approccio, anche se senza esplicitamente menzionare la *comity*, sembra essere stato assunto da GIARDINA, *The International Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Nullifies in the Country of Origin*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 200, 278.

(33) V. REISMAN, RICHARDSON, *op. cit.*, 25 e ss.; REISMAN, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair*, Durham, 1992, 1 e ss.

(34) PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

(35) Si veda l’art. 182 della legge svizzera sul diritto internazionale privato, che prevede la totale libertà delle parti nella scelta del diritto processuale applicabile, e la si confronti con il già menzionato art. 4 dell’English Arbitration Act, che prevede l’inderogabilità di numerose proprie norme.

(36) V. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1983, 57; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 68.; PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

(37) PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

meritevoli di riconoscimento all'estero<sup>(38)</sup>. Si parla, a tal riguardo, come anticipato, di “preferred approach”, “judicial route”<sup>(39)</sup> o “Westphalian approach”<sup>(40)</sup>. Diversità di opinioni si registra, tuttavia, nella scelta dei criteri da applicare per rifiutare l'esecuzione di una sentenza di annullamento straniera e, dunque, con riguardo alle modalità con cui deve essere operato il bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*. Un primo gruppo di studiosi, partendo proprio dal principio dell'*international comity*, afferma che tendenzialmente le decisioni di annullamento dovrebbero essere riconosciute ed eseguite all'estero, salvo che esse siano contrarie all'ordine pubblico dello Stato in cui il riconoscimento è richiesto<sup>(41)</sup>. Tale approccio ha trovato riscontro in varie decisioni emesse da corti nazionali<sup>(42)</sup>. A questi si aggiungono coloro i quali, operando *di fatto* un più equo bilanciamento tra i valori in gioco, affermano che i giudici a cui è chiesta l'esecuzione sono liberi di concederla — anche se il lodo sia stato precedentemente annullato — in tutti i casi in cui l'annullamento non sia stato dovuto ad uno dei motivi compresi nell'articolo V, comma 1, lettere (a), (b), (c) e (d) della Convenzione di New York. Tali motivi di annullamento, riconosciuti in quasi tutti gli ordinamenti, sarebbero infatti da considerarsi quali standard cd. internazionali, mentre tutti gli altri motivi di annullamento — di portata meramente locale — non richiede-

---

<sup>(38)</sup> PETROCHILOS, *Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin Under the New York Convention*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, 856 e ss.; VALLAR, *op. cit.*, 97 e ss.; MISTELIS, *Delocalization and Its Relevance in Post-award Review*, in *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 144/2013*, 2013, 177 e ss..

<sup>(39)</sup> V. SILBERMAN, SCHERER, *op. cit.*, 115 e ss.; SILBERMAN, *op. cit.*, 26 e ss.

<sup>(40)</sup> V. nota 5.

<sup>(41)</sup> PARK, *Duty and Discretion*, cit. 805 e ss.; THADIKKARAN, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2014, 575 e ss.; SAMPLINER, *Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1997, 141 e ss.; KOCH, *The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2009, 267 e ss.; HANSON, *Setting Aside Public Policy: The Pemex Decision and the Case for Enforcing International Arbitral Awards Set Aside as Contrary to Public Policy*, in *Georgetown Journal of Int. Law*, 2014, 825 e ss. Un simile approccio sembra essere stato assunto da BRIGUGLIO, *op. cit.*, 473 e ss., che — pur tendenzialmente negando la denazionalizzazione del lodo, fa riferimento ad alcune situazioni in cui si registra una “denazionalizzazione parziale” del lodo, in cui il lodo stesso potrebbe trovare esecuzione nonostante l'annullamento nello stato della sede.

<sup>(42)</sup> Gerechtshof Amsterdam, 28 aprile 2009, *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft*, in questa *Rivista*, 2012, 97 e ss.; Southern District of New York, 6 febbraio 2014, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. Ltd., Hongsa Lignite (LAO PDR) Co. Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, reperibile all'indirizzo [http://www.newyorkconvention1958.org/doc\\_num.php?explnum\\_id=2558](http://www.newyorkconvention1958.org/doc_num.php?explnum_id=2558); High Court of Justice, Queen's Bench Division, 3 luglio 2014, *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Oil Company Rosneft*, [2014] EWHC 2188; English Court of Appeal, 21 ottobre 2008, *Ipco (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, [2008] EWCA (Civ) 1157. Quest'approccio sembra anche confermato da Court of Appeals for the Second Circuit, 12 agosto 1999, *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999). A tal riguardo v. FREYER, *United States Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards - The Aftermath of the Chromalloy Case*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2000, 1 e ss.

rebbero un'automatica deferenza da parte dei giudici stranieri<sup>(43)</sup>. Rispetto a questi ultimi può dunque prevalere la *strong policy* che favorisce l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali. Infine c'è stato chi ha proposto un approccio secondo il quale, posta una presunzione in favore del rifiuto dell'esecuzione del lodo annullato, le parti possono comunque manifestare una volontà contraria a tale presunzione (escludendo nel contratto la possibilità di un annullamento presso lo Stato della sede), essendo proprio la volontà delle parti sovrana nell'arbitrato internazionale<sup>(44)</sup>.

Il terzo approccio, sviluppato in particolar modo dalla dottrina francese<sup>(45)</sup>, vede invece il procedimento ed il lodo arbitrale come a-nazionali. Essi non trovano legittimazione in nessun ordinamento statale, ma nel sistema transnazionale di diritto dell'arbitrato<sup>(46)</sup>. Si parla dunque di *floating arbitration*. Secondo questa concezione, che dà rilievo al solo *favor arbitrati*, la sede dell'arbitrato è del tutto irrilevante e le uniche corti nazionali che possono esercitare una funzione in relazione all'arbitrato sono quelle dello Stato in cui è chiesta l'esecuzione. Quest'ultimo approccio, a nostro giudizio<sup>(47)</sup>, non trova fondamento diretto nella Convenzione di New York, data la totale assenza in esso di un riferimento alla sede dell'arbitrato. Ciononostante esso ha trovato applicazione grazie alla

---

<sup>(43)</sup> PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, 14 e ss.; DUNMORE, *Enforcement of Awards Set Aside in their Jurisdiction of Origin*, in Klausseger, Klein, et al. (a cura di), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2014, 285 e ss.

<sup>(44)</sup> DRAHOZAL, *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2000, 451 e ss.

<sup>(45)</sup> V. GOLDMAN, *Les Conflits de Lois dans l'Arbitrage International de Droit Prive*, in *Recueil des Cours*, vol. 109, 1963, 380; FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit prive*, in *Revue critique droit int. priv.*, 1960, 14; FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1965, 401 e ss.; LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, in *Revue de l'arbitrage*, 1976, 155. V. anche DEZALAY, GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996, 31 e ss.

<sup>(46)</sup> PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 13 e ss. A tal riguardo si noti che GAILLARD, *Three Philosophies*, cit., 307, parla di una legittimazione da parte di *tutti* gli Stati del sistema giuridico transnazionale dell'arbitrato, che trova poi una sua autonoma vita sulla base di tale legittimazione. In tema di arbitrato a-nazionale si vedano SMIT, *A-National Arbitration*, in *Tulane Law Review*, 1989, 629 e ss.; LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 179 e ss.; PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1981, 358 e ss.; BRIGUGLIO, *op. cit.*, 453 e ss.; ATTERITANO, *L'enforcement*, cit., 61 e ss.; AHMED, *The influence of the delocalisation and seat theories upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, in *Arbitration*, 2011, 407 e ss.; MISTELIS, *Delocalization*, cit., 165 e ss.; DE BENITO, HUERTA DE SOLO HUARTE, *El arbitraje internacional como orden juridico espontaneo*, in *Spain Arbitration Review*, 2015, 113 e ss.; PIATKOWSKA, *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization")*, in *Acta Erasmiana*, 2013, 21 e ss.; JANIČJEVIĆ, *Delocalization in International Commercial Arbitration*, in *Facta Universitatis*, 2005, 63 e ss.

<sup>(47)</sup> Per un'opinione contraria v. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, 77 e ss., il quale ravvede nell'articolo I della Convenzione di New York una norma che autorizza una forma di arbitrato non connesso ad alcuna sede.

disposizione dell'art. VII della Convenzione di New York, che stabilisce la prevalenza sulle disposizioni del Trattato delle norme di diritto interno più favorevoli all'arbitrato rispetto a quelle convenzionali<sup>(48)</sup>. In sede di esecuzione, potranno dunque trovare applicazione norme come l'art. 1514 del codice di procedura civile francese<sup>(49)</sup>, che — sposando la concezione del *floating arbitration* — stabilisce che il lodo arbitrale internazionale vada sempre eseguito, salvi i soli casi in cui esso è contrario all'ordine pubblico internazionale<sup>(50)</sup>.

Coloro i quali aderiscono alla teoria dell'arbitrato a-nazionale sono unanimi nell'affermare che l'annullamento nello stato della sede sia del tutto irrilevante ai fini dell'esecuzione<sup>(51)</sup> e taluni di essi hanno perfino affermato che il procedimento di annullamento presso lo Stato della sede potrebbe essere del tutto abolito<sup>(52)</sup>. L'esecuzione del lodo potrà infatti essere rifiutata solo se il lodo è considerato contrario all'ordine pubblico internazionale secondo i giudici dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta<sup>(53)</sup>.

Ad oggi, nessuna delle menzionate concezioni è stata unanimemente accettata ed ognuna di esse è stata aspramente criticata dai sostenitori

---

<sup>(48)</sup> V. CARLEVARIS, *The Coordination Among the Sources on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in *Quaderni dell'arbitrato dell'ISSA*, 2012, 90 e ss.; LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 697 e ss. e 718 e ss.; OTTO, *Article VII*, in Kronke, Nacimiento et al. (a cura di), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 443 e ss.; ROSSI, *op. cit.*, p. 2 e ss.

<sup>(49)</sup> V. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte Seconda*, in *Diritto del Commercio Int.*, 2012, 95 e ss.

<sup>(50)</sup> Sul concetto di ordine pubblico internazionale v., *ex multis*, LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in Sanders (a cura di), *ICCA Congress Series No. 3*, 1986, 257 e ss.; LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 720 e ss.; FRY, *Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy*, in *Chinese Journal of Int. Law*, 2009, 81 e ss.; OTTO, ELWAN, *Article V(2)*, in Kronke, Nacimiento et al., *op. cit.*, 345 e ss.

<sup>(51)</sup> LEW, *op. cit.*, 179 e ss.; GAILLARD, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, in *ICSID Review, FILJ*, 1999, 16 e ss.; LASTENOUSE, *Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1999, 25 e ss.; RADICATI DI BROZOLO, *The Enforcement of Annulled Awards: Further Reflection in Light of Thai-Lao Lignite*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2014, 47 e ss. ed, in particolare, 60.

<sup>(52)</sup> RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 96 e ss.

<sup>(53)</sup> Si veda, su tutte, Cour de Cassation, 29 giugno 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, in *Arbitration International*, 2008, 295 e ss. in cui la Cassazione francese ha precisato che il lodo arbitrale è una decisione internazionale di giustizia, da valutare solo nel luogo in cui è chiesta l'esecuzione e che non risente di eventuali annullamenti in altri Stati. V. altresì Cour de Cassation, 23 marzo 1994, *Société Hilmarton c. Società Omium de Traitement et de Valorisation*, in questa *Rivista*, 1995, 291 e ss.; Cour d'Appel de Paris, 29 settembre 2005, *Direction Générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubai c. Société International Bechtel Co LLC*, in questa *Rivista*, 2006, 371 e ss.; Cour de Cassation, 3 ottobre 1984, *Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Sirketi S.A.*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1985, 67 e ss. Per una critica al concetto di arbitrato commerciale internazionale come forma di giustizia transnazionale e sovranazionale ci limitiamo a richiamare, oltre a tutti i già menzionati sostenitori dell'approccio territorialista, LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1968, 30-32.

delle altre. Nella restante parte del lavoro proveremo quindi a comprendere se la Convenzione di New York sposi, almeno implicitamente, una di queste teorie, in modo tale da poter poi stabilire se le sentenze in epigrafe rispettano o meno il dato convenzionale.

4. La ricerca di un criterio appropriato — tra i vari approcci sopra descritti — non può che partire da un'accurata analisi del dato normativo della Convenzione di New York.

Tale analisi non si presenta tuttavia agevole, giacché se da un lato la versione inglese dell'art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione afferma che l'esecuzione del lodo annullato “*may be refused*” (simili diciture si ritrovano anche in altre tre versioni ufficiali della Convenzione, ossia lo spagnolo, il russo ed il mandarino) <sup>(54)</sup>, la versione francese del trattato afferma che l'esecuzione “*ne seront refusées... que si*” (sarà rifiutata... a meno che). Se da quattro delle versioni autentiche del testo, quindi, sembra che i giudici dell'esecuzione godano di discrezionalità nell'esecuzione, la versione francese sembra precludere questa possibilità. È dunque necessario svolgere un supplemento di indagine allo scopo di comprendere quale sia, tra le due, l'interpretazione da far prevalere.

Ciò impone l'applicazione al caso in esame dei criteri per l'interpretazione enunciati dagli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che — secondo la maggioranza degli studiosi — rappresentano il diritto internazionale consuetudinario <sup>(55)</sup>.

In particolare, posta la discrepanza linguistica tra la versione inglese e quella francese del trattato (entrambe autentiche), l'analisi dovrà esser compiuta alla luce dell'art. 33, comma 3 e 4, della Convenzione di Vienna, che disciplina l'interpretazione dei trattati redatti in più lingue <sup>(56)</sup>. Partendo da una presunzione di eguaglianza di significato tra i vari testi del

---

<sup>(54)</sup> PAULSSON, *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics*, in *Arbitration International*, 1999, 227 e ss.

<sup>(55)</sup> V., *ex multis*, VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, 439-440, 448, 461; DORR, *Article 33*, in Dorr, Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Dordrecht, 2012, 588; SBOLCI, *Supplementary Means of Interpretation*, in Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 146 e ss.; VILLIGER, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission*, in Cannizzaro (a cura di), *op. cit.*, 106 e ss. Non affermano con eguale convinzione lo status di diritto consuetudinario di tali norme SOREL, BORÉ EVENO, *Art. 31*, in Corten, Klein (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, 2011, 807 e ss.; PAPAUX, SAMSON, *Art. 33*, in Corten, Klein (a cura di), *op. cit.*, 869 e ss.

<sup>(56)</sup> Sul concetto di trattati redatti in più lingue v. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008, 380 e ss.; GERMER, *Interpretation of Plurilingual Treaties: A Study of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1970, 400 e ss.; HARDY, *The Interpretation of Plurilingual Treaties by International Courts and Tribunals*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1961, 72 e ss.; KUNER, *The Interpretation of Multilingual Treaties: Comparison of Texts Versus the Presumption of Similar Meaning*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1991, 953 e s.

medesimo trattato (art. 33, comma 3), la norma afferma che — in caso di differenza di significato ineliminabile — l'interprete dovrà applicare un significato che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione (art. 33, comma 4).

Si tratta dunque, a ben vedere, di scegliere, tra i vari linguaggi, quello che — alla luce dello scopo e dell'oggetto del trattato<sup>(57)</sup> — meglio si adatti ad esprimere il senso dello stesso trattato riconciliando le differenze esistenti tra le varie lingue<sup>(58)</sup>. Per questo motivo, parte della dottrina ha affermato che l'interpretazione dei trattati redatti in più lingue e la risoluzione di eventuali contrasti esistenti tra le varie versioni autentiche vadano effettuate in chiave teleologica<sup>(59)</sup>.

Se dunque quanto sopra è vero, ne discende che la Convenzione di New York, essendo stata redatta allo scopo di facilitare il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali internazionali su scala globale<sup>(60)</sup>, deve essere interpretata alla luce del *favor arbitrati*. Ciò è confermato anche dalla stessa “Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York del 1958”<sup>(61)</sup>, in cui si afferma che “i redattori della Convenzione hanno voluto che i motivi di diniego del riconoscimento dell'esecuzione dei lodi vengano interpretati restrittivamente, e che il rifiuto venga ammesso solo in casi gravi”. A supporto di tale visione è possibile citare la decisione della Corte d'appello del terzo circuito degli Stati Uniti nel

---

<sup>(57)</sup> Sui concetti di “oggetto” e “scopo” di un trattato v. GARDINER, *op. cit.*, 189 e ss.; BUFFARD, ZEMANEK, *The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?*, in *Austrian Review of Int. & European Law*, 1998, 311 e ss.; JONAS, SAUNDERS, *The Object and the Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, 565 e ss.

<sup>(58)</sup> V. PAPAUX, SAMSON, *op. cit.*, 882-883; SHELTON, *Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties*, in *Hastings Int. & Comparative Law Review*, 1996-1997, 630-631. Si veda anche il cd. arbitrato *Young Loan*, Tribunale arbitrale per l'Accordo sugli averi esterni germanici, 16 maggio 1980, *Belgio e altri c. Repubblica federale tedesca*, in *ILR*, 1980, p. 548, in cui si è affermato che “the repeated reference by Article 33(4) of the VCT to the ‘object and purpose’ of the treaty means in effect nothing else than any person having to interpret a plurilingual international treaty has the opportunity of resolving any divergence in the texts which persists, after the principles of Articles 31 and 32 of the VCT have been applied, by opting, for a final interpretation, for the one or the other text which in his opinion most closely approaches the ‘object and purpose’ of the treaty”.

<sup>(59)</sup> V. SHELTON, *op. cit.*, 631. L'A. fa in particolare modo leva sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times n. 1 c. Regno Unito*, ric. N. 6538/74, par. 48, in cui è stato affermato che “confronted with versions of a law making treaty which are equally authentic but not exactly the same, the Court must interpret them in a way that reconciles the mas far as possible and is most appropriate in order to realize the aim and achieve the object of the treaty”. V. anche GARDINER, *op. cit.*, 383. BJORGE, *The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intention of the Parties*, in Bianchi, Peat, Windsor (a cura di), *Interpretation in International Law*, Oxford, 2015, 190 e ss. ha invece parlato di “objectivized intention of the parties”. Sulla necessità di tenere conto della natura delle obbligazioni assunte dalle parti del trattato v. invece ARATO, *Accounting Difference in Treaty Interpretation Over Time*, in Bianchi, Peat, Windsor, *op. cit.*, 205 e ss.

<sup>(60)</sup> V. ATTERITANO, *L'enforcement*, cit., 275; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 71.

<sup>(61)</sup> International Council for Commercial Arbitration, Guida all'interpretazione della Convenzione di New York del 1958 (traduzione a cura di Potestà e Biasiolo), L'Aja, 2013, 86-87.

caso *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*, in cui è stato affermato che “in conformità all’approccio favorevole all’esecuzione dei lodi arbitrari stranieri, i giudici hanno limitato le eccezioni all’esecuzione ai motivi formulati all’art. V della Convenzione, e hanno generalmente interpretato in modo restrittivo tali obiezioni” (62).

Conseguenza diretta di quanto sopra è allora che, posto che quattro delle cinque versioni ufficiali della Convenzione offrono discrezionalità al giudice nell’esecuzione del lodo annullato e che questa discrezionalità sembra supportata sia dai criteri di interpretazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che dalla stessa prassi applicativa relativa alla Convenzione di New York, le versioni inglese, spagnola russa e cinese di quest’ultimo trattato debbano prevalere su quella francese (63).

Sebbene questa tesi possa essere criticata dal punto di vista del risultato sostanziale a cui essa conduce, giacché foriera di incertezza e di decisioni confliggenti seppur aventi il medesimo oggetto (64), sembra che quest’approccio sia *in re ipsa* nella stessa Convenzione di New York e che pertanto non si possa prescindere dallo stesso (65). I redattori della Convenzione sembrano, infatti, aver preferito dare preminenza al *favor arbitrati* rispetto all’armonia internazionale delle decisioni.

5. Alla luce di quanto sopra, sembra ora possibile prendere una posizione rispetto ai numerosi approcci teorici descritti nel terzo paragrafo e, quindi, rispetto alle sentenze che si commentano.

Partendo dall’analisi delle varie tesi afferenti all’approccio territorialista, sembra evidente — posta la discrezionalità nell’eseguibilità del lodo annullato che la Convenzione di New York attribuisce ai giudici dell’esecuzione — la non condivisibilità dell’opinione di coloro i quali ritengono inesistente il lodo arbitrale annullato. Quanto appena detto è stato anche recentemente confermato dalla High Court inglese nel già menzionato

---

(62) United States Court of Appeals for the Third Circuit, 26 giugno 2003, in *Yearbook Commercial Arbitration XXIX*, 2004, 1003 e ss.

(63) Tale tesi è supportata anche dai lavori preparatori alla Convenzione di New York. V. DARWAZEH, *Art. V(1)(e)*, in Kronke, Nacimiento (a cura di), *op. cit.*, 308 e ss. V. anche PAULSSON, *May or Must*, cit., 227. Non a caso, anche un fermo sostenitore dell’inesistenza del lodo arbitrale annullato ha più volte confermato che la Convenzione di Vienna sembra supportare un’interpretazione estensiva dell’art. V, comma 1, lett. (e), della Convenzione di New York. V. ATTERITANO, *L’enforcement*, cit., 275; ATTERITANO, *Il lodo annullato*, cit., 101. Per un’isolata opinione contraria circa i lavori preparatori v. SAMPLINER, *op. cit.*, 146.

(64) V. GIARDINA, *Armonia interna*, cit., 796 e ss.; SAMPLINER, *op. cit.*, 157; THADIKKARAN, *op. cit.*, 597.

(65) Non a caso questa tesi ha trovato riscontro anche nei paesi più legati alla concezione territoriale dell’arbitrato internazionale. V., oltre ai precedenti citati nella precedente nota 42, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, 21 settembre 2000, *Apis AS v. Fantazia KeresKedelmi KFT*, [2001] 1 All E.R. (Comm) 348; Court of Appeal, 12 marzo 1993, *Soleh Boneh International Ltd v. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, [1993] 2 Lloyd’s Rep 208.

caso *Yukos* <sup>(66)</sup>, in cui il giudice ha esplicitamente affermato che “there is no *ex nihilo nil fit* principle which precludes the enforcement of the Awards”. Del resto, anche nello stesso caso *Termorio*, citato da questa parte della dottrina a supporto della propria tesi, è stato affermato che ci possono essere circostanze straordinarie in cui l’esecuzione del lodo annullato può avere luogo <sup>(67)</sup>, di fatto escludendo in principio la possibilità dell’inesistenza del lodo annullato. Questa tesi, del resto, appare criticabile poiché essa annulla del tutto il valore del *favor arbitrati* di fronte alla necessità — fondamentalmente di carattere teorico — di dare preminenza alle decisioni delle corti della sede.

Allo stesso modo, per rispondere a coloro i quali affermano che l’esecuzione del lodo annullato è sempre preclusa dal valore della *comity*, se è vero che quest’ultima impone il rispetto per le decisioni straniere, è altresì vero che questa debba di volta essere bilanciata sia con il principio del *favor arbitrati*, che con il principio del rispetto della volontà delle parti, le quali comunque generalmente esprimono la propria volontà di ottenere un lodo arbitrale che sia “final and binding” <sup>(68)</sup>. La *comity* è sicuramente un valore da tenere in considerazione, ma in ogni caso non in modo assoluto e dogmatico <sup>(69)</sup>.

Non sembra poi trovare alcun fondamento giuridico la posizione di quelli che operano, nell’ambito della Convenzione di New York, una distinzione tra giurisdizioni di tipo primario e secondario. Nell’assenza di una categorizzazione di questo genere nel testo convenzionale, non può la dottrina arbitrariamente operare, sulla base della Convenzione stessa, un’allocazione di competenza tra i vari giudici nazionali. La Convenzione di New York è un trattato che favorisce l’esecuzione dei lodi arbitrali stranieri ed uniforma le normative nazionali in materia, ma da nessuna parte prevede qualsivoglia forma di allocazione di giurisdizione al proprio interno <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> V. *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Oil Company Rosneft*, cit, par. 22 e 81. Tale approccio è sostenuto anche da PETROCHLOS, *op. cit.*, 885.

<sup>(67)</sup> V. a tal riguardo THADIKKARAN, *op. cit.*, 589.

<sup>(68)</sup> Interessante, in questa prospettiva, la posizione di DRAHOZAL, *op. cit.*, 469, il quale ha affermato che “the availability of review by an enforcement court can reduce the risk of aberrational decisions by a court in the arbitral situs. In these circumstances, the presence of enforcement courts provides a degree of supervision not only of the arbitral award but also of the actions of courts at the arbitral situs”.

<sup>(69)</sup> V. in questo senso THADIKKARAN, *op. cit.*, 590 e ss.; SAMPLINER, *op. cit.*, 157.

<sup>(70)</sup> V. in questo senso RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 80; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 71. Del resto, nel principale precedente giurisprudenziale in cui è stata utilizzata questa distinzione, lo scopo del giudice era quello di negare valore ad una decisione di annullamento emessa in uno Stato diverso da quello della sede (e non a creare una gerarchia tra corti della sede e corti dell’esecuzione). A tal scopo il giudice ha affermato che solo le corti con “primary jurisdiction”, ossia quelle della sede, possono procedere all’annullamento e non altre. Si veda a tal riguardo la decisione della Court of Appeal for the Fifth Circuit, 23 marzo 2004, *Karaha Bodas Company, L.L.C., v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi*



Allo stesso modo, come già affermato, non sembra a nostro giudizio avere fondamento nella Convenzione di New York l'idea di un arbitrato a-nazionale, giacché è la stessa Convenzione a far espresso riferimento al concetto di sede, di fatto implicitamente riconoscendone l'esistenza. Quest'ultimo approccio sembra inoltre criticabile dal punto di vista assiologico, in quanto ignora del tutto la necessità di prendere almeno in considerazione la sentenza di annullamento emessa in un altro Stato.

Condivisibili appaiono, invece, le posizioni di coloro i quali sposano il cd. "Westphalian approach", giacché sembra evidente — da un'attenta analisi del dettato convenzionale — che i redattori della Convenzione di New York hanno inteso rimanere *neutrali* <sup>(71)</sup> rispetto alla problematica dell'esecuzione del lodo annullato, di fatto rimettendo la valutazione caso per caso al giudice dell'esecuzione.

Alla luce delle esposte considerazioni non si può che esprimere giudizio pienamente positivo sull'operato dei giudici nei casi *Malicorp* e *COMMISA* che si commentano, giacché essi perfettamente si inseriscono nel solco del dettato della Convenzione di New York. Le due decisioni, tra l'altro, sembrano anche inserirsi nell'ambito di un *trend* giurisprudenziale <sup>(72)</sup> che sembra accomunare i giudici dei vari Stati nel non precludere aprioristicamente la possibilità di dare esecuzione del lodo annullato, ma di valutare in concreto la rispondenza della decisione di annullamento rispetto ai criteri di diritto interno per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere <sup>(73)</sup>.

Resta a questo punto da comprendere quali sono i parametri in base ai quali i giudici potranno utilizzare la discrezionalità che la Convenzione gli attribuisce. La questione è di non facile soluzione in quanto, richiedendo un bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*, necessariamente coinvolge considerazioni di carattere assiologico e pertanto necessariamente implica un certo grado di soggettività nell'interprete, giacché in ogni cultura giuridica si tenderà a dare preminenza a questo o quel valore sulla base dell'esperienza ivi maturata.

Sia la sentenza *Malicorp* che quella *COMMISA* sembrano, al ri-

---

*Negara*, 364 F.3d 274. Per un commento v. GIAMBATIANI, *Recent Development: Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts*, in *American University Int. Law Review*, 2005, 1101 e ss.

<sup>(71)</sup> Ha per primo parlato di neutralità BRIGUGLIO, *op. cit.*, 468; medesima prospettiva è stata presa in considerazione anche da RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 84.

<sup>(72)</sup> V. le precedenti note 42 e 65.

<sup>(73)</sup> Si vedano, con riguardo a tali parametri, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 2013, 285 e ss.; SMIT, *International Res Judicata and Collateral Estoppel in the United States*, in *UCLA Law Review*, 1964, 44 e ss. Va posto inoltre in evidenza che al *trend* evidenziato nel testo sembra corrisponderne un altro per il quale l'interferenza delle corti della sede con lo svolgimento dell'arbitrato e le vicende del lodo è sempre più ridotto. Quest'idea è stata propugnata, a nostro giudizio correttamente, da MISTELIS, *Reality Test*, cit., 178.

guardo, aver sposato l'approccio di coloro i quali vorrebbero consentire l'esecuzione del lodo annullato solo quando la sentenza di annullamento sia manifestamente contraria all'ordine pubblico dell'ordinamento dove l'esecuzione del lodo è richiesta <sup>(74)</sup>. Nel bilanciamento tra *comity* e *favor arbitrati*, quindi, stando alle due decisioni che si commentano, la prima dovrebbe prevalere salvo casi eccezionali.

A nostro giudizio tale prospettiva è invece eccessivamente limitante, poiché sussistono numerose situazioni in cui il lodo è annullato sulla base di cd. "local particularities" <sup>(75)</sup>. Si pensi ai casi in cui un lodo arbitrale può essere rimesso in discussione in quanto non sottoscritto da tutti gli arbitri <sup>(76)</sup>, o ai casi, come *Termorio*, in cui il lodo è stato annullato solo perché emesso sulla base delle regole di una certa istituzione. In tutte queste situazioni, dare esecuzione alla sentenza nazionale di annullamento e precludere la circolazione del lodo sembra essere contrario alle esigenze del commercio internazionale contemporaneo. Appare dunque condivisibile la tesi del Paulsson <sup>(77)</sup>, secondo cui l'esecuzione del lodo arbitrale annullato deve essere garantita in tutti i casi in cui l'annullamento non è stato posto in essere sulla base degli standard di annullamento cd. internazionali, ossia quelli previsti dall'art. V, comma 1, lett. (a), (b), (c) e (d) della Convenzione di New York. In tutti gli altri casi si dovrebbe invece parlare di standard di annullamento cd. locali, rispetto ai quali non è preclusa l'esecuzione del lodo in altri Stati <sup>(78)</sup>. Quest'approccio sembra operare un equo bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*, garantendo che le particolarità culturali di un singolo ordinamento non ledano le esigenze del commercio internazionale ed, in particolar modo, la circolazione dei lodi arbitrali internazionali, che sono oramai la forma di decisione più diffusa per quanto concerne le controversie in materia. Se da un lato, infatti, debita considerazione deve essere attribuita alle sentenze straniere, non si può — dall'altro lato — consentire che queste decisioni costituiscano un ingiustificato freno alle esigenze del mercato internazionale, che va al di là differenze culturali che si riscontrano nei singoli ordinamenti. I giudici interni godono, del resto, di discrezionalità nel non dare esecuzione ad una sentenza straniera di annullamento basata su un

---

<sup>(74)</sup> V. la precedente nota 41.

<sup>(75)</sup> V. PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards*, cit., 14.

<sup>(76)</sup> Si vedano a tal riguardo l'art. 24, comma 1, della legge sull'arbitrato del Brasile, e l'art. 53 della legge sull'arbitrato della Cina.

<sup>(77)</sup> PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards*, cit., 14 e ss. Tale teoria è sposata anche dal DUNMORE, *Enforcement*, cit., 313.

<sup>(78)</sup> Questa è del resto la posizione adottata dall'art. 9 della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Ginevra il 21 aprile 1961, che limita la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un lodo arbitrale annullato ai soli motivi di annullamento previsti dalla Convenzione stessa. Su tale Convenzione v. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1971, 47 e ss.

cd. standard di carattere locale <sup>(79)</sup>. Come anticipato, tuttavia, in assenza di un dato normativo all'interno della Convenzione di New York su cui fondare questa posizione, ed in presenza di un giudizio di valori che comporta necessariamente un certo grado di soggettività dell'interprete, essa non può essere definita corretta in termini assoluti.

In conclusione, alla luce delle esposte considerazioni, le sentenze in epigrafe sembrano confermare un *trend* giurisprudenziale che riconosce discrezionalità al giudice interno nel dare esecuzione ad un lodo annullato nello Stato della sede dell'arbitrato, valutando la decisione di annullamento alla luce degli ordinari criteri per il riconoscimento delle sentenze straniere. Tali sentenze non sono invece condivisibili, a giudizio di chi scrive, nella parte in cui restringono eccessivamente ed a priori i casi in cui l'esecuzione del lodo annullato può aver luogo, sbilanciando eccessivamente a favore dell'*international comity* il giudizio che contrappone tale valore al ben noto principio del *favor arbitrati* ed alle esigenze del commercio internazionale.

GIOVANNI ZARRA

---

<sup>(79)</sup> A tal riguardo giova rammentare che la materia dell'arbitrato è esclusa dal campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 e dunque le norme nazionali in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere troveranno piena applicazione.



## **Il nuovo Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale dei contratti pubblici (\*)**

EMANUELE ODORISIO

### *1. L'incerta sorte dell'arbitrato del codice dei contratti pubblici.*

Al momento in cui vengono licenziate le bozze del presente lavoro è ancora incerta la sorte della disciplina dell'arbitrato contenuta nel codice dei contratti pubblici.

È all'esame del Parlamento un disegno di legge delega per l'attuazione di alcune recenti direttive comunitarie in materia e per « il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici »<sup>(1)</sup>, il quale, oltre a prevedere la redazione di un nuovo codice<sup>(2)</sup>, contempla un principio e criterio direttivo che potrebbe preludere ad un intervento in sede di legge delegata proprio sulla disciplina dell'arbitrato.

In particolare il principio e criterio direttivo di cui alla lettera *pp*), prevede la « razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, limitando il ricorso alle procedure arbitrali, ma riducendone il costo ».

Si tratta, tuttavia, com'è evidente di un principio talmente generico da non consentire in nessun modo di immaginare quali possano essere le scelte del legislatore delegato.

---

(\*) Il testo del nuovo Regolamento può leggersi in questo fascicolo nella rubrica "Documenti e notizie".

(1) Si tratta del disegno di legge recante « Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ».

(2) L'art. 1, lett. *b*), prevede il seguente principio e criterio direttivo: « compilazione di un unico testo normativo (...) denominato « Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione » recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione ».

L'auspicio è dunque che, qualora la scelta finale in sede di legge delega sia quella per il mantenimento dell'istituto, ciò avvenga nel rispetto dei principi costituzionali in tema di delega legislativa e dunque con la fissazione di un adeguato principio o criterio direttivo, quale non può certo essere considerato quello di cui alla lettera *pp*) del disegno di legge delega.

## 2. *Il nuovo Consiglio arbitrale ed il nuovo « regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale ».*

In attesa di conoscere quali saranno le scelte del legislatore, l'ANAC ha provveduto alla nomina di un nuovo Consiglio arbitrale (i precedenti componenti si erano infatti dimessi) <sup>(3)</sup> ed alla approvazione di un nuovo « regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale » <sup>(4)</sup>.

Il regolamento si compone di otto articoli che si occupano dei vari aspetti dell'organizzazione e del funzionamento della Camera arbitrale, trattando degli organi della stessa e dei relativi poteri (art. 1), delle strutture ausiliarie (art. 2), delle modalità di svolgimento, di convocazione e di verbalizzazione delle sedute del Consiglio (artt. 3, 4, 5 e 6), delle incompatibilità e dei divieti per i componenti del Consiglio arbitrale (art. 7) ed infine delle regole di comportamento (art. 8).

Alcune di tali disposizioni sono in realtà mere riproduzioni di quanto già previsto dal codice dei contratti pubblici.

In tal senso, ad esempio, le previsioni di cui all'art. 1, commi 1 e 2 (prima parte) corrispondono all'art. 242, commi 2 e 3, c.c.p., mentre quelle di cui all'art. 2, comma 1, riproducono l'art. 242, comma 4, c.c.p.

Per quanto concerne le altre disposizioni che hanno invece una portata innovativa, una particolare attenzione meritano, per il cultore dell'arbitrato, quelle contenute nell'art. 7, dedicato, come si è già ricordato, ad « incompatibilità e divieti », e caratterizzate, come si vedrà, da un notevole rigore.

## 3. *Le incompatibilità ed i divieti stabiliti per i componenti del Consiglio arbitrale.*

L'art. 7, che si compone di due commi, prevede tre fattispecie di « incompatibilità e divieti ».

Le prime due fattispecie sono contemplate nel primo comma mediante il rinvio « alle incompatibilità e ai divieti » previsti per gli arbitri nei commi 5 e 6 dell'art. 241 c.c.p.

La terza fattispecie è invece descritta esplicitamente nel comma 2: « qualora taluno dei componenti avesse già svolto l'incarico di arbitro di parte o

---

<sup>(3)</sup> Il provvedimento di nomina del 10 febbraio 2015 è consultabile in [www.anac.it](http://www.anac.it).

<sup>(4)</sup> Il testo del regolamento, datato 14 febbraio 2015, oltre che sul sito dell'ANAC, è stato pubblicato anche in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, n. 19 del 24 gennaio 2015, 147 ss.

prestato opera professionale in favore di un soggetto che risulti poi parte in giudizio arbitrale, ha l'obbligo di dichiararlo e di astenersi. Egli non può partecipare alla delibera avente per oggetto la nomina del terzo arbitro né agli atti successivi riguardanti il giudizio arbitrale ».

Per comprendere in che cosa consistano tali « incompatibilità e divieti » conviene esaminare separatamente ciascuna fattispecie.

4. Segue: *il rinvio alle « incompatibilità e ai divieti » previsti dall'art. 241, comma 5, c.c.p.*

L'art. 7, comma 1, del regolamento, rinvia innanzitutto al comma 5 dell'art. 241 c.c.p., a norma del quale « il Presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precisi requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile ».

In via del tutto preliminare, è chiaro che il rinvio risulta privo di rilevanza con riferimento alla prima parte del comma 5 dell'art. 241 c.c.p., laddove si esige che il presidente del collegio arbitrale sia scelto « tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precisi requisiti di indipendenza ».

Ed infatti, non solo tale disposizione non contemplando né una incompatibilità né un divieto dovrebbe ritenersi estranea al rinvio <sup>(5)</sup>, ma la stessa, facendo riferimento alla « materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce », non potrebbe comunque essere estesa ai componenti del Consiglio arbitrale, i quali vengono nominati non al momento dell'avvio del procedimento arbitrale ma in un momento antecedente allorquando non è ancora possibile sapere quali saranno le materie oggetto del contratto cui si riferiscono gli arbitrati che la Camera dovrà amministrare.

Tutt'al più, volendo leggere nel rinvio al comma 5 la volontà di prevedere per i componenti del Consiglio arbitrale una disposizione rispondente alla medesima *ratio* ad essa sottesa, si potrebbe sostenere che la norma, se riferita ai componenti del Consiglio arbitrale, esigerebbe una particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

---

<sup>(5)</sup> Si deve, tra l'altro, anche ricordare che tale disposizione è, già nel proprio originario ambito applicativo, del tutto priva di reale forza precettiva (SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 259, nota 90; così anche ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, Milano, 2011, 599; cfr. anche TIZI, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 217, nota 58).

D'altra parte, però, se così fosse la disposizione sarebbe meramente riproduttiva di quanto stabilito dall'art. 242, comma 3, c.c.p., il quale prevede che il Consiglio arbitrale sia composto da « soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto ».

Assai rilevante è, invece, quanto previsto dalla seconda parte del comma 5, a norma del quale il presidente del collegio deve essere comunque scelto « tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico » (6).

Estendere tale previsione ai componenti del Consiglio arbitrale (7) vuol dire, infatti, che essi devono non aver svolto nei tre anni antecedenti alla loro nomina le funzioni di arbitro di parte o di difensore nei giudizi arbitrali disciplinati appunto dall'art. 241 c.p.c.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio divieto di nomina.

L'estensione ai componenti del Consiglio arbitrale del divieto sancito dall'art. 241, comma 5, c.c.p. fa sì che anche per essi si ponga il problema del significato da attribuirsi all'art. 241, comma 5, c.c.p. nella parte in cui si precisa che il divieto colpisce coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore « in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo » e dunque dall'art. 241 c.c.p. (8). In altre parole è legittimo chiedersi se il divieto riguardi chi ha svolto funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal solo art. 241 c.c.p., e dunque in ipotesi di c.d. arbitrato libero (9), o se invece il divieto colpisca anche chi ha svolto funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 243 c.c.p., e dunque in ipotesi di arbitrato amministrato (10). Non si può infatti trascurare che i giudizi arbitrali amministrati di cui all'art. 243 c.c.p. sono comunque disciplinati *anche* dall'art. 241 c.c.p. (11).

A mio avviso — ed indipendentemente da come la si pensi rispetto

---

(6) Per alcuni rilievi critici su tale disposizione, v. ODORISIO, *op. cit.*, 601 ss.

(7) È d'altra parte chiaro che si tratta di una disposizione applicabile a tutti i componenti del Consiglio e non solo al Presidente e che dunque a nulla rileva la circostanza che il comma 5 si riferisca espressamente al solo presidente del collegio arbitrale.

(8) Non ha invece evidentemente rilievo, nella misura in cui il divieto viene esteso ai componenti del Consiglio arbitrale, l'ulteriore dubbio sull'applicabilità dell'art. 241, comma 5, c.c.p. solamente alla nomina del presidente del collegio in caso di arbitrato libero (ODORISIO, *op. cit.*, 601) o invece anche alla nomina del presidente del collegio in caso di arbitrato amministrato (in questo senso si è orientata la Camera arbitrale: v. delibera 7 luglio 2011, verbale n. 344, di cui al comunicato n. 32 del presidente della Camera arbitrale).

(9) ODORISIO, *op. cit.*, 601.

(10) In tal senso deve essere letta, a mio avviso, la citata delibera della Camera arbitrale del 7 luglio 2011 (citata alla nota 9).

(11) L'art. 243, comma 1, c.c.p. stabilisce che nei giudizi arbitrali in cui il presidente è nominato dalla Camera Arbitrale « in aggiunta alle norme di cui all'art. 241, si applicano le seguenti regole ».



all'ambito applicativo del divieto sancito dall'art. 241, comma 5, c.c.p. nei confronti della nomina del presidente del collegio arbitrale — la soluzione corretta, se si tiene conto della *ratio* del divieto, non può che essere quest'ultima.

Il divieto — che è estraneo alla tradizione delle istituzioni arbitrali, la quale contempla delle limitazioni per i componenti delle stesse alla possibilità di essere nominati arbitri negli arbitrati da amministrare, ma non quello di nomina, quali componenti delle istituzioni, di coloro che in passato abbiano svolto, nell'ambito degli arbitrati amministrati, le funzioni di arbitri o di difensori <sup>(12)</sup> — mira soprattutto, evidentemente, ad evitare qualsiasi confusione o sovrapposizione di ruoli (anche in tempi diversi) tra chi deve amministrare l'arbitrato (i componenti del Consiglio arbitrale) e chi invece è destinatario, diretto o indiretto, dell'attività della Camera arbitrale stessa (gli arbitri e gli avvocati delle parti), sicché sarebbe poco coerente con tale *ratio* una lettura dell'art. 7 del regolamento che consentisse la nomina a componenti del Consiglio arbitrale di coloro che partecipano (quali arbitri o difensori) alla forma di arbitrato (quella amministrata) nella quale maggiore è l'intervento della Camera arbitrale.

5. Segue: *il rinvio alle « incompatibilità e ai divieti » previsti dall'art. 241, comma 6, c.c.p.*

La seconda disposizione richiamata è il comma 6 dell'art. 241 c.c.p., il quale prevede che « in aggiunta ai casi di ricusazione degli arbitri previsti dall'articolo 815 del codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse, anche ai sensi dell'articolo 240 ».

In dottrina domina l'idea che il legislatore in tal modo, lungi dall'aver trasformato i motivi di ricusazione in motivi di incapacità degli arbitri ad assumere l'incarico, si sarebbe limitato ad aggiungere un nuovo motivo di ricusazione degli arbitri rispetto a quelli elencati nell'art. 815 c.p.c. <sup>(13)</sup>, anche

---

<sup>(12)</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 2 del « regolamento interno della Corte internazionale di arbitrato della CCI » [sia nel vigente regolamento, in [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), sia in quello precedente, in AA.VV., *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, a cura di Briguglio e Salvaneschi, Milano, 2005, 591 ss. (v. anche il relativo commento di CARLEVARIS, 593 ss., spec. 601)] o l'art. 16 del Regolamento arbitrale della Camera arbitrale della Camera di commercio di Milano.

<sup>(13)</sup> RUFFINI, POLINARI, *Art. 815. Ricusazione degli arbitri*, in *Codice di procedura civile commentato*<sup>3</sup> a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, III, 5828 ss., 5837 s.

se, com'è stato sottolineato, si tratta in realtà di una fattispecie che, seppure non espressamente menzionata nell'art. 815 c.p.c., sarebbe già compresa nell'ampia previsione di cui all'art. 815, comma 1, n. 6 c.p.c. <sup>(14)</sup>.

Se riferita ai componenti del Consiglio arbitrale tale interpretazione è d'altra parte l'unica possibile, visto che al momento della nomina dei componenti non si è ancora a conoscenza delle controversie sulle quali gli stessi saranno chiamati a provvedere e dunque non è possibile verificare la sussistenza delle fattispecie che impedirebbero la nomina del componente del Consiglio arbitrale.

In buona sostanza, quindi, nel caso di specie tramite il rinvio all'art. 241, comma 6, c.c.p., il regolamento sancisce non un divieto di nomina ma una fattispecie di incompatibilità.

L'applicazione di tale disposizione ai componenti del Consiglio arbitrale comporta, dunque, il dovere di astensione del singolo componente che si trovi in una delle fattispecie di cui all'art. 815 c.p.c. (e di cui all'art. 241, comma 6, c.c.p., qualora si sia disposti ad ammettere che quest'ultima previsione abbia un proprio ambito applicativo ulteriore rispetto a quello di cui all'art. 815, comma 1, n. 6, c.p.c.), rispetto alla controversia oggetto di attività della Camera arbitrale e mira, ovviamente, a presidiare l'imparzialità dei componenti del Consiglio arbitrale.

6. *Segue: l'obbligo di astensione per il componente che abbia già svolto attività professionale in favore della parte di un giudizio arbitrale.*

La terza ed ultima fattispecie è quella di cui al comma 2 dell'art. 7 del regolamento, il quale stabilisce che « qualora taluno dei componenti avesse già svolto l'incarico di arbitro di parte o prestato opera professionale in favore di un soggetto che risulti poi parte in giudizio arbitrale, ha l'obbligo di dichiararlo e di astenersi. Egli non può partecipare alla delibera avente per oggetto la nomina del terzo arbitro né agli atti successivi riguardanti il giudizio arbitrale ».

Tale disposizione deve essere coordinata con il combinato disposto di cui all'art. 242, commi 3 e 9, c.c.p.

L'art. 242, comma 3, c.c.p. stabilisce che « il presidente e i consiglieri [della Camera arbitrale] sono soggetti alle incompatibilità e ai divieti previsti dal comma 9 », il quale prevede che « durante il periodo di appartenenza all'albo gli arbitri non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte ».

Da tale combinato disposto si ricava, dunque, che il presidente ed i consiglieri per tutta la durata del loro mandato non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali amministrati dalla Camera, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.

---

<sup>(14)</sup> RUFFINI, POLINARI, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, diretto da Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, Padova, 2010, sub art. 815, 165.

Ciò premesso, è allora chiaro che il secondo comma dell'art. 7 del regolamento costituisce il completamento di quanto stabilito all'art. 242, comma 3, c.c.p.: mentre quest'ultima disposizione, come si è appena visto, vieta l'espletamento di incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali amministrati successivamente alla conclusione del giudizio arbitrale, l'art. 7, comma 2, del regolamento si preoccupa del caso in cui l'incarico professionale si sia svolto prima del giudizio arbitrale, prevedendo un dovere di astensione<sup>(15)</sup>.

È altrettanto chiaro che l'attività professionale, compreso l'incarico di arbitro, che impone al componente del Consiglio di astenersi, comprende anche il caso in cui si tratti di attività di difensore o di arbitro in giudizio arbitrale disciplinato dall'art. 241 c.c.p., nell'ipotesi in cui, in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 7, comma 1, del regolamento e 241, comma 5, c.c.p., sia stato nominato componente del Consiglio arbitrale un soggetto che abbia svolto tale attività.

## 7. Sintesi.

Per riassumere, dal complesso delle disposizioni richiamate in materia di « incompatibilità e divieti » per i componenti del Consiglio arbitrale (e dunque non solo quelle di cui al regolamento in commento ma anche quelle contenute nell'art. 242 c.c.p.), si ricava quanto segue:

a) è vietata la nomina a componente del Consiglio arbitrale di coloro che nell'ultimo triennio « hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati » dall'art. 241 c.c.p. (cfr. artt. 7, comma 1, del regolamento e 241, comma 5, c.c.p.);

b) debbono astenersi, e dunque non possono « partecipare alla delibera avente per oggetto la nomina del terzo arbitro né agli atti successivi riguardanti il giudizio arbitrale », quei componenti del Consiglio arbitrale che si trovano in una delle situazioni di cui all'art. 815 c.p.c. o « coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse, anche ai sensi dell'articolo 240 » (artt. 7, comma 1, del regolamento, 241, comma 6, c.c.p.) (sempre se si ammette che tale ultima previsione abbia un proprio autonomo spazio applicativo);

c) debbono astenersi, e dunque non possono « partecipare alla delibera avente per oggetto la nomina del terzo arbitro né agli atti successivi riguardanti il giudizio arbitrale », quei componenti del Consiglio arbitrale che

---

<sup>(15)</sup> In passato, rispetto alla analoga previsione originariamente contenuta nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, è stato giustamente osservato che « la *ratio* della disposizione (...) impone *a fortiori* di estenderne la previsione anche ai giudizi arbitrali in corso, che non siano stati ancora decisi » (LUISO, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in questa *Rivista*, 2000, 411 ss.).

abbiano « già svolto l'incarico di arbitro di parte o prestato opera professionale in favore di un soggetto che risulti poi parte in giudizio arbitrale » (art. 7, comma 2, del regolamento);

d) i componenti del Consiglio arbitrale, per tutta la durata del proprio incarico, « non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali » amministrati dalla Camera arbitrale « ivi compreso l'incarico di arbitro di parte » (art. 242, commi 3 e 9, c.c.p.).

Si tratta, dunque, di tre tipologie ben diverse di prescrizioni.

In primo luogo, il combinato disposto di cui agli artt. 7, comma 1, del regolamento e 241, comma 5, c.c.p. (*sub* lett. *a*), individua dei requisiti necessari per potere essere nominati quali componenti del Consiglio arbitrale.

La seconda tipologia di prescrizioni è quella ricavabile dal combinato disposto degli artt. 7, comma 1, del regolamento, e 241, comma 6, c.c.p. e dall'art. 7, comma 2, del regolamento (*sub* lett. *b* e *c*).

Con tali prescrizioni ci si è preoccupati dei casi in cui il rapporto tra il singolo componente del Consiglio arbitrale ed una specifica controversia devoluta al giudizio arbitrale amministrato dalla Camera, potrebbe pregiudicare l'imparzialità. Tali disposizioni infatti prevedono che in tali casi il componente del Consiglio debba astenersi.

Infine, *ex* artt. 242, commi 3 e 9, c.c.p. (*sub* lett. *d*), il legislatore, sempre per presidiare l'imparzialità dei componenti del Consiglio arbitrale, si è preoccupato di vietare ai componenti del Consiglio l'assunzione di incarichi professionali a favore delle parti dei giudizi arbitrali amministrati successivamente alla conclusione dei giudizi stessi, secondo una tendenza spesso seguita in questi ultimi anni <sup>(16)</sup>.

#### 8. *La violazione delle regole sulle incompatibilità ed i divieti.*

La previsione di specifiche incompatibilità e divieti nei confronti dei componenti del Consiglio arbitrale pone il delicatissimo problema delle conseguenze derivanti dalle violazioni di tali prescrizioni.

Innanzitutto è chiaro che tali violazioni sono destinate a rilevare sulla nomina.

Ad esempio, qualora sia stato nominato un componente del Consiglio arbitrale che si trovi nella situazione descritta dal combinato disposto degli artt. 7, comma 1, del regolamento e 241, comma 5, c.c.p. (e che dunque abbia svolto nei tre anni antecedenti alla nomina la funzione di arbitro di parte o di difensore in giudizi disciplinati dallo stesso art. 241 c.c.p.), ciò costituirà giusto motivo di revoca della nomina, con conseguente necessità di provvedere alla sua sostituzione e, molto probabilmente, al medesimo esito dovrebbe perve-

---

<sup>(16)</sup> Cfr. ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 937 ss., 941, nota 12.

nirsi qualora il componente del Consiglio arbitrale, nonostante si trovi in una delle situazioni descritte dall'art. 241, comma 6, c.c.p. o dall'art. 7, comma 2, del regolamento, non si sia astenuto, o qualora, in violazione dell'art. 242, comma 9, c.c.p., abbia svolto incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali amministrati dalla Camera arbitrale.

Occorre peraltro chiedersi quali conseguenze abbiano tali violazioni sugli atti posti in essere dalla Camera arbitrale nell'ambito dei giudizi arbitrali dalla stessa amministrati.

La risposta a tale interrogativo è influenzata dall'idea che si voglia accogliere sulla natura dell'attività posta in essere dalla Camera relativamente allo svolgimento dei procedimenti arbitrali e dunque sul regime applicabile ai suoi atti, dal momento che, evidentemente, una cosa è ritenere che gli atti della Camera arbitrale siano dei provvedimenti amministrativi<sup>(17)</sup>, altra cosa è invece ritenere che gli stessi vadano collocati all'interno di un rapporto contrattuale tra le parti e la Camera stessa riconducibile al c.d. contratto di amministrazione dell'arbitrato<sup>(18)</sup> o comunque in chiave privatistica, come autorevolmente sostenuto in dottrina<sup>(19)</sup>.

Se tra le parti e l'istituzione è configurabile un contratto di amministrazione di arbitrato (come è a mio avviso preferibile) o se comunque gli atti dell'istituzione debbono essere qualificati in chiave privatistica, si deve però anche segnalare che, almeno per quanto concerne il nostro ordinamento, il tema delle conseguenze, sugli atti della Camera o del terzo incaricato, della violazione delle regole sulle incompatibilità o i divieti stabiliti per i componenti della istituzione o per il terzo designatore non è stato ancora oggetto di particolari approfondimenti<sup>(20)</sup>.

A mio avviso, il problema dev'essere impostato tenendo conto che non è possibile stabilire una regola generale, in quanto occorre analizzare la disciplina relativa a ciascun singolo atto posto in essere dall'istituzione o dal terzo.

E da questo punto di vista, come si vedrà, le conclusioni a cui si perviene sono le stesse sia che si ritenga sussistente un contratto di amministrazione dell'arbitrato sia che, invece, si ritenga che la Camera sia solo incaricata di volta in volta di singole specifiche funzioni.

---

<sup>(17)</sup> Per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza a favore di questa soluzione, v. ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 594, nota 174, 665, nota 301.

<sup>(18)</sup> In questo senso, v. innanzitutto LUISO, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, cit., 411 ss. nonché Cass. 1° luglio 2008, n. 17930, in questa *Rivista*, 2008, 239 ss. Per gli opportuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza, cfr. ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 554 ss.<sup>(19)</sup> In questo senso, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 587 ss., 594, secondo la quale non sarebbe legittimo vedere tra parti e camera arbitrale un contratto di amministrazione dell'arbitrato e « l'attribuzione al terzo di specifiche funzioni comporta unicamente l'applicazione delle relative norme ».

<sup>(20)</sup> Cfr. comunque NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, 55 s., il quale rileva che la nomina degli arbitri effettuata dall'istituzione senza il rispetto delle regole contenute nei regolamenti che individuano, all'interno dell'associazione, l'ufficio competente a procedere alla nomina, è causa di nullità del lodo per l'inosservanza delle regole pattuite tra le parti per la nomina degli arbitri.

Prendendo in esame due tra gli atti più significativi che l'istituzione arbitrale può essere chiamata ad adottare ai sensi degli artt. 241 e ss. c.c.p., e cioè il provvedimento di nomina del terzo arbitro (art. 241, comma 15, c.c.p.) e quello di liquidazione degli onorari degli arbitri (art. 243, comma 5, c.c.p.), possono svolgersi le seguenti considerazioni.

In via del tutto preliminare è necessario chiarire che, anche con riferimento al solo caso della violazione di quanto prescritto con il rinvio all'art. 241, comma 5, c.c.p., la soluzione non può ricercarsi nell'ultima parte del richiamato art. 241, comma 5, c.c.p., laddove è stabilito, del tutto irragionevolmente, che « la nomina del presidente del collegio in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile » (21).

In tal senso, infatti, depongono la stessa lettera del rinvio, che sancisce la estensione al Presidente ed ai Consiglieri dei divieti e delle incompatibilità previsti per gli arbitri ma non anche delle conseguenze delle relative violazioni.

Per quanto concerne l'atto di nomina del terzo arbitro, la soluzione non può che ricercarsi nei principi generali in materia di disciplina degli atti di nomina degli arbitri.

Il codice di procedura civile non prevede alcuna autonoma impugnazione degli atti di nomina degli arbitri effettuati dalle parti o da un terzo incaricato da queste ultime (sia nell'ambito di un contratto di amministrazione dell'arbitrato che quale mero ente designatore) (22), in quanto qualsiasi vizio relativo alle nomine rifluisce nel lodo e qualsiasi contestazione al riguardo può essere effettuata mediante l'impugnazione dello stesso *ex* art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., il quale, infatti, prevede testualmente la nullità del lodo se « gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo » (23).

La regola fondamentale contenuta nell'art. 809 c.p.c. è quella secondo la quale è rimessa alla parti la scelta delle modalità di nomina, sicché se non vengono rispettate le modalità di nomina stabilite dalle parti (24) (tra le quali rientrano, chiaramente, anche quelle che fissano i requisiti soggettivi del terzo o dei terzi eventualmente incaricati della nomina), certamente il relativo lodo

---

(21) ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 602.

(22) Per quanto concerne il provvedimento di nomina ad opera della autorità giurisdizionale, dal momento che a seguito della novella del 2006 è stato espunto dall'art. 810, comma 2, c.p.c. il riferimento alla non impugnabilità dell'ordinanza presidenziale di nomina, la dottrina ritiene esperibile nei confronti di quest'ultima (nonché nei confronti dell'ordinanza di rigetto) il reclamo *ex* art. 739 c.p.c. (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, Padova, 2012, I, 602; RUFFINI, GRADI, in AA.Vv., *Codice di procedura civile commentato*<sup>5</sup>, diretto da Consolo, III, Milano, 2013, *sub* art. 810, 1638; SALVANESCHI, *Dell'arbitrato: artt. 806-840*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, 239).

(23) ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 594.

(24) MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 110; SALVANESCHI, *Dell'arbitrato: artt. 806-840*, cit., 887; ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA.Vv., *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Carpi, Bologna, 2007, *sub* art. 829, 720 ss.

è impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c. (sempre che, ovviamente, ai sensi di quest'ultima disposizione « la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale »).

È tuttavia importante precisare che poiché nel caso di specie l'organo che procede alla nomina, il Consiglio della Camera arbitrale, è un organo collegiale e poiché si tratta, nel caso di specie, di un collegio c.d. virtuale e non reale (il Consiglio, infatti, può deliberare anche senza la presenza di tutti i suoi membri: cfr. art. 5 del Regolamento), affinché la relativa delibera possa dirsi viziata per la illegittima partecipazione di uno (o più) dei suoi componenti (il quale non avrebbe dovuto neanche essere nominato arbitro o comunque avrebbe dovuto astenersi) è necessario effettuare la c.d. prova di resistenza, verificando, dunque, se si sarebbe raggiunta la maggioranza anche in assenza del voto viziato (o dei voti viziati) <sup>(25)</sup>.

Per quanto concerne l'atto di nomina, peraltro, questa conclusione non è influenzata dalla riconduzione di tale atto nell'ambito del contratto di amministrazione di arbitro o, invece, dalla qualifica della Camera arbitrale quale mero « ente designatore » <sup>(26)</sup>. Per l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., infatti, è irrilevante che le modalità di nomina non osservate facciano parte di un contratto di amministrazione di arbitro o invece ineriscano ad un mero mandato <sup>(27)</sup>.

Ed è appena il caso di precisare che, nella prospettiva in esame, non assume rilevanza neanche il delicato problema della qualificazione delle previsioni del regolamento in esame come fonti normative, seppur secondarie <sup>(28)</sup>, o invece come meri atti amministrativi <sup>(29)</sup>, dal momento che, a

---

<sup>(25)</sup> Occorre peraltro ricordare che parte della dottrina e parte della giurisprudenza ritengono che ai fini del superamento della c.d. prova di resistenza occorra anche verificare se, al di là del dato numerico, la partecipazione alla deliberazione di chi non era legittimato a parteciparvi abbia influenzato la votazione degli altri componenti [v., tra i tanti, CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 203 ss.].

<sup>(26)</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 595.

<sup>(27)</sup> Per la qualifica del rapporto tra parti e soggetto chiamato ad effettuare la nomina in termini di mandato, v. SANGIOVANNI, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitro ordinario e arbitro societario*, in *Corr. giur.*, 2005, 1133 ss., 1139.

<sup>(28)</sup> Per quanto concerne la fonte del potere regolamentare dell'Autorità, v. l'art. 6, comma 2, c.c.p., in forza del quale l'Autorità « stabilisce le norme sul proprio funzionamento », ma soprattutto l'art. 8, comma 2, c.c.p. il quale prevede che la Autorità « disciplina (...) con uno o più regolamenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento ». Il regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, approvato in data 19 novembre 2013, prevede all'art. 22, comma 2, che « il consiglio dell'autorità, sentito il Consiglio della Camera arbitrale, approva il regolamento di organizzazione e funzionamento della Camera arbitrale ».

<sup>(29)</sup> Sul tema dei regolamenti delle autorità amministrative indipendenti cfr., almeno, ANGELONI, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 49 ss.; NICCOLAI, in MODUGNO, NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 26; POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 2001, 1 ss.; TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012. Con particolare riferimento ai poteri regolamentari dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, v. BOVA, *La funzione di regolazione e le*

prescindere dalla qualifica che si preferisca, le stesse operano, *ex art.* 1374 c.c., quali fonti di integrazione del contratto (di amministrazione di arbitrato <sup>(30)</sup> o di mandato) <sup>(31)</sup>.

Per quanto riguarda il provvedimento di liquidazione degli onorari degli arbitri, se si muove dalla premessa che si tratta di atto di arbitraggio <sup>(32)</sup>, rispetto al contratto di arbitrato tra le parti e gli arbitri, come riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione <sup>(33)</sup>, con conseguente competenza in sede giurisdizionale del giudice ordinario, il problema consiste nel chiedersi se la mancanza in uno o più degli arbitratori (nel caso di specie i componenti del Consiglio arbitrale) delle qualità pattuite tra le parti <sup>(34)</sup> costituisca motivo per l'impugnazione della determinazione del terzo.

La dottrina da un lato, pur ammettendo la possibilità che l'arbitratore di cui all'art. 1349 c.c. sia non un singolo soggetto ma un collegio <sup>(35)</sup>, non ha

---

*determinazioni dell'AVCP*, in AA.VV., *Il Precontenzioso e l'attività paragiurisdizionale dell'AVCP*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 131 ss., 135 ss.; PIGNATARO, *L'Authority di vigilanza nel codice dei contratti pubblici*<sup>2</sup>, Torino, 2010, 212 ss.; POLITI, *op. cit.*, 18.

<sup>(30)</sup> Nell'ambito del fenomeno degli arbitrati amministrati spesso disposizioni simili a molte di quelle contenute nel regolamento in commento compaiono quale preambolo al regolamento di arbitrato dell'istituzione (v., ad esempio, il « preambolo » del Regolamento arbitrale della Camera arbitrale della Camera di commercio di Milano) o quale appendice allo stesso [v. ad esempio lo « statuto » ed il « regolamento interno » della Corte internazionale di arbitrato della CCI, che costituiscono rispettivamente l'appendice I e II del « regolamento di arbitrato » (cfr. sia l'attuale regolamento, in [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org), che il precedente, sul quale v. AA.VV., *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, cit.). Indipendentemente dalla loro collocazione, si tratta di previsioni comunque facenti parte della disciplina del contratto di amministrazione dell'arbitrato (su tale aspetto, v. CARLEVARIS, *op. cit.*, 595).

<sup>(31)</sup> Com'è noto dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che l'espressione « legge » utilizzata nell'art. 1374 c.c. debba essere intesa in senso ampio, sicché la stessa sarebbe riferibile non solo alla legge formale ma anche alle leggi sostanziali ed agli atti amministrativi (FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in AA.VV., *Il codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, II, Milano, 1999, 3 ss., 16 ss. nota 29; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 36 ss.; SACCO, *I mezzi di integrazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, II, Torino, 1982, 471 ss.). Sul fenomeno dell'integrazione del contratto ad opera degli atti delle Autorità amministrative indipendenti, v. ANGELONI, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 95 ss., 175 ss.

<sup>(32)</sup> Come riconosciuto sia da coloro che configurano il rapporto tra parti ed istituzione in termini di contratto di amministrazione di arbitrato (ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 665 ss.) sia da coloro che viceversa negano la sussistenza di tale contratto [ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 597].

<sup>(33)</sup> Così Cass. 1° luglio 2008, n. 17930, cit., la quale, tuttavia, ha effettuato alcune ulteriori considerazioni contraddittorie rispetto alla qualifica della determinazione della Camera quale atto di arbitraggio (v., infatti, LUISO, *La liquidazione del compenso negli arbitrati dei lavori pubblici*, in questa *Rivista*, 2008, 165 ss. e ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 666 ss.).

<sup>(34)</sup> Valgono anche per tale ipotesi le considerazioni precedentemente svolte sull'integrazione del contratto (nel caso di specie di arbitrato) *ex art.* 1374 c.c.

<sup>(35)</sup> DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da Alpa, Torino, 1999, I, 145 ss., 180; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger P., Milano, 2001, 167 ss., 222; Id., *Il contratto di arbitraggio*, in AA.VV., *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, II, Torino, 2005, 1143 ss., 1185; MALAGNINO, *Il terzo arbitratore nell'integrazione del negozio giuridico*, Padova, 2010, 27; VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968,



affrontato tale specifica questione e dall'altro, soprattutto, si mostra comunque assai divisa sul tema della individuazione delle azioni esperibili nei confronti della determinazione del terzo oltre a quelle espressamente contemplate nell'art. 1349 c.c. <sup>(36)</sup>.

A mio avviso, la soluzione deve essere comunque affermativa in quanto, indipendentemente dalla tesi che si voglia seguire, è sempre possibile ricondurre la mancanza negli arbitratori dei requisiti soggettivi prescritti ad una delle azioni ammesse quali, ad esempio, l'impugnazione per eccesso di potere <sup>(37)</sup> o l'azione contrattuale per inadempimento <sup>(38)</sup>.

Se invece si qualificano i provvedimenti della camera arbitrale quali veri e propri provvedimenti amministrativi, la mancata osservanza delle regole sulle incompatibilità e i divieti si traduce nella illegittima composizione dell'organo con conseguente illegittimità dei relativi provvedimenti per incompetenza, qualora si voglia ricondurre all'interno di tale tipologia di vizio l'irregolare composizione dell'organo, o più semplicemente per violazione di legge <sup>(39)</sup>, fermo restando, anche in tal caso, sul presupposto che il Consiglio della Camera abbia natura di collegio virtuale, la previa c.d. prova di resistenza <sup>(40)</sup>.

Per quanto concerne l'atto di nomina del terzo arbitro, la qualifica dello stesso quale vero e proprio provvedimento amministrativo, a prescindere ovviamente dalla possibilità di una sua autonoma impugnazione avanti al

---

823 ss., 832; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 75, 104 ss. Sulle modalità con le quali dovrebbero operare i più arbitratori, v. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 104 ss., ad avviso del quale, in assenza di differenti indicazioni delle parti, saremmo in presenza di una « obbligazione soggettivamente complessa ad attuazione congiunta », sicché gli arbitratori dovrebbero « operare congiuntamente con giudizio unanime ». Nel caso della Camera arbitrale si può rilevare come esista una regolamentazione delle modalità con le quali gli arbitratori debbono procedere, costituita, in parte, proprio dal regolamento in esame.

<sup>(36)</sup> Cfr., in vario senso orientati, CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 234 ss.; DIMUNDO, *op. cit.*, 203 ss.; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 246 ss.; MALAGNINO, *Il terzo arbitratore nell'integrazione del negozio giuridico*, cit., 47 ss.; VASETTI, *Arbitraggio*, cit., 836 ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 130 ss.; ID., *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1203.

<sup>(37)</sup> Per l'analisi della dottrina a favore di questa impugnazione nei confronti della determinazione del terzo, cfr. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 234 ss.; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 260; ID., *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1214; MALAGNINO, *Il terzo arbitratore nell'integrazione del negozio giuridico*, cit., 59 ss.; VASETTI, *Arbitraggio*, cit., 836 ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 143.

<sup>(38)</sup> In questo senso è stato osservato che poiché il rapporto tra parti ed arbitratore deve essere qualificato in termini di « contratto d'opera intellettuale » e l'atto di determinazione del terzo è un mero fatto giuridico, « una forma di adempimento », le parti possono esperire le « azioni contrattuali derivanti dall'esecuzione del contratto d'opera intellettuale » tra cui anche quella di risoluzione, privando il terzo del potere determinativo o facendo venir meno la determinazione, se già pronunciata (ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 95 ss., 90 ss., 142 ss.).

<sup>(39)</sup> Cfr. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, cit., 206 ss.

<sup>(40)</sup> In tale prospettiva, peraltro, la qualifica del regolamento quale fonte normativa di rango secondario o, invece, quale mero atto amministrativo, rileva ai fini della configurazione del vizio di illegittimità del provvedimento di nomina. Se infatti si qualifica il regolamento quale atto amministrativo, il provvedimento di nomina, emanato con l'inosservanza delle sue prescrizioni, deve ritenersi viziato non per violazione di legge ma per eccesso di potere.

giudice amministrativo, non dovrebbe avere, a mio avviso, particolari conseguenze sulla disciplina dell'impugnazione del lodo, che rimane pur sempre quella di cui al codice di rito: il lodo sarà impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., e dunque sempre « purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale », con potere del giudice dell'impugnazione per nullità di conoscere in via incidentale il provvedimento amministrativo di nomina e di disapplicarlo.

Assai più rilevanti dovrebbero essere, invece, le conseguenze di questa diversa impostazione in relazione alla sorte del provvedimento di determinazione degli onorari degli arbitri, il quale, infatti, sarà impugnabile dinnanzi al giudice amministrativo e non dinnanzi al giudice ordinario nei limiti in cui è possibile agire nei confronti dell'atto di arbitraggio.

## Arbitrato societario: è tempo di una riforma

STEFANO A. CERRATO

### 1. *Le debolezze dell'arbitrato societario.*

La certezza del diritto è — per comune sentire — un valore essenziale della società civile, tanto più importante in quei settori, come quello delle imprese e dei commerci, nei quali è primaria l'esigenza di riporre fiducia in un sistema di regole chiare e di giustizia rapida ed affidabile.

La riforma societaria del 2003 ha, in molte norme sostanziali, perseguito con efficacia questo obiettivo, sciogliendo nodi ermeneutici antichi e recenti, eliminando disposizioni ambigue, rafforzando, in taluni ambiti, la stabilità degli atti di fronte ad iniziative demolitorie (pensiamo alle sanatorie dei vizi delle delibere assembleari — artt. 2377 ss. —, ed in particolare di quella di approvazione del bilancio — art. 2434-*bis* —).

Sul versante processuale, invece, si è registrata una pressoché totale *débâcle*, certificata dalla rovinosa esperienza del rito societario<sup>(1)</sup> e, nel campo asperimo dell'arbitrato — ultimo residuo del d.lgs. n. 5 del 2003 non caduto sotto la frettolosa scure legislativa<sup>(2)</sup> —, dalla continua, patologica persistenza di dubbi interpretativi che hanno fortemente segnato questi primi dieci anni di applicazione della novella.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. COSTANTINO e CABRAS, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, in AA.VV., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, I, Padova, 2009, i quali nelle prime pagine del volume, dando conto dell'abrogazione, appena intervenuta, del processo societario, trascrivono l'ultimo capoverso del notissimo Bollettino inviato dal generale Armando Diaz che informa lo Stato Maggiore della sconfitta e della fuga dell'esercito austro-ungarico.

<sup>(2)</sup> Frettolosa perché il d.lgs. 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato l'intero impianto normativo di disciplina del processo societario introdotto nel 2003, incluse buone disposizioni che avrebbero potuto conservare una propria utilità.

Penso all'art. 1, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 2003, che rinviava al codice di rito per colmare le lacune di disciplina e che si applicava anche all'arbitrato societario, obbligando oggi l'interprete a ricorrere ad altri strumenti interpretativi per addivenire al medesimo risultato. E penso anche — con maggior rammarico — al procedimento camerale non contenzioso regolato dagli artt. 25-33, la cui introduzione era venuta a colmare una lacuna del codice di rito (gli artt. 706 ss. c.p.c. si occupano solo dei procedimenti in materia di famiglia e stato, riservando ad una norma di rinvio — l'art. 742-*bis* — la disciplina degli altri casi, mentre le disposizioni comuni

I termini della questione sono noti.

Obiettivo dichiarato del legislatore era « assicurare una più rapida ed efficace definizione » dei procedimenti commerciali (art. 12, comma 1°, l. 3 ottobre 2001, n. 366), anche incentivando forme alternative di risoluzione delle controversie. La « questione giustizia » nel settore societario e commerciale era divenuta, in effetti, improcrastinabile: le patologiche inefficienze e disfunzioni e l'eccessiva durata dei processi mettevano in serio pericolo il principio della certezza del diritto e — in una fase storica di forte accelerazione verso la globalizzazione, la libertà di stabilimento e il fenomeno del *forum shopping* — rischiavano sia di disincentivare nuovi investimenti, specie stranieri, sia di alimentare una fuga verso altri ordinamenti più appetibili. Lo spettro di un fenomeno « Delaware » in salsa comunitaria non ha ancora smesso di turbare i sonni dei legislatori di mezza Europa.

In attuazione dell'art. 12, comma 3°, l. n. 366 del 2001, il legislatore delegato ha così introdotto nel nostro ordinamento una disciplina arbitrale speciale in materia societaria (artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003), animato dall'intento di risolvere alcuni nodi critici legati, in particolare, all'estensione del vincolo compromissorio, alla naturale multilateralità delle liti societarie, alla necessità di assicurare conoscibilità e possibilità di intervento a soci e terzi, all'arbitrabilità delle decisioni sociali.

Ne è risultata una disciplina che, per opinione unanime, ha fortemente sbilanciato l'arbitrato verso un assetto giurisdizionale a discapito dell'autonomia privata, in più punti compressa rispetto al modello comune. Si pensi all'imposizione (a pena di nullità!) della regola dell'eterodesignazione dell'organo arbitrale; agli obblighi di pubblicità; alla previsione di una « disciplina inderogabile del procedimento »; al divieto di arbitrati di equità sulle deliberazioni assembleari e quando gli arbitri debbano conoscere di questioni non compromettibili; all'impugnabilità del lodo, sempre negli stessi casi, per violazione di regole di diritto attinenti il merito della controversia.

Formulare giudizi non è mai semplice: gli artt. 34 ss. d.lgs. n. 5 del 2003 hanno senza dubbio rappresentato, per molti aspetti, una felice sperimentazione di soluzioni poi estese all'arbitrato comune dalla riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) ed hanno permesso di superare efficacemente alcuni storici nodi critici della materia; d'altra parte, e in misura forse preponderante, le incertezze intorno a non pochi aspetti centrali della disciplina arbitrale societaria hanno accresciuto la diffidenza degli operatori e — creando oggettiva incertezza sull'effettiva validità della convenzione arbitrale — depotenziato il sistema della giustizia civile.

---

dettate dagli artt. 737-742 presentano lacune di disciplina non trascurabili) e che veruna seria ragione v'era di abrogare, bensì, a tutto concedere, di emendare laddove era emersa, in questi primi anni di applicazione, qualche incoerenza o criticità, in ispecie alla luce dell'art. 111 cost.

Forse le leggi sono non soltanto mal scritte, ma anche troppo frettolosamente abrogate seguendo sentimenti demagogici più che logiche giuridiche alle quali il legislatore dovrebbe invece rispondere.

A dieci anni di distanza dalla riforma, è forse tempo di bilanci e anche di qualche riflessione sul futuro.

Da un lato, una ricerca condotta qualche anno fa da Isdaci sulle clausole arbitrali di un campione di oltre 2100 società costituite e iscritte nel registro delle imprese di Milano e di Roma fra il 2000 ed il 2007 tratteggia un quadro con molte luci ma anche qualche ombra <sup>(3)</sup>.

Dall'altro, la « questione giustizia » nel settore societario e commerciale è tornata, negli ultimi tempi, al centro dell'agenda politica.

I recenti interventi, che hanno portato alla creazione dei « tribunali delle imprese », muovono nella corretta direzione di favorire la crescita di giudici e sezioni dotati di elevata specializzazione e alta competenza, dunque in grado di rispondere più adeguatamente alle esigenze delle imprese.

Occorre tuttavia anche rafforzare — come anche di recente ha auspicato il Presidente di Assonime <sup>(4)</sup> — gli strumenti deflattivi del contenzioso civile e l'arbitrato rappresenta un'alternativa reale benché ancora poco sfruttata. Anzi: proprio a causa di non secondarie criticità della disciplina del 2003, l'arbitrato societario, paradossalmente, ha incrementato, invece di ridurre, le liti, con l'ulteriore effetto di generare nelle imprese e nei professionisti una forte diffidenza verso questo strumento.

Basti solo un dato: fra tutti gli istituti della riforma societaria del 2003, l'arbitrato societario è fra quelli che ha finora generato il maggior contenzioso giudiziario in assoluto <sup>(5)</sup>, con più di cento sentenze edite e — dato del tutto peculiare — con oltre ottanta notai sottoposti a procedimento disciplinare per aver rogato atti costitutivi contenenti clausole arbitrali che affidavano alle parti il potere di nomina degli arbitri, apparentemente in contrasto con l'art. 34 del d.lgs. 5/2003.

Anche gli interventi della Cassazione, pur autorevoli, sono risultati non del tutto chiarificatori ed ancora oscillanti fra soluzioni opposte <sup>(6)</sup>, sicché un intervento legislativo pare ormai indispensabile.

---

<sup>(3)</sup> OSSERVATORIO DEL DIRITTO SOCIETARIO, *L'impatto della riforma societaria sulle clausole statutarie relative alla risoluzione dei conflitti*, a cura di Auletta, Cerrato, Ermolli, Montalenti, Salafia, Sali, Milano, 2010.

<sup>(4)</sup> ASSONIME, *Relazione del Presidente*, Roma, 16 giugno 2015.

<sup>(5)</sup> Chi scrive ha curato, dal 2005 in avanti, una Rassegna — che non vuole avere alcun valore statistico ovviamente — di provvedimenti editi in tema di validità della clausola arbitrale societaria e di compromettibilità delle liti. La si può consultare al link ufficiale del MIUR: <http://hdl.handle.net/2318/1521084>.

Timori, poi dimostratisi fondati, erano stati autorevolmente espressi anche da Paolo Montalenti (si veda per tutti MONTALENTI, *La riforma del diritto societario. Profili generali*, in *Riv. dir. comm.* 2003, 57 ss.) il quale aveva anche sollecitato un intervento correttivo della Commissione Vietti.

Per altre e più approfondite considerazioni, rinvio a CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012; ID., *Arbitrato societario, clausola non conforme e « doppio binario »*, in *Giur. comm.*, 2011, 1080 ss.; ID., *Dieci anni dopo: ancora incertezze sull'arbitrato societario. Il caso della società semplice*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 429 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. *infra*, nt. 13 e 14. La Cassazione, dapprima con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Giur. it.*, 2011, 2306 s., poi con i successivi arresti del 2011 (Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Riv. not.*, 2011, II, 897 ss.; Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, in *Vita not.*, 2012, 359 ss.; Cass.,

Essenzialmente quattro le aree che paiono meritevoli di essere rivisitate: (i) la validità o meno delle clausole arbitrali che prevedano l'affidamento della nomina degli arbitri a soggetto estraneo; (ii) l'estensione soggettiva e oggettiva dell'area di arbitrabilità delle controversie; (iii) la disciplina delle modifiche della clausola; (iv) il coordinamento con le norme codicistiche riformate nel 2006 e con il Tribunale delle imprese.

## 2. *Tre livelli di intervento per accrescere la fiducia nell'arbitrato.*

È bene ribadire che non si tratta di riformare l'istituto, che ha dato buona prova di sé, bensì soltanto di correggere alcune « stonature » e procedere ad un « maquillage » normativo, anche eventualmente mediante consolidamento delle disposizioni contenute nel d.lgs. 5/2003, ormai per tutto il resto abrogato<sup>(7)</sup>, nel codice di procedura civile.

Tre sono le tipologie di interventi che ci pare possano essere suggeriti, e che esamineremo nei paragrafi seguenti: interventi di correzione (par. 3); interventi di chiarimento (par. 4); interventi di coordinamento (par. 5).

## 3. *Gli interventi di correzione.* a) *A quali società si applica la disciplina dell'arbitrato;* b) *i rapporti con l'arbitrato « ordinario »; la sorte delle clausole compromissorie esistenti prima del 2003 e non modificate;* c) *l'area delle liti compromettibili.*

Il d.lgs. 5/2003 ha mostrato lacune ed aporie su punti nodali della disciplina che meritano di essere corretti.

a) Il primo aspetto su cui si discute è l'individuazione delle società sottoposte alla disciplina dell'arbitrato societario.

Va sicuramente confermata l'esclusione delle società con titoli quotati o diffusi fra il pubblico, poiché in queste prevale l'esigenza di proteggere gli investitori che, acquistando le azioni sui mercati attraverso intermediari, potrebbero trovarsi vincolati alla clausola compromissoria senza averne avuto adeguata informazione o consapevolezza.

È sorto un ampio dibattito, invece, sull'inclusione o meno delle società semplici e delle società di persone non iscritte nel registro delle imprese fra quelle soggette ad arbitrato societario<sup>(8)</sup>, poiché la disposizione attuale si presta ad interpretazioni diverse.

---

13 ottobre 2011, n. 21202, in *Soc.*, 2012, 211 ss.) ha manifestato preferenza per la tesi della esclusività del modello arbitrale societario. Da ultimo però con sentenza del 3 giugno 2014, n. 12370, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*, 2015, la Corte ha tuttavia giudicato nel merito una questione di operatività di clausola societaria binaria in lite trilatera senza sollevare, a monte, alcun dubbio sulla sua validità.

<sup>(7)</sup> Residua invero la disciplina dell'arbitraggio gestionale (art. 37) che tuttavia potrebbe essere tranquillamente trasposta, senza modifiche, nel codice civile, magari dopo l'art. 1349 di cui è una *species*.

<sup>(8)</sup> In giurisprudenza, Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 116 s. ha risposto negativamente; *contra*, invece, Trib. Roma 4 luglio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 900 ss.; App. Roma, 7 febbraio 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 425 ss.

Sul primo aspetto, è di certo preferibile la risposta positiva, perché la società semplice non è una forma « di nicchia » diffusa in ambito agricolo, bensì ricorrente come modello di società per gestione di patrimoni immobiliari, la cui esclusione dal regime arbitrale non ha ragion d'essere.

Sul secondo aspetto, la mancata iscrizione nel registro delle imprese impedisce l'applicazione dei commi 1 e 5 *bis* dell'art. 35 (deposito presso il registro delle domande di arbitrato e del dispositivo dell'ordinanza di sospensione di delibera e del lodo che decide sull'impugnazione di delibera). La questione non è di scarsa portata poiché investe un punto centrale e cioè la rilevanza dell'arbitrato societario come meccanismo di giustizia « di gruppo ». L'iscrizione della domanda consente la conoscibilità e l'intervento di altri soci, così come anche l'iscrizione del lodo o della sospensiva. Si potrebbe suggerire quindi di chiarire che solo le società iscritte nel registro delle imprese possano accedere ad arbitrato societario. Le altre (invero molto poche ed economicamente trascurabili) potranno pur sempre ricorrere all'arbitrato ordinario ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.

b) La seconda questione attiene ai meccanismi di nomina degli arbitri.

Come è noto, tradizionalmente si prevede la nomina di un arbitro per parte e la designazione, ad opera degli arbitri nominati, del presidente (cd. « sistema binario »). Ed in effetti ancora oggi uno dei punti di forza dell'arbitrato è la percezione delle parti di poter « partecipare » al procedimento di selezione dell'organo giudicante indicando professionisti che, per competenza ed autorevolezza, godano della stima condivisa delle parti.

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha scelto una strada diversa e dispone testualmente, con norma infelice nel tenore, che la clausola deve conferire « in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (cd. « eterodesignazione »).

L'opzione risponde all'esigenza di risolvere il problema delle liti cd. « multiparti », nelle quali la presenza di più di due litiganti rende difficile la formazione di un collegio arbitrale dispari, ed è quindi apprezzabile lo sforzo profuso dal legislatore nel 2003 per superare l'ostacolo. Criticabile, però, la scelta — non necessaria — di punire con la nullità tutte le clausole binarie, generalmente presenti negli statuti.

Significativo, ancorché singolare, che invece la relazione illustrativa al decreto del 2003 dichiarasse comunque applicabile la disciplina dell'arbitrato ordinario in materia societaria.

Fin da subito si è in effetti aperto un serrato dibattito e un forte contrasto in giurisprudenza sulla sorte delle clausole già presenti negli statuti prima del 2003, generalmente fondate sul meccanismo binario <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Si veda, per i termini del dibattito, MONTALENTI, *Il nuovo arbitrato societario nel contesto della riforma dell'arbitrato di diritto comune*, in AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa e Vigoriti, Torino, 2013, 1008 ss.; CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, cit., 130 ss.

La questione ha inciso in modo grave e rilevante sulla certezza giuridica, che mai come in questa materia dovrebbe essere massimamente garantita.

Molti giudici ed una parte autorevole della dottrina hanno ritenuto valide le clausole già esistenti, sul presupposto che la norma non avesse voluto precludere alle parti di scegliere fra arbitrato societario e arbitrato ordinario (cd. « doppio binario »); tuttavia altri giudici hanno deciso il contrario, con conseguente effetto di « spostare » dall'arbitrato ai tribunali il contenzioso societario, accrescendo il carico di lavoro degli uffici giudiziari <sup>(10)</sup>.

Spesso, giocando sull'oggettiva incertezza delle norme ed attraverso mirate eccezioni di incompetenza (ora del tribunale, ora dell'arbitro) con conseguente decadenza dal diritto ad agire, la giustizia è stata tramutata in un vero e proprio diniego di giustizia.

Ampio è stato anche il dibattito giurisprudenziale sulla possibilità di introdurre ancora oggi nei nuovi statuti clausole « binarie »: oltre ottanta notai, come detto, sono stati sottoposti a procedimenti disciplinari per averlo fatto.

La stessa Cassazione, che nel 2011 pareva aver accolto la tesi più restrittiva <sup>(11)</sup>, con una recente sentenza sembra aver di nuovo mutato il proprio orientamento, precipitando la questione in uno stato di obiettiva incertezza <sup>(12)</sup>.

Paradossalmente, la riforma del 2003 che era, nelle intenzioni e nelle dichiarazioni, diretta a promuovere ed incentivare la cultura dell'arbitrato e l'uso di questo strumento per alleviare il carico degli uffici dei giudici togati, ha avuto l'esatto opposto effetto di: (i) creare una gravissima incertezza sulla validità o meno delle le clausole arbitrali con sistema binario già presenti negli statuti, e non adeguate alla previsione dell'art. 34, limitando il ricorso all'arbitrato; (ii) impedire di fatto ai soci, nel dubbio, di riservarsi di nominare gli arbitri (elemento importante per un sistema di giustizia che si basa sulla fiducia e sull'affidamento in chi giudica); (iii) moltiplicare i timori e la diffidenza verso l'arbitrato, allontanando operatori e imprese; (iv) accrescere il contenzioso giudiziario per determinare se fosse competente a decidere il giudice o l'arbitro con tutto ciò che comporta in termini di oneri, risorse e tempo della giustizia pubblica <sup>(13)</sup>.

Vi sono, a nostro avviso, argomentazioni sufficienti <sup>(14)</sup> per abbandonare l'orientamento più restrittivo a favore di un modello nel quale l'autonomia privata possa spaziare fra l'opzione « societaria » (cioè l'eterodesignazione), così sottoponendosi al regime dell'arbitrato retto dagli artt. 34-37 d.lgs. n. 5 del 2003, e il sistema ordinario ricorrendo alla classica opzione binaria.

---

<sup>(10)</sup> Per una rassegna delle diverse posizioni, CERRATO, *La clausola*, cit., 135 ss.

<sup>(11)</sup> Cass., 20 luglio 2011, n. 15892, cit.

<sup>(12)</sup> Cass., 3 giugno 2014, n. 12370, cit. Ma, da ultimo, nuovamente in senso contrario, Id., 28 ottobre 2015, n. 22008, inedita.

<sup>(13)</sup> Per una prima impressione, si può consultare la *Rassegna*, cit.

<sup>(14)</sup> Sia consentito rinviare a CERRATO, *Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato societario*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*



Non intendiamo farci alfieri del modello binario a tutti i costi, poiché certamente esso incontra limiti strutturali che anche l'art. 816-*quater*, per quanto apprezzabile sia stato lo sforzo, non riesce a superare in modo soddisfacente. Per contro, riteniamo che sottrarre alle parti, d'imperio, questa possibilità di scelta, e soprattutto provocare la nullità *ex post* di clausole statutarie binarie ancora oggi presenti in molti statuti introduca un vincolo eccessivo all'autonomia privata e imponga un sacrificio non giustificato da effettive esigenze bensì dannoso per l'*appeal* dell'istituto. Basti considerare, appunto, la paradossale falciatura di clausole statutarie già presenti negli statuti alla data di entrata in vigore della riforma del 2003 conseguenza di una normativa che si proponeva l'esatto opposto — cioè favorire l'arbitrato. Inoltre, non va dimenticato che la possibilità di concorrere alla nomina dell'organo arbitrale è ancora percepito dagli operatori come un vantaggio reale dell'arbitrato: perché allora impedirlo quando non vi sono controindicazioni ostative in senso assoluto?

La nostra proposta, in chiave riformatrice, è dunque duplice: (i) innanzitutto, introdurre una disposizione di interpretazione autentica che salvi le clausole arbitrali presenti negli statuti prima del 2004 e mai modificate. Pare la soluzione più coerente al quadro giuridico, atteso che il d.lgs. n. 5 del 2003 non conteneva né regole di adeguamento obbligatorio né regole di retroattività delle nuove norme, e — come è noto — le S.U. della Cassazione hanno chiarito che al patto compromissorio si applica la legge del tempo di stipulazione; (ii) estendere anche alle società la disposizione introdotta nel 2006 nell'art. 816-*quater* per l'arbitrato con pluralità di parti, norma che prevede un determinato meccanismo per la nomina del collegio. In tal modo si potrebbe consentire ai soci di adottare comunque, anche oggi, clausole nelle quali si riservano la nomina degli arbitri senza condannare la clausola ad una prevedibile inoperatività. Un'unica disposizione non potrebbe trovare applicazione in caso di adozione di clausola binaria, cioè il regime rafforzato di intervento in arbitrato dettato dall'art. 35, comma 2° (che è giustificato dal meccanismo di eterodesignazione) in deroga alle disposizioni ordinarie (art. 816-*quinquies*) che tornerebbero però regolarmente applicabili.

Comprendiamo ovviamente le resistenze di molti avverso proposte di « restaurazione », e quindi proponiamo anche, in subordine, un'alternativa più moderata.

Nel 2004 l'urgenza di evitare un tracollo dell'arbitrato per sopravvenuta nullità delle clausole esistenti suggeriva soluzioni correttive come quella del doppio binario; a ormai dieci anni di distanza la criticità pare essere stata superata ed è probabilmente il momento di riflettere sull'opportunità di ulteriori opzioni.

Ove non ci si voglia spingere fino al punto di rilegittimare il meccanismo binario a fianco dell'eterodesignazione si potrebbe confermare per l'arbitrato societario questa seconda regola eliminando però la sanzione della nullità che ha generato problemi specie per i notai. Sarebbe inoltre quantomeno oppor-

tuno un intervento chiarificatore sulla sorte delle clausole « vecchio stile »: forse la strada migliore potrebbe essere di ricorrere all'art. 1419, comma 2°, c.c. e dunque prevedere per legge che alla nomina degli arbitri provveda, quando la clausola non si sia finora conformata all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, un'autorità terza, preferibilmente il tribunale delle imprese del luogo ove ha sede la società (al quale dovrebbe in realtà essere affidata in generale competenza per la nomina degli arbitri, correggendo il — oggi equivoco — rinvio al tribunale della sede: vedi *infra*).

c) Il terzo problema generale dell'arbitrato societario attiene alla definizione delle liti compromettibili. Si pensi ad esempio all'impugnazione di una deliberazione assembleare; all'azione di responsabilità contro un amministratore; all'accertamento del recesso di un socio.

L'art. 34 sancisce la compromettibilità in arbitrato (societario) delle liti aventi ad oggetto « diritti disponibili relativi al rapporto sociale ».

La delimitazione del concetto di « disponibilità » ha generato un esteso contenzioso ed è oggi un tema che registra posizioni molto divergenti, anche all'interno di stessi uffici giudiziari. Il caso del Tribunale di Milano, diviso fra quantomeno due diversi orientamenti<sup>(15)</sup> supportati entrambi da valide argomentazioni<sup>(16)</sup> è paradigmatico.

Senza voler ripercorrere qui le diverse tesi<sup>(17)</sup>, c'è da osservare che molte delle opinioni diffuse in passato — e talvolta riproposte — si alimentavano del falso convincimento che l'arbitrato fosse in sé una « pericolosa » forma di privazione della giustizia.

In realtà, la riforma del 2006 ha riconosciuto all'arbitrato dignità equiparabile a quella del giudizio civile, di cui rappresenta un'alternativa a tutti gli effetti. L'equiparazione del lodo alla sentenza (art. 824-*bis*); la qualificazione dell'eccezione di compromesso in termini di « competenza » (art. 819-*ter*); la procedimentalizzazione dell'arbitrato rituale (artt. 816 ss.); il riconoscimento della possibilità di *traslatio iudicii* bidirezionale<sup>(18)</sup> sono solo alcuni indizi della decisa svolta impressa dalla riforma del 2006 dopo decenni di altalenanti discussioni.

Ora, altri ordinamenti hanno, anche di recente, affrontato la questione della delimitazione delle liti arbitrabili, adottando soluzioni di massima apertura. Così ad esempio in Spagna: l'art. 11-*bis* della legge sull'arbitrato (intro-

---

<sup>(15)</sup> Si vedano, sul punto, Trib. Milano, 10 dicembre 2011 in *Società*, 2012, 713; Id., 4 aprile 2011, ivi, 2011, 728; Id., 10 marzo 2010, ivi, 2010, 773, nel senso della non arbitrabilità delle impugnative di bilancio. *Contra*, Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Corr., giur.*, 2011, 1137 ss.; Trib. Milano, 4 ottobre 2012, inedit.; Trib. Milano, 23 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, 635 ss.

<sup>(16)</sup> Da ultimo è intervenuta, proprio su uno dei precedenti ambrosiani, la Cassazione con la sentenza Cass., 10 giugno 2014, n. 13031, in Banca dati *Pluris*, accogliendo la tesi contraria all'arbitrabilità.

<sup>(17)</sup> Sia consentito richiamare CERRATO, *La clausola compromissoria*, cit., 171 ss.

<sup>(18)</sup> Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, pubblicata fra l'altro in *Giur. it.*, 2014, 1381 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di CONSOLO; in *Società*, 2014, 362 ss.

dotto con legge 11/2011) sancisce la compromettibilità di qualsiasi controversia societaria<sup>(19)</sup>, senza più far riferimento al requisito della « disponibilità » del diritto conteso<sup>(20)</sup>. Ma anche in Francia vige un regime di favore<sup>(21)</sup> e così la legge tedesca riconosce l'arbitrabilità di qualsiasi rapporto con contenuto patrimoniale, senza ricorrere al concetto della disponibilità<sup>(22)</sup>.

La scelta è di sicuro apprezzabile ed efficiente, poiché elimina in radice le incertezze degli operatori sulla natura del diritto e dunque sulla « strada » (giudice o arbitro?) che deve essere percorsa. Inoltre non intacca principi generali del sistema costituzionale poiché notoriamente in materia di rapporti commerciali la regola è l'autonomia privata e l'esistenza di vincoli o divieti costituisce un'eccezione da giustificare secondo rigidi requisiti di assoluta necessita, che nel caso delle liti societarie non ricorrono.

Allo scopo, pertanto, di ridurre ulteriormente il contenzioso societario e snellire il sistema della giustizia commerciale, senza per contro privare imprese e operatori dei livelli minimi di garanzia assicurati dall'ordinamento, si può suggerire l'adozione di una soluzione analoga a quella spagnola e dunque la riformulazione dell'art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5 del 2003 eliminando il riferimento al concetto di « disponibilità », fermo restando il divieto di arbitrato quando sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, non essendo l'arbitrato un tipo di procedimento compatibile con la presenza di questa figura.

Inoltre, per avvicinare la disciplina italiana alle esperienze straniere più

---

<sup>(19)</sup> Con la *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado* 19 entrata in vigore il 10 giugno 2011, il legislatore spagnolo ha introdotto, nel corpo della legge arbitrale del 2003, due disposizioni specifiche sull'arbitrato societario (artt. 11-*bis* e 11-*ter*). Per un commento, PERALES VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna: una panoramica*, e CAINZOS, *Le best practices nella prassi arbitrale spagnola alla luce delle tendenze internazionali*, in *Giur. it.*, 2014, 1535 ss.; MANTILLA-SERRANO, *L'Espagne retouche sa loi sur l'arbitrage de 2003*, in *Rev. Arb.*, 2011, 1114 ss.; PERALES VISCASILLAS, *La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, in *Arbitraje*, 2011, 667 ss.; FACH GÓMEZ, *El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011*, in questa *Rivista*, 2012, 275 ss.

<sup>(20)</sup> È opportuno ricordare che già nel 2003 il compianto Maestro Edoardo Ricci era giunto a ritenere che il limite della disponibilità dei diritti non operasse più in materia societaria: E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 521 s. La proposta qui formulata muove in questa direzione.

<sup>(21)</sup> Sulla legge francese si possono consultare JARROSSON, PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. arb.*, 2011, 5 ss.; GAILLARD, DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Recueil Dalloz*, n. 3, 20 janvier 2011, 175 ss.; ID., *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Cahiers arb.*, 2011, 263 ss.; M. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927 ss. e, *ivi*, 2012, 59 ss.

<sup>(22)</sup> SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1998, 291 ss.; SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München, 4<sup>a</sup> ed., 2008; RAESCHKE-KESSLER, BERGER, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3<sup>a</sup> ed., 2000; BECHTE, *Einführung in das Schiedsverfahrensrecht*, in *ZJS*, 2011, 307 ss.; LABES, LÖRCHER, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit - Zur bevorstehenden Neufassung des 10. Buchs der ZPO (§§ 1025 et seq.)*, in *MDR*, 1997, 420 ss.; SANGIOVANNI, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Soc.*, 2006, 771 ss.

evolute, occorrerebbe estendere anche all'arbitrato societario la regola, introdotta nel 2006, che consente alle parti, solo previa previsione espressa, di rendere il lodo impugnabile anche per violazione delle regole di diritto sul merito.

4. *Gli interventi di chiarimento.* a) *Le modifiche della clausola compromissoria;* b) *la compromettibilità di decisioni non collegiali;* c) *l'estensione della clausola anche ai componenti di organi sociali nei modelli di amministrazione alternativi.*

Il d.lgs. 5/2003 presenta inoltre alcune incoerenze e lacune in punti di disciplina sostanziale e procedurale che hanno generato fra gli operatori dubbi ed interrogativi che possono essere superati con interventi chiarificatori mirati.

a) Il comma 6 dell'art. 34, nel disciplinare l'introduzione e la soppressione della clausola compromissoria nello statuto sociale omette di regolare la decisione nelle società di persone, la modifica della clausola e la posizione dei soci astenuti o comunque non votanti in tutte le società<sup>(23)</sup>.

Al fine di colmare queste lacune, evitando che si generino contenzioso e incertezze applicative, si protrebbe modificare l'art. 34 stabilendo: quanto al primo aspetto (società di persone), l'introduzione di un richiamo espresso al regime generale di modifica dello statuto di società di persone (cioè con l'unanimità: art. 2252 cod. civ.) così da non depotenziare la protezione dei soci; ovviamente, nel caso in cui lo statuto di società di persone sia già modificabile a maggioranza per previsione statutaria *ex art. 2252, comma 2, cod. civ.*, occorre garantire il diritto di recesso al socio che non abbia concorso alla deliberazione. Quanto al secondo aspetto (modifica della clausola) l'estensione della regola attualmente vigente per l'introduzione e la soppressione della clausola anche alle modifiche che determinano un « cambiamento significativo » del contenuto della clausola, come suggerito da molta dottrina autorevole; la proposta si legge nei punti. Infine, quanto al terzo aspetto (soci astenuti e non votanti), si propone di modificare l'espressione attuale « soci assenti o dissenzienti » per uniformarla con la disciplina generale del recesso societario (artt. 2437 e 2473 cod. civ.: « soci che non hanno concorso alla deliberazione »).

b) L'art. 35 stabilisce che la clausola compromissoria possa anche includere la validità delle deliberazioni assembleari, dimenticando però che nelle s.r.l. i soci e gli amministratori possono anche decidere con metodi « non collegiali » e nelle società di persone la collegialità non è prevista come regola generale.

---

<sup>(23)</sup> Si veda sul tema: NELA, *sub art. 34, commento*, cit., 1176; GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 106; CABRAS, *Arbitrato societario*, in COSTANTINO e CABRAS, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, cit., 255.

Per evitare che sorgano questioni circa l'estensione della compromettibilità a queste materie — che non ha ragione di essere esclusa — sarebbe opportuno modificare il tenore del comma 5 dell'art. 35 per includervi le decisioni « non collegiali »<sup>(24)</sup>.

c) L'art. 34 annovera fra i soggetti che la clausola arbitrale può vincolare anche « amministratori, liquidatori e sindaci » dimenticando, per un mero difetto di coordinamento, che con la riforma del 2003 le società per azioni possono dotarsi di modelli di *governance* alternativi nei quali non figurano necessariamente « amministratori » e/o « sindaci » (si vedano gli artt. 2409-*octies* e segg. cod. civ.).

Sarebbe dunque preferibile modificare la formulazione letterale del comma sostituendo l'espressione attuale con « componenti degli organi sociali » fermo il resto della disposizione.

5. *Gli interventi di coordinamento.* a) *Il Tribunale delle imprese;* b) *disposizioni divenute superflue;* c) *rinvii da eliminare.*

Nel 2006, con d.lgs. n. 40, il legislatore ha riformato l'intera disciplina dell'arbitrato (artt. 806 ss. cod. proc. civ.), adottando anche alcune soluzioni già « sperimentate » in ambito societario.

Il d.lgs. 40/2006 non ha però curato il coordinamento con le norme del d.lgs. 5/2003, circostanza che ha generato interrogativi e dubbi ermeneutici che il legislatore potrebbe oggi risolvere con un coordinamento delle disposizioni del codice con la legge speciale societaria.

Con la l. 27/2012, inoltre, è stato introdotto anche il cd. « Tribunale delle imprese », che è competente per tutte le liti societarie ed anche questa novità suggerisce opportune modifiche di coordinamento con la materia arbitrale.

a) Il secondo comma dell'art. 34 designa il tribunale del luogo ove la società ha sede legale come autorità di nomina degli arbitri in caso di omissione da parte del terzo designato nella clausola.

L'art. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto nel d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, le « sezioni specializzate in materia di impresa » cui sono devolute (fra l'altro) le liti in materia societaria.

Si potrebbe prevedere, data l'opportunità di assicurare che la nomina degli arbitri sia rimessa ad una autorità che disponga di competenza e sensibilità per la selezione di professionisti adeguati secondo le circostanze, di affidare tale compito alla sezione specializzata in materia di impresa competente in relazione alla sede legale della società.

La regola attuale si presta infatti a maliziose eccezioni di incompetenza quando la società abbia sede legale in un comune ove è dislocato un Tribunale ordinario ma privo di una sezione del Tribunale delle imprese.

---

<sup>(24)</sup> Nulla osta a questa estensione: CABRAS, *Arbitrato societario*, cit., 314.

b) Alcune disposizioni degli artt. 34-36, un tempo derogatorie del regime ordinario, sono oggi superflue in quanto elevate a regola generale. Così, la prima parte del comma 3 dell'art. 35 dichiara non applicabile in arbitrato societario il primo comma dell'art. 819, che nel 2003 obbligava gli arbitri a sospendere il procedimento in presenza di questioni incidentali non compromettibili.

Nel 2006 tale disposizione è stata cambiata adottando il medesimo principio previsto nell'arbitrato societario: gli arbitri possono infatti decidere ogni questione incidentale, anche non compromettibile, salvo che occorra una decisione con efficacia di giudicato.

Oggi, pertanto, quella norma è divenuta superflua e può essere abrogata.

La seconda parte del comma 3 dichiara non applicabile in arbitrato societario l'art. 838, che nel 2003 limitava i casi di impugnazione dei lodi resi in arbitrati internazionali.

Nel 2006 tale disposizione è stata abrogata e agli arbitrati internazionali si applicano le stesse regole di quelli domestici.

Oggi, quindi, anche la seconda parte del comma 3 dell'art. 35 è divenuta superflua e può essere abrogata.

c) Infine. Nel comma 1 dell'art. 36 è richiamato il comma 2 dell'art. 829, così da rendere sempre impugnabile il lodo societario per violazione di regole di diritto. Dal 2006 l'ordine dei commi dell'art. 829 è cambiato e la disposizione una volta contenuta nel comma 2 è stata collocata altrove, peraltro con una inversione di formulazione. Coerentemente con quanto già osservato, è opportuno optare per la regola oggi generale, che lascia alle parti la scelta di rendere impugnabile il lodo per violazione di regole di diritto, come è di norma previsto nei principali e più moderni sistemi arbitrali stranieri.

#### 6. *Una conclusione ed un auspicio. L'ocasio legis del progetto Berruti.*

Non sappiamo se le proposte qui formulate si tradurranno in realtà.

La politica si sta dimostrando sensibile a queste tematiche e l'attuale *iter* parlamentare di alcuni provvedimenti di riforma della giustizia potrebbe rappresentare un'occasione di intervento. Pensiamo, in particolare, al disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Berruti che rappresenta la sede ideale per un intervento che, correggendo i difetti operativi dell'arbitrato societario, accresca l'efficienza complessiva del « sistema giustizia ». Il testo del disegno di legge, attualmente in Commissione giustizia della Camera (Atto C-2953) prevede già una direttiva di delega dedicata all'arbitrato [art. 1, comma 2, lett. e), n. 1)], sia pure limitata solo ad alcuni aspetti generali. Sarebbe auspicabile che questa direttiva di delega venisse estesa per consentire al Governo di affrontare e risolvere anche i problemi dell'arbitrato societario, ormai improcrastinabili.

Occorre infatti evitare che il nostro Paese si isoli più di quanto già lo sia

dal contesto internazionale dell'arbitrato: poiché il rischio non è solo di essere emarginati negli arbitrati internazionali bensì — e sarebbe più grave — di alimentare una fuga delle nostre imprese dall'arbitrato domestico verso l'estero.

E un ordinamento che non sappia garantire giustizia ai propri cittadini ha fallito una delle sue essenziali missioni.





## **Il nuovo Regolamento della Camera Arbitrale dei Contratti Pubblici**

*Si pubblica qui di seguito il testo del nuovo “Regolamento sulla organizzazione della Camera Arbitrale dei Contratti Pubblici” approvato dalla Autorità Nazionale Anticorruzione il 14 gennaio 2015 e pubblicato nella G.U. n. 19 del 24 gennaio 2015.*

*Un commento di E. Odorisio a tale Regolamento può leggersi in questo fascicolo, nella rubrica “Rassegne e Commenti”.*

### AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

#### **Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale**

##### **Il Consiglio**

**VISTO** l’art. 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, ai sensi del quale l’Autorità nazionale anticorruzione (di seguito denominata Autorità) ha assunto i compiti e le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

**VISTA** la legge 6 novembre 2012 n. 190 recante « disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione »;

**VISTO** il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante « codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE » ed in particolare gli articoli 241, 242 e 243 contenenti disposizioni in materia di Camera arbitrale dei contratti pubblici;

**VISTO** il Regolamento di organizzazione dell’Autorità approvato in data 19 novembre 2013, come da ultimo modificato con deliberazioni consiliari del 15 e del 29 luglio 2014, nonché del 30 settembre 2014, il quale prevede all’art. 22, comma 2, che il Consiglio dell’Autorità, sentito il Consiglio della Camera arbitrale, approva il regolamento di organizzazione e funzionamento della Camera arbitrale;

**VISTO** il d.p.r. 16 aprile 2013 n. 62, in tema di « regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 »;

**VISTO** il Codice etico della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, approvato in data 2 maggio 2012;

**VISTO** il Codice di comportamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, pubblicato nel Bollettino Avcp n. 1/99 del 7 aprile 1999;

**VISTO** il verbale n. 59 dell'adunanza consiliare del 26 novembre 2014, con il quale è stato deliberato di modificare il predetto Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera arbitrale;

**SENTITO** il Consiglio della Camera arbitrale

### **APPROVA**

il seguente Regolamento

#### **Art. 1**

##### **Organi**

- 1.** Sono organi della Camera Arbitrale il Presidente e il Consiglio.
- 2.** Il Consiglio arbitrale è composto da cinque membri. Nel caso di impedimento permanente di uno dei membri, il Presidente del Consiglio arbitrale ne dà tempestiva comunicazione al Consiglio dell'Autorità, che nomina un nuovo componente.
- 3.** Il Presidente rappresenta la Camera arbitrale e, all'interno dell'Autorità, cura i rapporti con gli organi o uffici da questa dipendenti; convoca le sedute del Consiglio della Camera arbitrale e ne dirige i lavori; adotta gli atti e i provvedimenti necessari alla esecuzione delle delibere del Consiglio; vigila sull'attività della struttura di segreteria.
- 4.** Nel caso di assenza o impedimento del Presidente, le sue funzioni sono assunte temporaneamente da uno dei componenti del Consiglio, secondo l'ordine deliberato all'inizio di ogni anno.
- 5.** Il Presidente può adottare provvedimenti di urgenza, da sottoporre a ratifica del Consiglio nella prima seduta successiva alla loro adozione.

#### **Art. 2**

##### **Strutture ausiliare**

- 1.** La Camera arbitrale si avvale di una struttura di segreteria fornita dall'Autorità, che determina il numero di addetti, indica le unità di personale da destinare al servizio.

2. Il personale della struttura di segreteria cura i rapporti con i componenti del Consiglio e presta loro la necessaria assistenza per i compiti d'istituto.

### **Art. 3**

#### **Sedute del Consiglio arbitrale**

1. Le sedute del Consiglio sono valide se sono presenti almeno tre componenti, fra i quali il Presidente o chi ne fa le veci.

2. I componenti che non possono partecipare alle sedute ne danno notizia tempestivamente al Presidente.

3. Le funzioni di segretario verbalizzante sono svolte da un funzionario, salvo che il Presidente della Camera arbitrale non ritenga di destinare a tale scopo una unità della struttura di segreteria. Il Consiglio può deliberare ad unanimità, all'inizio della seduta, che le funzioni di segretario verbalizzante siano svolte da un suo componente.

4. Il Consiglio può deliberare all'unanimità di procedere ad audizioni, nel corso delle sedute, di funzionari dell'Autorità o esperti.

5. Alle sedute del Consiglio possono essere chiamati a partecipare senza diritto di voto, i Dirigenti dell'Autorità, previo assenso del Presidente della stessa.

### **Art. 4**

#### **Convocazione ed ordine del giorno**

1. Le sedute del Consiglio arbitrale hanno luogo, di regola, ogni settimana.

2. Il Presidente fissa gli argomenti all'ordine del giorno contestualmente alla convocazione. Della convocazione deve essere data comunicazione ai componenti non oltre il terzo giorno che precede la seduta, unitamente alla messa a disposizione della documentazione necessaria per la discussione degli argomenti all'ordine del giorno.

3. Ogni componente ha il diritto di chiedere l'iscrizione di un argomento all'ordine del giorno e ha il diritto di formulare richiesta motivata di convocazione del Consiglio. In tale ultimo caso, il Presidente assicura che la convocazione avvenga entro cinque giorni dalla richiesta.

4. Per motivi di urgenza, l'ordine del giorno può essere integrato dal Consiglio all'unanimità dei componenti prima dell'inizio di ciascuna seduta.

5. Il Presidente, ove lo ritenga, nomina uno o più relatori fra i componenti del Consiglio.

**Art. 5**  
**Deliberazioni**

1. Le deliberazioni del Consiglio sono adottate con il voto favorevole della maggioranza dei componenti presenti.
2. In caso di deliberazioni concernenti taluno dei componenti del Consiglio, quest'ultimo delibera senza la presenza dell'interessato.
3. Nel caso di parità prevale il voto del Presidente o di chi ne fa le veci.

**Art. 6**  
**Verbalizzazione delle sedute**

1. Dal verbale di seduta, redatto a cura del soggetto indicato nel precedente art. 3, comma 3, devono risultare i nomi dei componenti presenti, l'ordine del giorno con le sue eventuali integrazioni e, per ogni argomento trattato, le dichiarazioni, ove rese, nonché la delibera adottata.
2. Il verbale di seduta deve indicare il momento iniziale e quello finale della seduta stessa.
3. Il verbale di seduta, a cura di chi lo redige, è messo tempestivamente a disposizione del Presidente e dei componenti per l'approvazione, nella successiva seduta.

**Art. 7**  
**Incompatibilità e divieti**

1. Il Presidente e i Consiglieri della Camera arbitrale sono soggetti alle incompatibilità e ai divieti previsti dall'art. 241, commi 5 e 6, del d.lgs. 163/2006, come modificato dal d.lgs. 53/2010.
2. Inoltre, qualora taluno dei componenti avesse già svolto l'incarico di arbitro di parte o prestato opera professionale in favore di un soggetto che risulti poi parte in giudizio arbitrale, ha l'obbligo di dichiararlo e di astenersi. Egli non può partecipare alla delibera avente per oggetto la nomina del terzo arbitro né agli atti successivi riguardanti il giudizio arbitrale.

**Art. 8**  
**Regole di comportamento**

1. Il Consiglio arbitrale, in piena adesione ai doveri di una condotta ispirata ai canoni etici di lealtà, imparzialità, riservatezza e correttezza, recepisce, per ciascuno dei componenti, il codice etico della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, approvato in data 2 maggio 2012 ed il codice di comportamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici approvato con deliberazione del 7 aprile 1999 e successive modifiche e integrazioni.

**2.** Agli effetti del comma precedente, si applicano le seguenti regole ai componenti del Consiglio arbitrale:

*a)* non possono fornire consulenze, studi, collaborazioni a operatori del settore dei contratti pubblici neanche a titolo gratuito, se non autorizzati dal Consiglio arbitrale, a meno che non si tratti di attività imposta o comunque svolta per incarico dalla Istituzione di appartenenza: nel qual caso è sufficiente la comunicazione al Consiglio stesso;

*b)* non chiederanno, né accetteranno, per sé o per altri, alcun dono o altre utilità da nessun soggetto, pubblico o privato, che sia, direttamente o indirettamente, destinatario delle funzioni e dei poteri della Camera arbitrale, ad eccezione dei regali d'uso di modico valore.

**3.** In particolare i componenti del Consiglio arbitrale:

*a)* devono improntare lo svolgimento, sempre corretto, della propria funzione ai principi di imparzialità, di parità di trattamento e di non discriminazione;

*b)* devono prevenire situazioni, anche apparenti, di conflitto di interessi anche riguardanti propri congiunti entro il secondo grado;

*c)* sono tenuti a non divulgare informazioni comunque collegate a procedimenti in corso prima che gli atti ed i provvedimenti finali siano formalizzati e pubblicizzati;

*d)* sono tenuti a non fornire a terzi informazioni comunque acquisite — anche se non lesive della reputazione — sul conto degli iscritti negli albi.



## **Prospettive di riforma dell'arbitrato dei Contratti Pubblici (la proposta del Consiglio della Camera Arbitrale)**

*Di seguito il testo delle Proposte recentemente deliberate dal Consiglio della Camera Arbitrale dei Contratti Pubblici.*

### **CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE PROPOSTE DELIBERATE DAL CONSIGLIO <sup>(1)</sup> NELLA SEDUTA DEL 16 APRILE 2015 PER UNA RIFORMA DELL'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE RELATIVE AI CONTRATTI PUBBLICI**

1. Premessa
2. Obiettivi
3. Sintesi delle proposte formulate
4. L'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale per i contratti pubblici come strumento ordinario di risoluzione delle controversie relative ai contratti pubblici
5. Il procedimento di nomina del Collegio Arbitrale
6. Gli Albi e gli Elenchi formati presso la Camera Arbitrale per i contratti pubblici
7. Il Regolamento dell'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale per i contratti pubblici
8. I compensi degli Arbitri
9. L'Arbitro Unico

---

<sup>(1)</sup> Ferruccio Auletta, *presidente*; Alberto Massera, Ugo Draetta, Luca Mezzetti e Giovanni Fabio Licata *componenti*.

10. La pubblicazione delle decisioni relative a controversie concernenti i contratti pubblici

## 1. PREMessa

La Camera Arbitrale per i contratti pubblici stima opportuno formulare alcune proposte in vista di una possibile riforma dell'istituto dell'arbitrato per le controversie relative ai contratti pubblici. Il contributo di idee che qui di seguito si produce, quindi, intende offrire un apporto diretto a *migliorare e rafforzare* l'arbitrato amministrato inerente ai contratti pubblici, di modo che lo stesso possa naturalmente proporsi come strumento *efficace e utile*, oltre che espressivo del più alto grado di *integrità* (nel significato che meglio sarà chiarito di seguito), per la risoluzione delle controversie.

La Camera Arbitrale si determina a formulare il presente documento non soltanto in virtù di considerazioni strettamente giuridiche. Infatti, le innovazioni proposte assumono come loro base la convinzione di mettere a disposizione dell'intero sistema uno strumento *rapido, certo e trasparente* per la gestione del contenzioso in un settore di assai rilevante interesse per l'economia nazionale, altresì considerato il relativo irretimento nei mercati internazionali concernenti le acquisizioni pubbliche di opere, servizi e forniture. Si considera, cioè, che le variabili giuridiche prospettate possano essere tra l'altro utili a porre rimedio specifico alle ben note lungaggini giudiziarie, con benefici conseguenti sia per i tempi e i costi dei beni pubblici.

## 2. OBIETTIVI

In conformità alla dichiarazione di intenti esposta in premessa, la Camera Arbitrale ritiene che sia opportuno ritornare ai principi della delega, contenuta nell'art. 44, comma 3, lett. m, l. 88/2009, che aveva presieduto, per la parte *de qua*, all'adozione del d.lgs. 53/2010, con il quale sono stati modificati gli artt. 241-243 del Codice dei contratti pubblici. Infatti, come è stato da altri a suo tempo sottolineato, con quella delega il legislatore "*si schierava apertamente per l'arbitrato*"; ed è parimenti significativo che questo suo orientamento avesse trovato affermazione proprio nel corpo di una disciplina dettata per il recepimento nell'ordinamento nazionale della nuova "direttiva ricorsi" (dir. 2007/66).

I principi qui rilevanti, tra gli altri, sono quelli che impegnavano il legislatore delegato a "*prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile*" e a disporre dei meccanismi che potessero essere utili al "*contenimento dei costi*" allo stesso relativi.

Rispetto a tale importante linea di indirizzo, possono invero destare perplessità le soluzioni tecniche poi adottate dalla legge 190/2012, le quali hanno in effetti creato più di un problema applicativo specialmente alla



operatività del giudizio arbitrale e, più in generale, alla gestione del contenzioso nella materia dei contratti pubblici. Quindi, mentre quelle importanti esigenze di tutela dell'*integrità* pubblica sottese all'emanazione di questo documento normativo vogliono essere mantenute, si intende tuttavia suggerire l'opportunità di taluni accorgimenti tecnico-giuridici utili a renderle concretamente soddisfatte, al contempo garantendo una risoluzione effettiva e coerente del contenzioso nei contratti pubblici.

Questo chiarito, si possono da subito brevemente elencare taluni fra gli obiettivi che ci si propone di conseguire attraverso l'attuazione delle prospettive di riforma suggerite:

(i) trasparenza della intera procedura dell'arbitrato amministrato, accompagnata da meccanismi preventivi e di controllo idonei a garantire l'*integrità* della decisione;

(ii) rigore nei meccanismi di selezione degli arbitri e dei consulenti, le cui più certe competenze e responsabilità costituiranno garanzia ai fini della *qualità* delle decisioni adottate;

(iii) creazione di un ambiente organizzativo e di un contesto procedurale idonei a supportare al meglio lo svolgimento del procedimento decisionale arbitrale, in modo tale che la *qualità* di ogni singola decisione possa risultarne ulteriormente implementata;

(iv) rapidità dell'intero procedimento decisionale, con la predeterminazione di tempi *certi* entro cui la decisione sarà ottenuta;

(v) uniformità tendenziale dell'arbitrato nella materia dei contratti pubblici, con la conseguente eliminazione di dualismi disciplinari non obiettivamente giustificati;

(vi) predeterminazione e contenimento dei costi delle procedure arbitrali nella materia dei contratti pubblici, con la implicata necessità di *equiparare* (anche) in tale ambito la soluzione arbitrale, senza distinzioni tra lodo "libero" o lodo amministrato.

La prefigurazione di tali scopi, unitamente alla rappresentazione dei mezzi attraverso i quali perseguirli, consente di proporre ulteriormente che:

(vii) l'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale per i contratti pubblici sia considerato come lo strumento concretamente (più) trasparente, (più) efficiente e (più) utile per la risoluzione delle controversie relative ai contratti pubblici. In questa direzione, se le aspettative proprie alla riforma risulteranno confermate, l'arbitrato amministrato potrebbe *effettivamente* rappresentarsi come il mezzo *ordinario* ai fini della definizione delle liti nella materia prima indicata.

### 3. SINTESI DELLE PROPOSTE FORMULATE

Le proposte che la Camera Arbitrale intende formulare è bene anche evidenziare che, in non pochi casi, trovano già attuazione con egregi risultati in altri Paesi la cui legislazione è stata al riguardo oggetto di accurata analisi <sup>(2)</sup>, sicché — pur con ogni accortezza dovuta al raffronto fra contesti diversi — il dato finisce per rappresentare una convalida di operatività *ante diem* di quanto si propone.

1) Introduzione per via legislativa e/o amministrativa di strumenti idonei a favorire il ricorso all'arbitrato amministrato nella materia dei contratti pubblici, ritenendo tale istituto come *preferenziale* (rispetto all'ordinario giudizio di cognizione e all'arbitrato « libero ») per la risoluzione delle controversie in tale ambito. Questa proposta, naturalmente, non interviene prefigurando uno stato di cose invariato. Piuttosto, l'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale viene immaginato come lo strumento ordinario di risoluzione delle controversie nella materia dei contratti pubblici proprio in ragione delle modifiche che (contestualmente) si propongono per tale tipo di arbitrato, modifiche tali da conferire a questo strumento di risoluzione delle controversie elevate caratteristiche di *rapidità, certezza e trasparenza* dell'iter decisionale.

2) Introduzione per via legislativa e/o regolamentare di un sistema di nomina del Collegio Arbitrale che — per il caso dell'arbitrato amministrato — sia idoneo a limitare il potere delle parti in lite (private e pubbliche) in merito alla scelta relativa alla individuazione degli Arbitri o che, pur quando loro riservi una primazia, sia tale da mandare soggetto a conferma e/o a verifica l'esercizio del rispettivo potere. In particolare, si propone che gli Arbitri vengano individuati secondo un meccanismo predeterminato e trasparente la cui « gestione » — opportunamente regolamentata — dovrà essere riconosciuta alla Camera Arbitrale. In tal modo possono acquisirsi tutti i vantaggi derivanti dall'uso dello strumento dell'arbitrato, mentre rimane intatta — anche per il profilo dell'apparenza — la *neutralità* e la *distanza* dalle parti del Decidente. Sempre a tutela di tali esigenze, e in via alternativa alla precedente soluzione, si propone che — almeno — il Presidente del Collegio Arbitrale sia *sempre* nominato dalla Camera Arbitrale. Comunque, e cioè anche ipoteticamente prefigurando la stabilità dell'attuale sistema di nomina degli Arbitri, si propone che alla Camera Arbitrale sia attribuito un potere di *conferma* sulla designazione effettuata dalle parti, da compiersi previa eventuale verifica della sussistenza in capo agli stessi dei requisiti richiesti dalla legge e/o dal(l'adottando) regolamento della Camera Arbitrale medesima.

---

<sup>(2)</sup> In particolare, attraverso una analisi comparata di qualche decina di discipline di paesi stranieri si è potuto verificare come, in molti casi, l'arbitrato amministrato viene a essere considerato e disciplinato come lo spazio giuridico "privilegiato" per la definizione delle controversie nella (intera) materia relativa alla esecuzione dei contratti pubblici.

3) Introduzione per via legislativa e/o regolamentare di precise disposizioni con le quali si implementano i requisiti di *professionalità*, di *moralità* e di *onorabilità* necessari ai fini della iscrizione e/o della permanenza nei vari Albi ed Elenchi (Arbitri, Consulenti Tecnici e Segretari del Collegio Arbitrale) formati presso la Camera Arbitrale.

4) Introduzione per via legislativa e/o regolamentare di strumenti giuridici idonei a rendere *effettivamente* amministrato l'arbitrato che si svolge presso la Camera Arbitrale. Idealmente, la Camera Arbitrale, così come è per le altre istituzioni pubbliche di amministrazione arbitrale, dovrebbe essere munita di proprio regolamento che, sebbene strutturato con modalità agili tali da permettere periodici aggiornamenti e/o modifiche, sia idoneo a dare risposta immediata a molte delle problematiche che correntemente si presentano nella gestione delle procedure arbitrali.

5) Introduzione per via legislativa della figura dell'Arbitro Unico come strumento di risoluzione delle controversie di minore rilevanza economica.

6) Introduzione per via legislativa di un unico sistema dei compensi degli Arbitri nelle controversie relative alla esecuzione dei contratti pubblici, di modo che esso sia indifferentemente applicato, con insensibilità al tipo di procedimento o di professionista che vi è impegnato.

7) Introduzione per via legislativa dell'obbligo di pubblicazione di tutti i lodi arbitrali emanati nella materia dei contratti pubblici, *ivi* inclusi quelli ora "liberi" (la Camera Arbitrale, peraltro, ha già promosso la verifica presso gli organi competenti se, allo stato della legislazione vigente, risulti possibile la pubblicazione dei lodi tanto con riferimento agli arbitrati amministrati che a quelli non amministrati il cui deposito sia stato effettuato presso la Camera Arbitrale ai sensi dell'articolo 242, commi nono e decimo, del Codice dei contratti pubblici). Inoltre, si propone di introdurre per via legislativa l'obbligo di pubblicazione di tutte le transazioni che, nella materia dei contratti pubblici, risultino intervenute successivamente al promovimento del giudizio arbitrale che, pertanto, sia destinato a estinguersi. In tal modo si vorrebbe complessivamente conferire una sostanziale uniformità ai meccanismi di trasparenza relativi alle controversie nella materia dei contratti pubblici, la cui estensione deve, per motivi evidenti, ritenersi tanto opportuna quanto auspicabile.

#### **4. L'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI COME STRUMENTO "ORDINARIO" DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

Al fine di favorire e, anzi, privilegiare il ricorso all'arbitrato amministrato nel settore dei contratti pubblici, fermo restando che tanto la parte privata che quella pubblica dovrebbero poter rimanere comunque libere nel determinarsi

diversamente *scegliendo* — nei tempi e con le modalità parimenti appresso indicate — di devolvere la controversia al giudice ordinario, possono — per grandi linee — ipotizzarsi due possibili alternative (peraltro tra loro non necessariamente incompatibili):

1) La soluzione più *netta* sarebbe quella di un intervento diretto del legislatore che, muovendo dal presupposto per cui l'arbitrato amministrato — per come *riformato* — dovrebbe costituire lo strumento più efficace per la tutela degli interessi delle parti e, correlativamente, anche per la salvaguardia dell'interesse pubblico, lo renda *in prima battuta* (e salva l'espressa manifestazione di una diversa volontà delle parti) come lo strumento da utilizzarsi per la risoluzione delle controversie relative alla esecuzione dei contratti pubblici.

2) La seconda opzione, meno “invasiva” e sostanzialmente utilizzabile anche a legislazione invariata, prefigura un intervento amministrativo da parte dell'ANAC, che quindi potrebbe (comunque) inserire la clausola compromissoria (di arbitrato amministrato) nei “bandi tipo” che la stessa Autorità predispone ai sensi dell'articolo 64 del Codice dei contratti pubblici. Una azione in tal senso non è, comunque, (mai) priva di conseguenze giuridiche: infatti, la stessa amministrazione dovrà motivare espressamente in ordine alla eventuale deroga che — nel caso — ritenesse eventualmente di disporre in favore del G.O. (cfr. articolo 64, comma 4 *bis*, del Codice dei contratti pubblici).

A questo punto, peraltro, la questione dell'*autorizzazione* al deferimento della controversia ad arbitri da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, così come è nella previsione di cui all'articolo 241 del Codice dei contratti pubblici a seguito delle novità introdotte dalla legge 190 del 2012, sarebbe da ripensare in ogni caso impedendo, mediante antergazione del momento di esercizio di tale potere, che quel potere — attualmente esercitabile pur dopo aver compromesso per arbitri — si risolva in puro “dis-volere” della P.A.

Ovviamente possono prevedersi altri tipi di “incentivi” (giuridici) diretti a favorire la “generalizzazione” dell'arbitrato amministrato nel settore dei contratti pubblici, e la gamma di opzioni disponibili può presentarsi così ampia da sconsigliare anche solo la prova di una elencazione che qui non potrebbe che essere necessariamente incompleta <sup>(3)</sup>.

La necessaria affidabilità della proposta, tuttavia, impone di rilevare che

---

<sup>(3)</sup> Tuttavia, a scopo di ulteriore esemplificazione questa volta sul versante della parte privata, può essere ricordata la posizione di “vantaggio” riconosciuta all'operatore economico che in sede di procedura di gara avesse rinunciato alla declinatoria della competenza arbitrale, secondo una previsione dello schema del d.lgs. 53/2010 poi abbandonata nel testo definitivo.

— con buona probabilità — non sarebbe da ritenersi costituzionalmente legittima quella previsione che disponesse in tema di arbitrato (anche solo) amministrato rendendolo (senz'altro) obbligatorio. Per questo, si ritiene in larga misura indefettibile l'opzione per cui la facoltà di derogare alla “ordinaria” procedura arbitrale rivolgendosi al Giudice dello Stato debba permanere, per quanto poi sia da ritenersi con la stessa (buona) probabilità accettabile una maggiore elasticità relativa alla identificazione del momento in cui tale facoltà di scelta deve essere esercitata da entrambe o, al limite, anche solo da una delle parti.

Sempre per le finalità di cui al presente paragrafo l'auspicato intervento legislativo potrebbe anche essere una importante occasione di precisazione del (possibile) oggetto della procedura arbitrale. Per un verso, infatti, molto utile, anche per l'aspetto “pratico”, sarebbe — compatibilmente con il dettato costituzionale — una specifica identificazione legislativa degli ambiti delle controversie (legittimamente) arbitrali, e ciò soprattutto al fine di evitare defatiganti questioni di giurisdizione (che finirebbero con il pregiudicare sostanzialmente quelle essenziali esigenze di celerità che, invece, la procedura arbitrale mira a ottenere). Per un altro verso, quindi, l'intervento legislativo potrebbe anche divenire una formidabile occasione di estensione delle materie arbitrabili, *ivi* includendoci pertanto anche i contratti “esclusi” dalla disciplina del codice del 2006 (che costituiscono area alquanto vasta e di non modesto impatto economico).

## 5. IL PROCEDIMENTO DI NOMINA DEL COLLEGIO ARBITRALE

Per meglio garantire, anche nei termini dell'apparenza, l'*integrità* della decisione e la *neutralità* del Decidente, si propongono meccanismi di nomina (di tutto o di parte) del Collegio Arbitrale che siano idonei ad assicurare una più accentuata *distanza* tra le parti e il Decidente medesimo.

In *primo luogo*, e quindi *almeno* per tale profilo afferente alla nomina, si suggerisce di eliminare o, comunque, di ridurre al minimo indispensabile il dualismo del Codice dei contratti pubblici, tendendo alla unificazione dei due modelli dell'arbitrato libero e dell'arbitrato amministrato, in modo da eliminare duplicazioni e complicazioni obiettivamente poco razionali.

Da questo punto di vista, una prima via potrebbe essere quella di ipotizzare per la Camera Arbitrale il potere di nomina di tutti e tre i componenti del Collegio Arbitrale (sulla base dell'esperienza unanimemente giudicata positiva del modello lanciato dall'art. 34 d.lgs. 5/2003 per le controversie societarie), ovvero del singolo nel caso dell'Arbitro Unico (figura di cui con questo documento si propone l'istituzione). Altra via, meno invasiva, potrebbe essere quella di attribuire *sempre* il potere di nomina del Presidente del Collegio Arbitrale alla Camera Arbitrale, e un correlativo potere di

conferma delle nomine degli arbitri designati dalle parti in lite (potere di conferma che, nella sua dimensione di verifica in concreto e all'attualità della capacità di un soggetto di ricoprire il ruolo, non appare surrogabile nemmeno dalla sua estrazione da un albo *ad hoc*: l'esperienza dell'arbitro c.d. seriale è assolutamente illuminante al riguardo).

Naturalmente, l'attribuzione di un tale potere non dovrebbe essere (del tutto) discrezionale e, come del resto tuttora accade per la nomina del Presidente nel caso di mancato accordo delle parti, si suggerisce di disporre la previsione per la quale a tale nomina (o a tali nomine) si provveda per il tramite di procedure predeterminate, trasparenti, e in parte anche "casuali" rispetto alla specifica individuazione di un nominativo piuttosto che di un altro<sup>(4)</sup>. Così, anche per la concreta rilevanza dei più elevati requisiti di qualificazione professionale e di moralità che qui si propongono (anche) per gli Arbitri (su di che, nello specifico, si veda il successivo punto 6), si confida — volta a volta — di potere identificare un Collegio Arbitrale "distante" dalle parti ma, soprattutto, particolarmente qualificato in termini di competenza.

Se possono riscontrarsi obiezioni nei confronti di un simile modo di procedere alla nomina degli Arbitri — obiettivamente più trasparente e garanzia di una migliore integrità rispetto a un procedimento decisionale che vede comunque coinvolti interessi pubblici —, queste potrebbero essere in larga misura "fronteggiate" prevedendosi che, una volta così identificato il Collegio, la Camera Arbitrale possa (o debba) interloquire con le medesime parti in lite in ordine al mantenimento della data composizione del Collegio Arbitrale.

In secondo *luogo*, anche ipotizzando la stabilità dell'attuale sistema di designazione degli Arbitri e, quindi, dato per fermo il potere di scelta degli stessi in capo alle parti, si potrebbe tuttavia — a garanzia di un migliore controllo, di una più sicura qualificazione e di una più certa integrità — pensare di circoscrivere l'ambito della scelta all'interno dell'Albo che la Camera Arbitrale forma e detiene (su di che, anche per i più stringenti requisiti ipotizzati per l'iscrizione, si vedano le proposte di cui al punto successivo).

In terzo *luogo*, continuando a ipotizzare una (parziale) staticità dell'attuale sistema, si potrebbe *sempre e comunque* attribuire alla Camera Arbitrale il potere di conferma — sulla base del riscontro di requisiti predeterminati — del Collegio Arbitrale designato dalle parti. Tale proposta costituisce — per un verso — un elemento di riconduzione a unità delle due figure, ora praticate,

---

<sup>(4)</sup> Ci si riferisce, come è evidente, al meccanismo del sorteggio tuttora utilizzato per la individuazione dei nominativi fra i quali la Camera Arbitrale designa il Presidente del Collegio nel caso di mancato accordo delle parti.

dell'arbitrato libero e dell'arbitrato amministrato mentre — per altro verso — esprime una componente di garanzia che, attraverso un meccanismo di controllo esterno sulla nomina, permette in ogni caso di conferire un maggiore grado di *integrità* all'intero insieme delle decisioni rese nell'alveo degli arbitri nella materia dei contratti pubblici.

Infine, è in tale contesto che occorre considerare la questione, da alcuni sollevata, del mantenimento o meno delle disposizioni normative relative alla nomina ad opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte. Qualora si optasse per la soluzione positiva, fermi restando in ogni caso gli obblighi di pubblicità e rotazione nelle nomine, si stima opportuno integrare il disposto precettivo esistente con la previsione per cui, almeno, il dirigente pubblico nominando dovrebbe comunque essere incardinato in una amministrazione afferente a un comparto diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite, evitando situazioni di autentico paradosso quale la normativa vigente conduce nel rapportare a un medesimo organo il potere di selezione e di controllo disciplinare del soggetto designato quale arbitro.

#### **6. GLI ALBI E GLI ELENCHI FORMATI PRESSO LA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI**

Attualmente risultano formati presso la Camera Arbitrale un *Albo* e due *Elenchi*. L'*Albo* riguarda gli *Arbitri* (cfr. articolo 242, comma sesto, del Codice dei contratti pubblici). Invece, il primo degli *Elenchi* concerne i *Periti* mentre il secondo è relativo ai *Segretari dei Collegi Arbitrali* (cfr. articolo 242, rispettivamente commi settimo e decimo, del Codice dei contratti pubblici). L'inserimento in ciascuno di questi albi ed elenchi costituisce, rispettivamente, requisito necessario ai fini della nomina quale Presidente del Collegio Arbitrale nel caso di disaccordo delle parti, per la nomina a Consulente Tecnico, ovvero come Segretario del Collegio Arbitrale per il caso di arbitrati amministrati dalla Camera Arbitrale.

La proposta che si formula presuppone l'opportunità di mantenere in vigore tali albi ed elenchi e, tuttavia, prefigura che per l'accesso ai medesimi siano richiesti *standard* più elevati idonei a garantire una migliore e più adeguata *professionalità* nonché più certi requisiti di *moralità* e *onorabilità* in capo a chi risulta esserne iscritto.

In particolare, si propone di accrescere i requisiti di *professionalità* richiesti ai fini dell'iscrizione nell'*Albo* degli *Arbitri* e nell'*Elenco* dei *Periti*, mantenendo il potere della loro verifica in capo al Consiglio della Camera Arbitrale ma, contestualmente, demandando al (nuovo) regolamento della Camera Arbitrale la declinazione di questi più elevati requisiti e della loro dimostrazione. Invece, si propone di introdurre direttamente per via legislativa la implementazione di rigorosi requisiti di *moralità* e *onorabilità* per l'inserimento degli *Albi* e degli *Elenchi* formati presso la Camera Arbitrale.

Su queste premesse, diviene del tutto coerente lo sviluppo che induce uno speciale statuto degli arbitri e dei periti iscritti e operanti presso la Camera Arbitrale che, in ragione della funzione ivi svolta, assumano — in deroga all'art. 813, 2° c., c.p.c. — la qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio e rispondano in termini di illecito civile senza le attuali limitazioni di cui all'art. 813-ter c.p.c.

#### **7. IL REGOLAMENTO DELL'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI**

Si ritiene necessario, e questa costituisce una proposta centrale nella intera economia del documento che si produce, che la disciplina dell'arbitrato amministrato dalla Camera Arbitrale sia quanto più possibile avvicinata a quella “tipica” degli altri arbitrati amministrati dotando(si) la stessa Camera Arbitrale di un regolamento che ne governi il funzionamento e la relativa procedura in termini adeguati alla importante funzione istituzionale che essa dovrà svolgere.

Peraltro, sarebbe anche opportuno prevedere che, previa espressa disciplina in tal senso delle fonti di rango superiore, tale regolamento sia adottato dalla stessa Camera Arbitrale, ovvero dall'ANAC su proposta del Consiglio della Camera. Una previsione di questo tipo sarebbe senz'altro assai utile, dato che consentirebbe un aggiornamento periodico secondo le migliori soluzioni disponibili nel contesto della prassi degli arbitrati nazionali e internazionali di tipo amministrato.

Qui di seguito, senza ovviamente nessuna pretesa di completezza né di esaustività, si espongono taluni degli elementi che *idealmente* il regolamento dovrebbe contenere (e, per conseguenza, laddove necessario le fonti di rango superiore dovrebbero confidare il relativo potere):

(i) la previsione di quei consolidati (nella sede dell'arbitrato amministrato) strumenti necessari ai fini dell'*etica* e dell'*integrità* dell'arbitrato, tra cui: (a) la regolamentazione e/o specificazione dei requisiti di indipendenza, imparzialità, professionalità e onorabilità che debbono sussistere in capo agli Arbitri e ai Consulenti; (b) la previsione di un modello di dichiarazione di indipendenza e/o di assenza di conflitto di interessi (eventualmente da fornire in allegato) che sia gli Arbitri che i Consulenti tecnici debbono sottoscrivere; (c) la predisposizione di un codice deontologico e/o di comportamento (integrato al regolamento o, meglio, predisposto con separato documento allegato allo stesso) che tutti gli Arbitri e/o i Consulenti sono tenuti a osservare;

(ii) la regolamentazione delle decisioni che la Camera Arbitrale dovrà assumere in tema di nomina, conferma e ricusazione degli Arbitri e dei Consulenti tecnici;



(iii) la regolamentazione dei poteri di vigilanza che la Camera Arbitrale esercita in ordine alla regolarità della procedura arbitrale, con particolare riferimento al potere di rimuovere gli Arbitri e i Consulenti tecnici cui siano riferibili condotte e/o comportamenti non allineati agli *standard* di integrità che l'arbitrato richiede e/o (i quali siano) responsabili di gravi inadempimenti con riferimento alla procedura in corso;

(iv) la definizione analitica delle varie fasi del procedimento arbitrale con la predeterminazione dei tempi entro cui ciascuna di essa deve essere definita e, quindi, del tempo *massimo* entro cui l'intera procedura arbitrale deve concludersi, e con la contestuale regolamentazione del potere di verifica e di controllo in ordine al loro rispetto da parte della Camera Arbitrale;

(v) la predisposizione di linee guida per la redazione del lodo da parte del Collegio Arbitrale;

(vi) la predisposizione di linee guida per la conduzione della consulenza tecnica;

(vii) la regolamentazione del potere di verifica della regolarità formale del lodo da parte della Camera Arbitrale;

(viii) la regolamentazione delle modalità e dei termini attraverso i quali si procede a rendere disponibili le informazioni relative agli arbitrati amministrati presso la Camera Arbitrale;

(ix) la regolamentazione dell'attività di supporto che la Camera Arbitrale può svolgere ai fini della definizione della procedura arbitrale, sul modello della Segreteria tecnica della Banca d'Italia per i collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario;

(x) la definizione delle modalità attraverso le quali si procede alla pubblicazione dei lodi e di ogni altro atto o decisione afferente a controversie relative alla esecuzione di contratti pubblici, nonché degli elementi e dei dati estraibili dalla Camera Arbitrale ai fini della segnalazione all'ANAC per l'esercizio dei poteri suoi propri, sul modello del promovimento delle azioni di vigilanza da parte della Banca d'Italia dietro pubblicazione della notizia di mancata conformazione degli intermediari rispetto alla decisione dell'A.B.F.;

(xi) la predeterminazione dei criteri attraverso i quali procedere alla liquidazione del compenso degli Arbitri, degli onorari e delle spese relativi all'eventuale espletamento della consulenza tecnica e ai costi per l'ufficio del Segretario del Collegio Arbitrale.

Inoltre, anche per la portata e la rilevanza del Regolamento, si auspica che il legislatore possa apertamente ed esplicitamente prendere posizione in merito alla natura del potere speso e, in generale, al regime degli atti

riconducibili alla Camera Arbitrale. Questo, evidentemente, anche al fine di evitare contrasti e controversie relativi al corrispondente sistema delle impugnazioni.

## 8. I COMPENSI DEGLI ARBITRI

Come si è esplicitato a più riprese, uno dei fili conduttori di molte delle proposte formulate è quello di (provare a) ricondurre — almeno tendenzialmente — a un unico modello, quello dell'arbitrato amministrato, la soluzione giudiziale nella materia dei contratti pubblici.

Per coerenza, si impone un meccanismo di livellamento della disciplina dei compensi degli Arbitri, si da avere un *unico* schema tariffario, ragionevole da conseguire quale obiettivo finanche ove dovesse permanere l'incomprensibile dualismo tra arbitrato « libero » e amministrato.

Ora, sebbene rimanga importante — anche nei termini della semplice apparenza — porsi l'obiettivo di non superare il limite per i compensi allo stato esistente, non bisogna fare così in modo di allontanare le migliori competenze dalle dinamiche arbitrali (e ciò tanto più in quanto l'arbitrato [amministrato] vorrebbe essere visto e considerato come uno strumento più diffuso, se non proprio [*effettivamente*] prevalente) di gestione del contenzioso nella materia dei contratti pubblici). Talvolta, infatti, i compensi (previsti) per l'arbitrato amministrato possono risultare significativamente bassi, specie se rapportati alla mole di lavoro da svolgere e alle responsabilità (tanto più quando non più limitate *ex lege*) da assumere. Per questa ragione, si potrebbe pensare di mantenere l'attuale limite retributivo (anzi, per quanto si è detto, estendendolo) e, tuttavia, implementare le prerogative della Camera arbitrale attribuendole, nella ricorrenza di date condizioni, la facoltà di aumentare il compenso da corrispondersi concretamente agli Arbitri (pur sempre all'interno, s'intende, di parametri predeterminati).

## 9. L'ARBITRO UNICO

Per le vicende di minore rilevanza economica non ha davvero molto senso (in primo luogo economico!) che sia un Collegio Arbitrale a definire la controversia. Per tali ipotesi, in realtà, si corre il rischio per cui le spese della procedura superino quelle relative al *quantum* per cui effettivamente si controverte.

Quindi, si propone che, anche per libera scelta delle parti o, preferibilmente, per imposizione legislativa, controversie di questo tipo — se deferite all'arbitrato — siano sottoposte alla cognizione di un Arbitro Unico. In coerenza con quanto argomentato ai punti precedenti si stima opportuno che per l'Arbitro Unico possa valere quanto esposto nel precedente paragrafo relativamente alla nomina del Collegio.

## 10. LA PUBBLICAZIONE DELLE DECISIONI

La massima trasparenza di tutte le decisioni e, anzi, di tutte le azioni afferenti controversie relative alla materia dei contratti pubblici reca con sé l'auspicio che tutti i lodi concernenti contratti pubblici resi nell'alveo dell'arbitrato amministrato siano disponibili mediante pubblicazione in apposita sezione del sito istituzionale dell'ANAC. La Camera Arbitrale si sta già adoperando al fine di verificare — anche presso altre Autorità a tal riguardo potenzialmente competenti — se, ed eventualmente con quali accorgimenti “pratici”, una tale opzione possa essere considerata legittima allo stato della legislazione vigente. In aggiunta, con le medesime modalità e sempre presupponendo la (sola) rilevanza del diritto vigente, la Camera Arbitrale sta altresì verificando la possibilità di pubblicare anche i lodi relativi agli arbitrati non amministrati che, però, sono comunque depositati presso la Camera Arbitrale (affinché il lodo divenga efficace e, comunque, preliminarmente alla richiesta di esecutività di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile: cfr. — articolo 241, rispettivamente commi nono e decimo, del codice dei contratti pubblici).

Più a monte, sembrerebbe possa dirsi che non sia propriamente inutile, quantomeno nei termini dello sviluppo di integrità e trasparenza, la pubblicazione delle domande di arbitrato, nonché di tutte le (eventuali) rinunce e transazioni (o, almeno, del contenuto *sostanziale* delle stesse) tra i privati e la pubblica amministrazione (in senso proprio) intervenute successivamente al deferimento di una controversia relativa alla esecuzione di contratti pubblici alla cognizione di un Collegio Arbitrale.

L'introduzione di un obbligo di questo tipo conferirebbe un certo livello di uniformità al sistema della trasparenza relativo alle controversie nella materia dei contratti pubblici e, peraltro, risulterebbe utile alla funzione di rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia (di lavori pubblici) cui la Camera Arbitrale risulta istituzionalmente tenuta (ai sensi dell'articolo 242, comma quinto, del codice dei contratti pubblici) <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> In effetti, (almeno) stando al dato letterale della disposizione sembrerebbe che la funzione di rilevazione dei dati che la Camera Arbitrale deve compiere sia di ambito più ristretto (il solo contenzioso in materia di lavori pubblici) rispetto alla sfera di operatività dell'arbitrato amministrato dalla stessa Camera Arbitrale (controversie su diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione). Questo, ovviamente, rafforza tutte le esigenze sottese alla proposta meglio articolata nel testo. Comunque, sembra ragionevole argomentare che, quantomeno con riferimento al più ristretto ambito dei lavori pubblici, possa sin da adesso essere consentito alla Camera Arbitrale di richiedere notizie, chiarimenti e documenti relativi al contenzioso, e ciò sembrerebbe senz'altro riguardare anche un atto — come è la transazione — che lo stesso contenzioso conclude. La disciplina relativa alle concrete modalità di acquisizione, tuttavia, è rimessa alla predisposizione di un regolamento da parte dell'Autorità (e quindi può essere riportata a quanto esposto al precedente par. 7).



## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2016

<b>Unione europea</b>	<b>€ 100,00</b>
<b>Paesi extra Unione europea</b>	<b>€ 150,00</b>
<b>Prezzo di un singolo numero</b>	<b>€ 25,00</b>
<b>(Extra U. E. € 38,00)</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</i>		
<i>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 2015, 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 2016, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2016.

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);
- mediante **carta di credito** (visa - mastercard - eurocard - carta si), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- 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](mailto: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.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66