



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVI - N. 3/2016  
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 ZUMPARO.

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

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

## INDICE

### DOTTRINA

PIERO BERNARDINI, <i>The finality of international arbitral awards</i> .....	407
ANTONIO BRIGUGLIO, <i>Il controllo giudiziale del lodo: male necessario, perno essenziale di ogni indagine comparatistica sull'arbitrato, e chiave di volta della collocazione dell'arbitrato nel sistema e nella concreta esperienza</i> .....	423
ANIELLO MERONE, <i>Le modifiche del 2016 al Code TAS</i> .....	439

### GIURISPRUDENZA ORDINARIA

#### I) Italiana

*Sentenze annotate:*

Cass. Sez. I 21 gennaio 2016, n. 1099, con nota di F. LOCATELLI, <i>Preclusioni nell'arbitrato nel rispetto del principio di previa conoscibilità contro le decadenze "a sorpresa", ma con una clausola di salvaguardia e senza timore di usare rigore nei casi di abuso</i> .....	457
Cass. Sez. VI 21 gennaio 2016, n. 1119, con nota di B. TAVARTKILADZE, <i>Sulla compromettibilità in arbitri della lite avente ad oggetto il pagamento di interessi usurari</i> .....	475
Cons. Stato Sez. V 16 marzo 2016, n. 1053, con nota di Eu. PICOZZA, <i>Devoluzione ad arbitrato delle controversie relative ad accordi di programma</i> .....	487

#### II) Straniera

*Sentenze annotate:*

Svizzera - Tribunal Fédéral 26 febbraio 2015, con nota di M. ZULBERTI, <i>I rapporti fra impugnazione del lodo arbitrale nello Stato d'origine e giudizio di riconoscimento ed esecuzione del lodo estero</i> .....	501
---	-----

### RASSEGNE E COMMENTI

FRANCESCA TIZI, <i>Direzione del procedimento e costi dell'arbitrato</i> .....	529
--	-----

CHRISTIAN CORBI, <i>L'applicabilità della decadenza di cui all'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c. al procedimento arbitrale</i> .....	547
PIERA PELLEGRINELLI, <i>Può dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?</i> .....	553

#### **DOCUMENTI E NOTIZIE**

<i>Un significativo contributo alla migliore conoscenza del sistema italiano dell'arbitrato</i> [PIERO BERNARDINI] .....	567
<i>Una nuova Rivista in materia di arbitrato</i> [G.D.N.] .....	571
<i>Il nuovo Presidente dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato</i> .....	573

## **The finality of international arbitral awards (\*)**

PIERO BERNARDINI (\*\*)

1. Finality vs. court supervision. — 2. Finality of non-ICSID awards under rules of arbitration and arbitration laws. — 3. Finality under non-Model Law States: Sweden, England, USA, Switzerland and France. — 4. Public policy as a ground for annulment. — 5. Finality under the Model Law. — 6. Finality of ICSID awards. — 7. Grounds for annulment under the ICSID Convention. — 8. Annulment as an exceptional remedy under the Convention. — 9. The more recent trend of annulment decisions.

1. One of the reasons that make international arbitration so widespread as a method for settling disputes at transnational level is the “finality” of the award. Finality does not mean that the award may not be made subject to review and possibly be annulled. It means that any review of the award has a limited scope, the safeguarding against violation of fundamental principles of law by the arbitral tribunal.

This idea is shared by leading commentators of international commercial arbitration and investment arbitration. As stated by the President of the LCIA,

[e]fficient arbitration implicates a tension between the rival goals of finality and fairness. Freeing awards from judicial challenge promotes finality, while enhancing fairness calls for some measure of court supervision. An arbitration’s winner looks for finality, while the loser wants careful judicial scrutiny of doubtful decisions <sup>(1)</sup>.

With regard to the ICSID Convention a leading commentator has held:

---

(\*) This article is based on the text of a lecture given at UNIDROIT - Rome on 23 September 2015 in the context of Rome Tre-UNIDROIT 2<sup>nd</sup> Annual International Arbitration Lecture.

(\*\*) Former President, Italian Arbitration Association.

<sup>(1)</sup> W.W. PARK, *Why Courts Review Arbitral Awards*, in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century - Liber Amicorum* Karl-Heinz Böckstiegel, 595,596 (Carl Heymanns, 2001).

There are two potentially conflicting principles at work in the review process. One is the principle of finality; the other is the principle of correctness. Finality is designed to serve the purpose of efficiency in terms of an expeditious and economical settlement of disputes. Correctness may be an elusive goal that takes time and effort and may involve several layers of control, a phenomenon that is well known from domestic court procedure. In international arbitration the principle of finality is often seen to take precedence over the principle of correctness. The desire to see a dispute settled is regarded as more important than the substantive correctness of the decision. Annulment is the preferred solution to balance these two objectives. It is designed to provide emergency relief for egregious violations of a few basic principles while preserving the finality of the decision in most respects <sup>(2)</sup>.

The following analysis will distinguish between awards rendered other than under the ICSID Convention of 1965 (Non-ICSID Awards) and awards rendered under that Convention (ICSID Awards).

2. As will be shown, each country develops its own balance between finality and review. The systems vary but, at the end of the day, it appears that there has been in recent years a global trend in favour of arbitration, limiting consequently the review of the awards. This can be illustrated by the limited legal grounds available for challenging an award and by the restrictive interpretation given to these grounds by national courts.

The *favor arbitrati* and for the finality of awards is reflected by the rules of arbitration adopted by the parties for the conduct of the arbitral proceeding. The most frequently adopted rules record the parties' common intent to hold that "the award is final and binding on the parties" and that "the parties undertake to carry out any award without delay", as provided by UNCITRAL Arbitration Rules <sup>(3)</sup>. A similar provision is in ICC Rules of Arbitration <sup>(4)</sup> in the Rules of Arbitration of the Stockholm Arbitration Institute <sup>(5)</sup>, in the LCIA Arbitration Rules <sup>(6)</sup> and in the Rules of Arbitration of ICSID Additional Facility <sup>(7)</sup>. The 2014 LCIA Rules and the 2012 ICC Rules go a step further by adding that the parties waive their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made <sup>(8)</sup>. Whether acceptance by the parties in their arbitration agreement of the language of arbitration rules recording such a waiver is valid under the applicable law is to be verified.

The grounds that are available for annulling an international arbitral award at the place of arbitration are defined by the national law of this

---

<sup>(2)</sup> C. SCHREUER, *The ICSID Convention - A Commentary*, 2009, art. 42, para. 15, 903.

<sup>(3)</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, art. 32(2).

<sup>(4)</sup> ICC Arbitration Rules, art. 34(6).

<sup>(5)</sup> Rules of Arbitration of the Stockholm Arbitration Institute, art. 45.

<sup>(6)</sup> LCIA Arbitration Rules, art. 26(8).

<sup>(7)</sup> ICSID Additional Facility (Arbitration) Rules, art. 52(4).

<sup>(8)</sup> LCIA Arbitration Rules, art. 26(8); ICC Arbitration Rules, art. 34(6).

place (the *forum* law). Although there are in principle no limits on annulment grounds that the *forum* law may provide, it has been authoritatively held that an implied limit is prescribed by the New York Convention. Under Article II of that Convention Contracting States (presently over 155 States) have accepted to “recognize” agreements to arbitrate and since it is in the very nature of such agreements to provide for the “binding” resolution of disputes by arbitration also awards setting forth such resolution are to be final and binding<sup>(9)</sup>. Consistent with this, national courts in the United States have concluded that actions to annul international awards must be limited to the grounds specified in Article V of the New York Convention for refusing recognition and enforcement of awards. The link of annulment grounds under national laws on arbitration with Article V of that Convention is established by UNCITRAL Model Law which provides grounds for annulment that parallel those set forth by said Article V. Whether or not Article II of the New York Convention provides for an implied limit to annulment grounds under national laws of Contracting States, clearly a *de novo* unlimited judicial review would ignore the essential character of arbitration and arbitral awards recognized by the generality of national arbitration laws, which is to finally resolve the parties’ dispute in a binding manner.

Most developed arbitration laws treat international arbitral awards as final and binding, conferring effects similar to those of court judgments, notably the *res iudicata* effect. The English Arbitration Act 1996 provides in Section 58(1) that

“1) Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them”.

According to the French NCPC, “*La sentence arbitrale a, dès qu’elle a été rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche*” (art. 1484).

As with court judgments, the final and binding force of awards is in principle limited to the territory of the State where they were made. The New York Convention provides for recognition of awards *outside* that territory, therefore as *foreign*, so that may become part of the legal system of the State granting recognition. In most cases a party will request recognition of an arbitral award in order to raise a defence of *res iudicata* and thus bar the re-litigation in court of issues that have already been resolved in a domestic or foreign arbitration. There are instances in which a party, contrary to the final and binding character of the award, rejects the outcome of an arbitration by commencing litigation (or a new arbi-

---

<sup>(9)</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. III, para. 25.02, 3170.

tration) aimed at relitigating the parties' previous dispute. In these cases, developed legal systems contain principles of *preclusion*, generally formulated in the context of national court judgments and transposed to the arbitral setting, that give effect to the final character of previous arbitral awards involving the parties' dispute. The existence and efficient application of principles of preclusion is essential to the efficacy of the arbitral system in achieving its objective of finally resolving the parties' dispute.

Most modern arbitration legislations treat arbitral awards as presumptively valid in actions to annul and recognize awards while permitting annulment only on specified and limited grounds. The European Court of Justice has explained in the *Eco Swiss v. Benetton* judgment of 1999 the policy underlying such provisions by stating that:

“it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances”<sup>(10)</sup>.

In the last thirty years or so, many States have revised their laws on arbitration, specifically with the aim to facilitate arbitration taking place within their borders.

When an application for the setting aside of an award is made, national courts may have a different scope of review from one jurisdiction to another depending on a number of variables, including traditional differences in legal systems. The prevailing degree of review is the minimalist review where only issues of procedure are examined with a very minimal review of issues of substance. It is convenient to briefly review the law and jurisprudence of countries that have not adopted UNCITRAL Model Law but which are often the seat of international arbitration, to then examine the Model Law review system.

3. Review of annulment proceedings in Sweden, England, the United States, Switzerland and France and have concluded that annulment of international awards is an exceptional occurrence, with the overwhelming majority of awards being upheld in the face of annulment challenges, thus ensuring their finality<sup>(11)</sup>.

In Sweden<sup>(12)</sup>, challenge of an award may be either (*i*) through a request for a declaration of invalidity for the grounds mentioned in Section 33 of the Arbitration Act of 1999 (the award includes determination of issues that may not be decided by arbitrators or is incompatible with basic principles of Swedish law or does not fulfil the requirements of

---

<sup>(10)</sup> *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int'l NV*, C-126/97, [1999] E.C.R. I-3055 (E.C.J.).

<sup>(11)</sup> G. BORN, cit., para. 25.03, 3174.

<sup>(12)</sup> The Review of International Arbitral Awards, IAI Series No. 6, Sweden, Roland Halvorsen, 145 ss.

written form and signature), or (ii) through an application to set aside the award pursuant to Section 34 of the Act (award not covered by a valid arbitration agreement, made after expiration of the term or by arbitrators in excess of their mandate or by arbitrators appointed contrary to the parties' agreement or if its outcome was influenced by irregularity during the proceeding).

The Stockholm (Svea) Court of Appeal, which has jurisdiction over international awards, in a judgment of 15 May 2003, in *CME Lauder v. The Czech Republic* rejecting the Republic's challenge against the award held as follows:

In line with what might be deemed to be an expression of the legal situation in many other countries, by virtue of the Arbitration Act the Swedish legislature has adopted a restrictive approach towards the possibilities to successfully have an arbitration award declared invalid or set aside based on a challenge<sup>(13)</sup>.

Swedish law permits parties that have not their domicile or place of business in Sweden to waive any form of recourse against the award. According to a national report, 114 challenges were brought before the Svea Court of Appeal during the period 2002-2007. Out of these 114 cases, only 33 resulted in a final decision by the Court and out of these only two arbitral awards were set aside<sup>(14)</sup>.

In England<sup>(15)</sup>, under the Arbitration Act 1996, arbitration proceedings or an award may be reviewed on the ground of lack of jurisdiction, procedural impropriety or public policy. A party objecting to the substantive jurisdiction of a tribunal may choose to take no part in the relevant proceedings; in that case he may, under Section 72(1), raise the question of substantive jurisdiction in court at once by seeking a declaration or injunction or may, under Section 72(2), await any award and challenge it then in court under Section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction or under Section 68 on the ground of serious irregularity. In these cases, the party must raise the objection with the tribunal at the earliest opportunity under penalty of losing the right to raise those objections later (Section 73). Whatever course of events is taken, no decision by the arbitral tribunal as to its own jurisdiction binds the court. English law does not in this respect recognise a principle of *Kompetenz-Kompetenz* and courts may determine for themselves factual and legal issues arising in connection with the jurisdiction of the arbitral tribunal.

Section 68(2) of the Act provides a catalogue of the principal grounds for serious procedural irregularity justifying setting an award aside. These

---

<sup>(13)</sup> Judgment of the Svea Court of Appeal, 15 May 2003, UNCITRAL case *CME/Lauder v. The Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001.

<sup>(14)</sup> IAI Series No. 6, cit., Sweden, Roland Halvorsen, 148.

<sup>(15)</sup> IAI Series No. 6, cit., England, Jonathan Mance, 119.

include failing to deal with all the issues presented to the tribunal, to conduct the arbitral proceedings in accordance with procedure agreed by the parties, to render an award free from ambiguity or to conduct the proceedings fairly and equitably giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, or the tribunal exceeding its powers or the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy. These procedural defects will only warrant setting an award aside if they caused “substantial injustice” to the party challenging the award. The threshold for an award to be annulled for serious irregularity is very high<sup>(16)</sup>. Perhaps the most notable ground for review under the Act is Section 69, which provides for an appeal on a question of law in an award made in the proceedings, which is considered a very expansive court review. Section 69 is not mandatory and may be opted out of by the parties. In England, only a limited number of annulment proceedings have been successful. This is due also to a remarkable aspect of English judicial system for arbitration which permits to save awards by the remedy of *remission* whereby if there is something wrong with the award or the arbitral process it may be corrected by the arbitrators in the light of the court’s determination under the procedure of Section 69(7)(c)).

In summary, while English courts’ scope of review of arbitration awards is expansive regarding jurisdiction they intervene only cautiously and rarely on grounds of procedural injustice, public policy or error in relation to the merits of any issue submitted to arbitration and they will give considerable weight to the determination by the arbitral tribunal of any issues of fact or foreign law relevant to these issues<sup>(17)</sup>.

In the United States<sup>(18)</sup>, the Federal Arbitration Act (FAA) does not provide for a substantive review of the merits of an arbitral award. The Act goes so far as to prohibit parties from agreeing on a review of the merits of an award by the courts.

As one US court put it, using a language widely applicable in other jurisdictions,

In reviewing an arbitration award courts do not sit to hear claims of factual or legal error by an arbitrator as an appellate court does in reviewing decisions of lower courts<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> *Lorand Shipping Ltd. v. Davof Trading (Africa) BV (the Ocean Glory)*, [2014] EWHC 3521 (Comm) (30 October 2014); *National Iranian Oil Company v. Crescent Petroleum Company International Ltd. & Anor* [2016] EWHC 510 (Comm) (4 March 2016).

<sup>(17)</sup> IAI Series No. 6, cit., England, Jonathan Mance, 143.

<sup>(18)</sup> IAI Series No. 6, cit., United States, Justice Stephan G. Breyer, 111 ss.

<sup>(19)</sup> *Major League Umpires Ass’n v. Am. League of Prof’l Baseball Clubs*, 357 F3d 272, 280 (3d Cir. 2004) (quoting *Tanoma Mining Co. v. Local Union No. 1269*, 896 F 2d 745, 747 (3d Cir. 1990).

The standard of review under the Federal Arbitration Act is extremely limited. The Supreme Court in its landmark 2008 *Hall Street* decision referred to the FAA

as substantiating a national policy favouring arbitration with just the limited review needed to maintain arbitration's essential virtue of resolving disputes straightaway. Any other reading opens the door to the fullbore legal and evidentiary appeals that "can render informal arbitration merely a prelude to a more cumbersome and time consuming judicial review process" (20).

In Switzerland (21), case law holds that the list of grounds to challenge an award under Article 190(2) PILA is exhaustive and that each ground must be interpreted narrowly. An application to challenge an international arbitral award must be brought directly before the Swiss Federal Tribunal, which is the highest court in Switzerland.

The Federal Tribunal will not review the facts of the case, nor the law applied by the arbitral tribunal. Broadly speaking, only serious procedural defects or rulings on substance that are contrary to international public policy will be considered. Specifically, it has been consistently held that an award will not be set aside on the grounds that it has been rendered on the basis of obviously wrong findings of fact — even if these findings are contradicted by clear evidence on record — or in clear violation of rules of law or equity. As held by an authoritative commentator, the reason for this very restrictive approach both by the Swiss legislator and the Federal Tribunal is that parties, having agreed to arbitration, should be held to that agreement and should not be afforded a second opportunity to re-argue the merits of the case in court (22).

In France (23), awards are presumed to be valid. In order to rebut this presumption, a party seeking its setting aside has to prove that the award does not satisfy the requirements of Article 1520 of the Nouveau Code de Procedure Civile (NCPC), as amended by the reform of 13 January 2011, which alone provides grounds upon which to set aside the award:

*Le recours en annulation n'est ouvert que si:*

1° *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou*

2° *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou*

3° *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou*

4° *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou*

---

(20) *Hall Street Associated v. Mattel Inc.*, 552 U.S. 576 (2008), Annex 10 to IAI Series No. 6, cit., 458.

(21) DASSER, *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis*, 25 ASA Bull. 444 (2007).

(22) KAUFMANN-KOHLER, STUCKI, *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer 2004, 136.

(23) IAI Series No. 6, cit., France, Hascher, 97.

5° *La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.*

The party challenging the award must have objected during the arbitration procedure as soon as it became aware of the irregularity which it is contesting before the national judge.

An international arbitral tribunal is not considered in France to be a court of first instance; the merits of the dispute are not to be examined again by the courts reviewing the award. There is therefore no substantive review, French courts being not supposed to determine whether the arbitrators' decision was right or wrong.

As the Paris Court of Appeal has repeatedly stated:

*Le contrôle de la Cour d'appel [doit] porter non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation de la sentence n'étant encourue que si son exécution heurte la conception française de l'ordre public international* <sup>(24)</sup>.

A major innovation has been introduced by the 2011 reform giving the parties the option under Article 1522 to exclude by “special agreement” all grounds of annulment of an award. The need of a special agreement (“*par convention speciale*”) seems to exclude that a waiver of general nature as provided by some arbitration rules may be sufficient. If the waiver is validly made, the only court control of the award shall be if one of the parties requests the recognition or enforcement in France of the award.

4. All the mentioned jurisdictions provide for annulment of arbitral awards on public policy grounds, France, England and Switzerland by express law provisions and the United States by holding of the courts. The scope of such ground for annulment under these jurisdictions is extremely narrow. In France, the Paris Court of Appeal in the well-known *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile* case in the context of an action for annulment held in 2004 as follows:

*Considérant que le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502-5° du NCPC n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable notre ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81 CE pour le fonctionnement du marché intérieur car il est indéniable que l'ordre public international des Etats membres a également une source communautaire* <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Paris Cour d'appel, 14 June 2001, *Compagnie Commerciale André c. Tradigrain France et autres*, *Rev. arb.*, 2001, 773 (note by Seraglini).

<sup>(25)</sup> Paris Cour d'appel, 18 November 2004, *SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*,

The Court noted that, in principle, EU competition law expresses a fundamental public policy of the French legal system. In dismissing the recourse for annulment, the French Court indicated the limits within which the public policy exception may be raised in an annulment context referring to the need for public policy violation to be “*flagrante, effective et concrete*”<sup>(26)</sup>, (“blatant, effective and concrete”), conditions that are not reproduced by Article 1520(5) of the French Code revision of 2011 when dealing with international public policy exception.

In England, in its July 3, 2008 judgment in *R v. V*<sup>(27)</sup> the Commercial Court addressed the issue of the scope of review on grounds of public policy. The court held that, in any case, it would “accord the award full faith and credit, even if it were appropriate to embark on any form of preliminary inquiry”, since, in substance, there was plenty of material before the arbitrators to demonstrate that the contract was not illegal. In a recent case, the English High Court held that it should not interfere with the arbitrators’ conclusion that the agreement was not procured by bribery after full consideration and evidence striking out Section 68(2) challenge as unarguable in the absence of fresh evidence, of which there was none, or save exceptional circumstances, of which there were none<sup>(28)</sup>. In the United States, the public policy defense is construed narrowly, as courts recognize the presumption that favors upholding international arbitration awards.<sup>(29)</sup> Denial is proper only when confirmation of an award “would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”<sup>(30)</sup>.

5. Coming to the UNCITRAL Model Law, the latter sets forth an influential approach to the annulment of international awards in the arbitral seat. The Model Law was adopted by the UN General Assembly Resolution of 11 December 1985. 67 States have so far adopted its text as national law on arbitration. Article 34 of the Model Law provides a detailed list of grounds, divided into two categories, for “recourse to a

---

*Rev. arb.*, 2005, 757. See also Cour de Cassation, 21 March 2000, *Verhoeft c. Moreau*, *Rev. arb.*, 2001, 805; Paris Cour d’appel, 14 June 2001, *Compagnie commerciale André c. Tradigrain France et autres*, *Rev. arb.*, 2001, 773 (note by Seraglini).

<sup>(26)</sup> Cour de Cassation (1<sup>er</sup> civil), 19 November 1991, *Grands Moulins de Strasbourg c. Compagnie Continentale France*, *Rev. arb.*, 1992 (1), p. 76 (note by Idot); Cass. (1<sup>er</sup> civ), 4 June 2008, *CNF c. Cytec Industries BV*, *Rev. arb.*, 2008 (1), 478 (note by Fadlallah).

<sup>(27)</sup> [2008] EWHC 1531 (Comm).

<sup>(28)</sup> *National Iranian Oil Company v. Crescent Petroleum Company*, cited in note 16.

<sup>(29)</sup> *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense System Inc.*, 665 F 3<sup>rd</sup> 1091, 1096 (9<sup>th</sup> Circ., 2011).

<sup>(30)</sup> *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, United States District Court, November 20, 2015, Civil Action No. 14-2014 (JEB) 30.

court against an arbitral award”<sup>(31)</sup>. As already mentioned, these grounds parallel those set forth by Article V of the New York Convention for refusing recognition and enforcement of foreign awards. Under Article 34(2)(a) an award may be annulled if the party making the application furnishes proof that (i) the arbitration agreement was invalid or a party thereto lacked capacity; or (ii) a party was unable to present its case, including for lack of due notice; or (iii) the award deals with matters outside the scope of the submission to arbitration; or (iv) the composition of the arbitral tribunal was not in accordance with the parties’ arbitration agreement”. The award may be annulled under Article 34(2)(b) if the court finds that (i) the dispute was non-arbitrable; or (ii) the award violates local public policy. If none of these specified grounds is present, then the award may not be annulled, Article 34(2) providing for the setting aside of the award “only if” one of the listed grounds is accepted. The burden of proving that one of the grounds under Article 34(2) (a) applies is on the party seeking to set aside the award, as confirmed by decisions of national courts, in the United States, Canada, Singapore and New Zealand<sup>(32)</sup>. National courts have further indicated that grounds for annulment are exhaustively enumerated in Article 34 and are to be narrowly construed<sup>(33)</sup>.

Public policy grounds of annulment under the Model Law are worth being examined.

Article 34(2) (b)(ii) provides that an award may be annulled if the annulment court finds that “the award is in conflict with the public policy of this State”<sup>(34)</sup>. The public policy exception is frequently invoked in Model Law jurisdiction as a basis for annulling arbitral awards and gives rise to substantial complexities similar to those arising in connection with the recognition of foreign arbitral awards under Article V(2)(b) of the New York Convention. The standard of proof required to establish a public policy exception under this Article is a demanding one, courts

---

<sup>(31)</sup> H. HOLTZMANN & J. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, 1989, 910.

<sup>(32)</sup> See, e.g., *D.-H. Blair & Co. v. Goutdiener*, 462 F.3d 95, 110 (2d Cir. 2006); *Beth Israel Med. Ctr v. 1199/S.E.I.U. United Healthcare Workers E.*, 530 F.Supp.2d 610, 614 (S.D.N.Y. 2008); *Canada (Attorney Gen.) v. S.D. Myers Inc.*, [2004] 3 F.C.R. 368 (Canadian Fed., Ct.); *Holding Tusculum BV v. Louis Dreyfus SAS*, [2008] QCCS 5904 (Québec Super Ct.) (grounds for setting aside awards are exhaustively enumerated in Art. 34; *ABC Co. v. XYZ Co. Ltd* [2003] 3 SRL 546 (Singapore High Ct.); *Methanex Motunui Ltd v. Spellman*, [2004] 1 NZLR 95 (Auckland High Ct.).

<sup>(33)</sup> See e.g., *Corporación Transnacional de Inversiones SA v. STET Int’l SpA*, 45 O.R. 3d 183 (Ontario S. Ct. of Justice 1999); *Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel Corp.*, 47 B.C.L.R. 2d 201 (B.C.T. 1990).

<sup>(34)</sup> A number of States opposed inclusion of a public policy ground for annulment of awards in the Model Law, arguing that the exception was unduly vague: *Summary Record of the 318th Meeting, UNCITRAL*, Doc. A/CN.9/SR.318. The weight of opinions was to the contrary and Article 34(2)(b)(ii) was included.

having uniformly held that this ground is “exceptional” and “extremely narrow”, to be applied “sparingly” and with “extreme caution”, and to be interpreted “restrictively”, limiting annulment in exceptional cases of clear violations of fundamental, mandatory legal rules, not in cases of judicial disagreement with a tribunal’s substantive decisions or procedural rulings. The rationale is that only matters which are essential to the *forum state’s* legal system, and are considered mandatory even in transnational settings, will constitute international public policy.

Corruption and official bribery, breach of trade regulations or export and currency controls, penalties and punitive damages provided by the award or serious procedural irregularities amounting to violation of “procedural public policy” may be grounds for public policy exceptions.

6. Coming to the ICSID Convention, it is to be noted the unique feature of the ICSID system consisting in its autonomous nature. ICSID arbitration is known as a self-contained, or de-localized, arbitration because local courts in any particular State, including those at the place where arbitration is held, have no role to play in the proceeding. ICSID awards are binding on the disputing parties, may not be appealed and are not subject to any remedies except those provided for in the Convention. As a result, unlike other international arbitral awards, ICSID awards cannot be challenged before national courts but only within the framework of the Convention and pursuant to its provisions <sup>(35)</sup>.

The drafting history of the ICSID Convention confirms the limited and exceptional nature of the annulment remedy, the finality of awards being a fundamental goal for the system <sup>(36)</sup>. The limited and exceptional nature of the annulment remedy expressed in the drafting history of the Convention has been repeatedly confirmed by ICSID Secretary-Generals <sup>(37)</sup>. Annulment was designed purposefully to confer a limited scope of review which would safeguard against “violation of the fundamental principles of law governing the Tribunal’s proceedings.” The remedy has thus been characterized as one concerning the legitimacy of the process rather than an inquiry into the substance of the award <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> ICSID Convention, art. 53(1): “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention”.

<sup>(36)</sup> M.B. FELDMAN, *The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards*, ICSID Review - FILJ, vol. 2 No. 1, Spring 1987, 85 ss.

<sup>(37)</sup> See e.g., Report of Secretary-General Ibrahim F.I. Shihata to the Administrative Council at its Twentieth Annual Meeting 3 (October 2, 1986): “The history of the Convention makes it clear that the draftsmen intended to: (i) assure the finality of ICSID awards; (ii) distinguish carefully an annulment proceeding from an appeal; and (iii) construe narrowly the ground for annulment, so that this procedure remained exceptional”.

<sup>(38)</sup> C. SCHREUER, *The ICSID Convention*, cit., art. 52, para. 11, 901.

Article 53 of the Convention provides that “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any other remedy except those provided for in this Convention”.

The choice of remedies offered by the ICSID Convention reflects a deliberate election by its drafters to ensure finality of awards. These remedies are:

- rectification (Article 49(2)) - the Tribunal can rectify any clerical, arithmetical or similar error in its award;
- supplementary decision (Article 49(2)) - the Tribunal may decide any question it omitted to decide in its award;
- interpretation (Article 50) - the Tribunal may interpret its award where there is a dispute between the parties as to the meaning or scope of the award rendered;
- revision (Article 51) - the Tribunal may revise its award on the basis of a newly discovered fact of such a nature as to decisively affect the award; and
- annulment (Article 52) - an ad hoc Committee may fully or partially annul an award on the basis of one or more of the grounds under Article 52(1).

As authoritatively held, interpretation does not impair the finality of the award nor involve its review, the award constituting *res iudicata*, but only a determination of its meaning and scope; revision, which is not excluded by the finality of awards, cannot be considered as an appeal being limited to substituting new conclusions based on the decisive facts discovered<sup>(39)</sup>.

7. Under Article 52(1) of the Convention, the grounds for annulment are as follows:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

The circumstance that the excess of powers must be “manifest” and the departure from a rule of procedure must be “serious” and must concern a rule that is “fundamental” is indicative of the exceptional nature

---

<sup>(39)</sup> A. BROCHES, *Observations on the Finality of ICSID Awards*, 6 ICSID Rev. - FILJ, 376 (1991), p. 323. Aaron Broches was Past Vice-President and General Counsel (1959-1979) of the World Bank and the lead negotiator for the World Bank of the ICSID Convention.

of the remedy of annulment, the object and purpose of the Convention being to provide for a very high threshold for annulment. Out of these different grounds, the tribunal's manifest excess of its powers, a serious departure from a fundamental rule of procedure and the failure to state the reasons on which the award is based have been invoked in practically all requests for annulment by either investors or States, with more than one of such grounds being relied upon in each case. As held by an annulment decision, "integrity of the dispute settlement mechanism, integrity of the process of dispute settlement and integrity of solution of the dispute are the basic interrelated goals projected in the ICSID annulment mechanism" <sup>(40)</sup>.

Decisions on annulment are entrusted to a committee of three persons ("*ad hoc* Committee") appointed for each case by the Chairman of the Administrative Council of the Centre (*ex officio* the President of the World Bank) out of ICSID Panel of Arbitrators designated by Contracting States among "persons of high moral character and recognized competence in the field of law, commerce, industry and finance, who may be relied upon to exercise independent judgment" <sup>(41)</sup>. The complexity of the task assigned to *ad hoc* committees has been summarized as follows:

Annulment is an essential but exceptional remedy. It is well understood that the grounds listed in Article 52(1) are the only grounds on which an award may be annulled. However, the application of that paragraph places a heavy responsibility on the *ad hoc* committees which must rule on requests for annulment. For example, in relation to a Tribunal's alleged "excess of powers" they may have to make fine distinctions between failure to apply the applicable law, which is a ground for annulment, and incorrect interpretation of that law, which is not. With respect to allegations that a tribunal's failure to deal with questions submitted to it constitutes a serious departure from a fundamental rule of procedure, or failure to state the reasons on which the award is based, they will have to assess the relevance of those questions, that is to say, their nature and potential effect, had they been dealt with, on the tribunal's award. They are also likely to be called on to give specific meaning to such terms as "manifest," "serious departure" and "fundamental rule of procedure" in judging the admissibility of claims for annulment. After these determinations have been made on the basis of objective legal analysis, the *ad hoc* committees may be faced with the delicate final task of weighing the conflicting claims of finality of the award, on the one hand, and, on the other, of protection of parties against procedural injustice, as defined in the five sub-paragraphs of Article 52(1). This requires that an *ad hoc* committee be able to exercise a measure of discretion in ruling on applications for annulment <sup>(42)</sup>.

8. Decisions on annulment have established that: (1) the grounds listed in Article 52(1) of the Convention are the only grounds on which an

---

<sup>(40)</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision on Annulment, 5 June 2007, para. 23.

<sup>(41)</sup> ICSID Convention, art. 14(1).

<sup>(42)</sup> A. BROCHES, *Observations on the Finality of ICSID Awards*, cit., 377-378.

award may be annulled; (2) annulment is an exceptional and narrowly circumscribed remedy and the role of annulment committees is limited; (3) these committees are not courts of appeal, annulment is not a remedy against an incorrect decision, and annulment committees cannot substitute the tribunal's determination on the merits for their own; (4) annulment committees should exercise their discretion not to defeat the object and purpose of the remedy or erode the binding force and finality of awards; (5) Article 52 should be interpreted in accordance with its object and purpose, neither narrowly nor broadly; and (6) committees' authority to annul is circumscribed by the grounds specified in the request for annulment, but committees have discretion with respect to the extent of an annulment, which may be partial or full<sup>(43)</sup>.

According to decisions of *ad hoc* Committees, a manifest excess of powers occurs where the tribunal has accepted jurisdiction where in fact jurisdiction is lacking, or in the inverse case if it has declined jurisdiction when the same existed. The ICSID Convention prescribes certain mandatory requirements that must be fulfilled for a tribunal to have jurisdiction, namely that (i) "a legal dispute" exists, (ii) "arising directly out of an investment"; (iii) "between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State)"; (iv) "and a national of another Contracting State"; (v) "which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre"<sup>(44)</sup>. The parties cannot agree to derogate from these criteria and the tribunal must decline jurisdiction where a mandatory requirement is not met, even if neither party has raised any objection to jurisdiction. Excess of powers has been found in case of failure by the tribunal to exercise its mandate in accordance with the parties' arbitration agreement. On that basis, it has been held that there is an excess of powers in case of failure by the tribunal to apply the proper law (as distinguished from errors in the application of the law, which in principle is no ground for annulment) or if the tribunal acted *ex aequo et bono* without the required agreement of the parties. The excess of powers must in any case be "manifest" in order to found annulment, this being the case if it can be discerned without the need for an elaborate analysis of the award.

The "serious departure from a fundamental rule of procedure" requires that the rule in question be "fundamental" and the procedural violation be "serious". As held by annulment committees, fundamental rules of procedure include the equal treatment of the parties, the right to be heard, an independent and impartial tribunal, the treatment of evidence and burden of proof and deliberations among the tribunal's mem-

---

<sup>(43)</sup> Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID, August 10, 2012, para. 75.

<sup>(44)</sup> ICSID Convention, art. 25(1).

bers. Not every departure from a fundamental rule of procedure justifies annulment: the departure must be “serious”, meaning that it must have had a material effect on the tribunal’s decision “causing the tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such rule been observed” (45).

“Failure to state reasons” on which the award is based is a requirement ensuring that the parties can understand the reasoning of the tribunal on points of fact and law in reaching its conclusion. The correctness or adequacy of the reasoning or whether it is convincing is not an appropriate standard of review since it draws an *ad hoc* committee into an examination of the substance of the tribunal’s decision in disregard of the exclusion of the remedy of the appeal. Failure to state reasons may occur in case of absence of reasons on a particular aspect of the award which is material to the tribunal’s decision or in case of contradictory reasons. Failure to state reasons does not necessarily result in annulment in case the failure is remedied by the tribunal issuing a supplementary decision concerning the question not addressed upon request of the dissatisfied party (46).

The finality of ICSID Awards is underlined by the finding that under Article 52(3), which provides that the “Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1)”, an *ad hoc* Committee “may ... refuse to exercise its authority to annul an award where annulment is clearly not required to remedy procedural injustice and annulment would unjustifiably erode the binding force and finality of ICSID awards (47).

9. The more recent steady trend of rejection of annulment requests may favor users’ perception of the stability reached by ICSID review system although it is clear that the Convention’s goal of assuring the finality of awards does not mean that awards should in any case be left unannulled, infringements of ICSID Convention’s basic tenets being in no case to be tolerated. Prior annulment decisions, although offering useful guidance to subsequent committees, do not have a precedential value, a *stare decisis* as meant for national jurisprudence. By contrast, annulment decisions of non-ICSID awards, entrusted as they are to a body of national judges of a higher level of jurisdiction, sometime with a specific knowledge

---

(45) *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt*, Decision on the Application for Annulment, 15 February 2002, para. 58; see also *Repsol v. Petroecuador*, Decision on Annulment, 17 May 1990, para. 81; *Fraport AG Airport Worldwide v. Republic of the Philippines*, Decision on the Application for Annulment, 23 December 2010, para. 246.

(46) ICSID Convention, art. 49(2).

(47) *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Award dated January 6, 1988, December 22, 1989, paras. 4.09-4.10.

and experience in the field of international arbitration (as is the case of the Paris Court of Appeal), are expected to follow the precedents established by other courts of the same judiciary, thus ensuring a higher level of consistency and predictability of the national jurisprudence with respect to ICSID awards review system.

The review made of national laws and an international convention of great importance for arbitration in the field of investment, together with the relevant jurisprudence and arbitral decisions, confirms that finality of awards is one of the main objectives of the generality of legal systems of arbitration, the review of awards being an exceptional remedy as a safeguard against serious violations of fundamental principles governing the arbitral proceedings.

*The principle of finality of international arbitral awards takes in general precedence over the conflicting principle of correctness calling for some measures of court supervision. The parties' preference for finality is reflected by the arbitration rules adopted by them for the conduct of the proceedings. Annulment is a remedy striking a balance between the principles of finality and correctness. Regarding non-ICSID awards, this is shown by the national laws of non-Model Law States such as Sweden, England, USA, Switzerland and France and of those States that have adopted the Model Law. Regarding ICSID awards, as shown by the drafting history of the Convention finality is considered as a fundamental goal for the system. This is reflected by the exceptional nature of the annulment remedy, as shown by the limited and exhaustive number of grounds for annulment and the expressly stated difference of this remedy with respect to the appeal. The more recent steady trend of rejection of annulment requests may favor users' perception of the stability reached by the ICSID review system, although national review system of non-ICSID awards may be able to better ensure consistency and predictability of decisions.*

## **Il controllo giudiziale del lodo: male necessario, perno essenziale di ogni indagine comparatistica sull'arbitrato, e chiave di volta della collocazione dell'arbitrato nel sistema e nella concreta esperienza (\*)**

ANTONIO BRIGUGLIO (\*\*)

1. Il “male necessario” e la riduzione dei tempi e dei costi attraverso l’utopistico controllo impugnatorio diretto del lodo innanzi alla Corte Suprema. — 2. Impugnazione del lodo ed effettività della scelta compromissoria. — 3. Ambito della impugnazione ed effettività del lodo. — 4. L’effettività del lodo, la relatività del giudicato arbitrale ed il doppio controllo (ultraimpugnatorio) nei sistemi con o senza omologazione. — 5. Lo scenario inverso: indifferenza transfrontaliera rispetto al sindacato impugnatorio ed ai suoi effetti.

1. Consentitemi di non dire nulla, perché troppo sentimentalmente coinvolto, della storia della Rivista dell’Arbitrato che ho visto nascere quando ero quasi bambino, fondata da Elio Fazzalari.

Parlo piuttosto e solo delle impugnazioni — e cioè del tema centrale di questo bel congresso — viste però dal balcone di osservazione della Rivista dell’Arbitrato; viste dunque da un punto di vista sistematico, comparatistico, ed anche pratico, in modo da delineare qualche aspetto di che cosa rappresentino le impugnazioni del lodo nel complesso del diritto dell’arbitrato.

Che cosa esse rappresentino lo ha già fatto intendere per la verità, e nel modo più icastico, Luciano Panzani: sono un male necessario se si può dir così. Necessario perché difficilmente è immaginabile rinunciare ad una garanzia impugnatoria quale controllo sull’esercizio della giustizia privata, e questo controllo non può che finire davanti al giudice dello Stato.

---

(\*) Il testo riproduce, con qualche modifica ma conservando il tono della interlocazione orale, la relazione all’Incontro su “*Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*” organizzato da Corte Nazionale Arbitrale e Unione Nazionale delle Camere Civili (Roma-Palazzo Montecitorio, 27 maggio 2016).

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

Un male perché — l’ha detto il presidente Panzani nell’ottica anche pratica e “utilitaristica” della Corte d’Appello — se l’arbitrato è una via “alternativa”, il fatto che la controversia ritorni in sede impugnatoria davanti alla stessa giustizia ordinaria non è il massimo della vita per quest’ultima. Ma se vediamo la cosa dal punto di vista di chi pratica ed utilizza l’arbitrato, il male è ancora maggiore: a che pro pago i costi dell’arbitrato se poi devo tornare di fronte al giudice non per uno ma per due gradi di giudizio, almeno in Italia data la incombente presenza dell’art. 111 Cost. che impedisce di eliminare il ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte d’Appello che decide sull’impugnazione del lodo. Questo male, dunque, tutte le volte che la vicenda arbitrale sfocia nel doppio grado o anche in un solo grado impugnatorio, è un male in termine di tempi e di costi. E quanto ai tempi sappiamo tutti bene di cosa si tratti.

Qualche dato statistico la Rivista lo ha pubblicato anche di recente. Le impugnazioni dei lodi in Italia non sono poi tantissime: la media è di circa 450/500 giudizi di impugnazione iscritti a ruolo ogni anno, bilancio dunque non certo esorbitante rispetto ai numeri complessivi del contenzioso che affanna le Corti d’Appello.

Il problema è la durata media dei giudizi di impugnazione: circa 1550 giorni. Dopo di che chi perde in Corte d’Appello normalmente va in Cassazione. Non sempre, ma se ci va occorre scontare ad essere ottimistici altri 2/3 anni di durata (e sempre che non si torni al giudizio di rinvio): la vicenda arbitrale, quindi, nata con un ingente investimento economico per entrambe le parti, finisce per essere decisa in sede giudiziaria dopo 7/8 anni.

La percentuale di accoglimento delle impugnazioni avanti alla Corte d’Appello è peraltro bassissima. Una statistica su sole quattro Corti d’Appello importanti, Milano, Torino, Brescia e Firenze, addita una percentuale media di accoglimento all’incirca del 4%. Poniamo che in tutta Italia la media sia maggiore, ma non credo si supererà il 10%. Questo vuol dire che vi è un’altissima percentuale di pretestuosità nell’impugnazione del lodo, pretestuosità che va scoraggiata se non stroncata.

Soluzione: in Italia non possiamo eliminare il doppio grado di giudizio sull’impugnazione del lodo, o meglio l’art. 111 Cost. impedisce di sopprimere il successivo grado di cassazione. Ma chi impedisce di eliminare il passaggio di fronte alla Corte d’Appello, rendendo il lodo impugnabile, per gli stessi motivi di cui all’829 c.p.c., direttamente di fronte alla Corte di Cassazione? Ivi si svolgerebbe, in unico grado, un giudizio che è pur sempre uno schietto giudizio di legittimità; (soluzione più *soft*, o se si vuole sperimentale o interinale sarebbe quella di consentire per lo meno la *revisio per saltum*, e con possibilità di accordo fra le parti in tal senso anche precedente la emanazione del lodo, come oggi è previsto per la sentenza dall’art. 366, c. 3° c.p.c.).

So bene che detta così è un po' forte, ma pensiamoci un attimo. Esempi comparatistici di impugnazione diretta del lodo innanzi alla Corte Suprema ve ne sono e tutt'altro che fallimentari (Spagna, Svizzera). Vi sarebbe certo il problema di governare il rescissorio, cioè la pronuncia nel merito dopo l'annullamento nei casi in cui la controversia non ritorna agli arbitri o non è destinata ad essere reinstaurata *ex novo* in primo grado. Ma è un problema comunque ben risolvibile: è ovvio che in quei casi il rescissorio andrà affidato ad una Corte d'Appello "di rinvio"; (alla Corte d'Appello, della sede dell'arbitrato, andrebbe affidata, più farraginosamente ma temo inevitabilmente, anche la fase interinale della inibitoria).

Il vantaggio evidente consisterebbe nel risparmio di anni tra quando il lodo esce dalle mani degli arbitri a quando passa in giudicato. Si sconterebbe soltanto la durata media del giudizio di cassazione, durata che tendenzialmente è destinata a migliorare perché la Suprema Corte si è in proposito messa su un percorso virtuoso. È un risparmio notevole ed è anche un risparmio di costi.

La Corte di Cassazione come la prenderebbe? C'è qui il Presidente Rovelli che non so se oggi pomeriggio lo vorrà dire. Non potrebbe certo prenderla troppo male dal punto di vista del ruolo istituzionale: è vero che la Suprema Corte si volgerebbe in giudice del merito quanto alla validità del lodo e cioè di quel che è (nella visione non sopita — seppur ridimensionata e ricondotta a piena condivisibilità — della stessa Corte) un atto privato, e tuttavia attraverso un controllo impugnatorio di pura legittimità. E chi meglio della Cassazione, del resto, si presta ad essere (ed è già) una corte iperspecializzata in materia arbitrale.

Potrebbe prenderla male dal punto di vista dell'*overload*? In realtà, se si tratta oggi, in media, di alcune centinaia di impugnazioni di lodi ogni anno e se vi è un'altissima percentuale di pretestuosità, confido che ove si rendesse il lodo impugnabile direttamente innanzi alla Cassazione questa media diminuirebbe ulteriormente, perché una cosa è impugnare il lodo di fronte ad una Corte d'Appello relativamente prossima, altra cosa è risolversi per l'impugnativa di fronte alla Suprema Corte: prima di farlo in modo pretestuoso la parte soccombente ci penserà due volte. Insomma il nuovo carico di lavoro che deriverebbe da questo ricorso "*per saltum ex lege*" alla Corte di Cassazione non supererebbe i 250/300 giudizi l'anno. È un numero che la Corte può sicuramente tollerare, soprattutto considerando che si tratta nella sostanza di un carico aggiuntivo solo apparente nel lungo periodo, visto che altrimenti la Cassazione sarebbe comunque prima o poi officiata di un certo numero di impugnazioni di sentenze delle Corti d'Appello sulla validità del lodo.

2. Quanto incide oggi l'esistenza del sistema impugnatorio sull'effettività del lodo e prima ancora sull'effettività della scelta compromissoria?

Quest'ultimo profilo è piuttosto semplice. La incidenza del fatto che esiste l'impugnazione del lodo davanti al giudice dello Stato, nei riguardi della effettività della scelta compromissoria, mediante la quale le parti hanno invece voluto la giustizia privata, dipende essenzialmente dalla verifica comparatistica, sistema per sistema, sulla alternativa concernente il rescissorio.

Posto che il controllo del lodo da parte del giudice statale è pressoché inevitabile, basta chiedersi quante volte annullato il lodo la controversia torna ad essere decisa dagli arbitri conformemente alla scelta compromissoria originaria e quante volte invece essa va decisa nel merito dallo stesso giudice statale della impugnazione? Non entro qui in analisi comparatistiche: mi interessa la sommaria ed alquanto ovvia indicazione di metodo. Aggiunto soltanto che in Italia, come tutti sappiamo, è stata fatta nel 2006 una scelta tendenzialmente estensiva (ed anche criticata) dei casi di rescissorio alla Corte d'Appello rispetto al *trend* ordinamentale dei Paesi più vicini, e ciò sembra andare a discapito dell'originaria volontà compromissoria delle parti. Però quella scelta fu fatta allora — almeno a livello di convincimento interno della maggioranza dei *conditores* di retrobottega — proprio pensando ai tempi medi delle Corti d'Appello. Dopo 4/5 anni di giudizio di appello — ricordo che ci si disse sul dibattito della Commissione ministeriale per l'attuazione della delega — le parti sono esauste, vogliono tendenzialmente la decisione del merito della controversia, non vogliono un nuovo arbitrato, e quindi tendenzialmente facciamo in modo che siano di più le controversie decise nel merito dello stesso giudice dell'impugnazione (salva ovviamente diversa volontà specifica delle parti).

Non è un caso che sempre nel 2006 si è confezionato il testo dell'art. 830, c. 2°, seconda parte, in modo da invertire la regola generale ed attribuire sempre il rescissorio agli arbitri, salva diversa ed espressa volontà delle parti, allorché almeno una di queste abbia sede all'estero e cioè in caso — l'unico ormai normativamente rilevante in via diretta nel nostro sistema e proprio all'unico effetto appena menzionato — di arbitrato "internazionale" in ragione della localizzazione delle parti. In tal caso l'originaria volontà compromissoria merita di prevalere ed impone di regola le sue ragioni sulla alternativa circa il rescissorio perché si tratta di volontà fortemente orientata dalla scelta dell'arbitrato come metodo solutorio il più possibile avulso da commistioni con questa o quella giurisdizione statale e dunque inteso ad escludere che questa o quella giurisdizione statale si occupi, foss'anche *ex post*, del merito della lite.

Se ci si orienterà nel senso del trasferimento della impugnazione direttamente innanzi alla Suprema Corte, con il conseguente risparmio dei tempi del rescindente, si potrà e si dovrà probabilmente tornare ad un maggior numero di ipotesi di rescissorio riaffidato agli arbitri.

3. La tenuta, invece, del lodo arbitrale rispetto al sistema impugnatorio conosce nel panorama comparatistico un *trend* evolutivo — verso l’annichilimento del sindacato “sul merito” da ogni punto di vista — che è noto a tutti; e conosce peraltro alcune alternative rare ma significative.

L’alternativa più radicale, nella direzione del *favor arbitrati*, è quella di escludere completamente l’impugnazione davanti al giudice statale. Qualche legislatore lo ha tentato ma poi è tornato indietro (quello belga). Qualche legislatore adotta questa soluzione radicale sia pure nel solo contesto dell’arbitrato internazionale ed a certe condizioni (quello svizzero, quello svedese).

Se il lodo non si può impugnare davanti al giudice statale del Paese in cui è radicato l’arbitrato, non si può impugnare evidentemente da nessuna altra parte. Circola nell’universo mondo in base alla Convenzione di New York (previo, volta per volta, il controllo estrinseco consentito da questa, che è ancor più estrinseco di qualsiasi controllo impugnatorio), ma non può essere caducato per via impugnatoria. È una scelta rarissima, molto radicale, molto delicata pur quando condizionata alla volontà *ex ante* di entrambe le parti. Si dice: mercé questa scelta si attirano gli arbitrati internazionali. Ammesso che attirare gli arbitrati sia un valore oggettivo e dirimente, la cosa è poi vera fino ad un certo punto: si attirano gli arbitrati fra parti entrambe sicure *ex ante* di vincere. Ma quale parte è sicura quando stipula l’accordo compromissorio che vincerà l’arbitrato e quindi disposta a radicare l’arbitrato in un Paese in cui non avrà poi la garanzia del controllo impugnatorio? La realtà è che normalmente — e sebbene per le parti di una controversia transnazionale la fuga dalla giurisdizione statale (qualsivoglia) sia una componente essenziale dalla opzione arbitrale — la volontà compromissoria, quando sceglie l’arbitrato, lo fa sempre prefigurandosi una qualche garanzia impugnatoria di fronte ad un qualche giudice statale.

È ovvio così che la soluzione normativa più ragionevole e diffusa nei vari ordinamenti sia quella cui è definitivamente approdato il nostro legislatore nel 2006, e cioè: non si controlla di fronte al giudice statale il lodo perché è errato nel merito, in fatto o in diritto, bensì lo si toglie di mezzo se e perché è un lodo nullo. È in buona sostanza la *querela nullitatis* del diritto comune. Si invalida il lodo che ha le gambe storte perché non è stato confezionato secondo le regole normali di un procedimento arbitrale, e non perché gli arbitri abbiano semplicemente sbagliato nel decidere, e neppure perché l’arbitro prof. Tizio abbia interpretato ed applicato l’art. 1306 del codice civile in modo personale ed autarchico e difformemente dalla giurisprudenza togata consolidata. In controluce ed a ritroso la scelta compromissoria si colora, dunque, della aspirazione al giudizio giuridico *degli arbitri* o perfino di *quegli arbitri* e non ad un giudizio giuridico necessariamente conforme al diritto oggettivo “vivente”, ed è in tal senso scelta diversa ma parallela a quella della equità.

Il panorama comparatistico vede questa sorta di *querela nullitatis* declinata in termini sostanzialmente conformi al di là delle differenze lessicali e della maggiore o minore specificità del dettato normativo (la puntigliosa specificità del nostro legislatore del 2006 nel riassetare il catalogo *ex art. 829, c. 1° c.p.c.* non è certo l'ideale, ma è altresì piuttosto ingenuo il commento “*o cielo, quanti motivi di impugnazione!, così si scoraggiano gli operatori stranieri*”; in realtà il numero viene dalla scomposizione specificatrice ed il nostro catalogo non è affatto più severo di altri).

a) Vi sono compresi gli *errores in procedendo* seri e rilevanti gravitanti attorno alla vulnerazione del contraddittorio ed alla costituzione del collegio arbitrale.

Sul primo fronte si registra una notevolissima uniformità fra sistemi nazionali anche quanto agli esiti applicativi giurisprudenziali. Sul secondo fronte la variante comparatisticamente più significativa è a mio avviso rappresentata dall'attribuire o meno — e se sì in che misura e con che limiti — rilievo in sede impugnatoria alle ragioni che avrebbero potuto essere, o siano state senza successo, ragioni “ricusatorie” preventive, e perfino a quelle imperniate sulla ipotesi del *iudex* semplicemente *suspectus* (situazioni di varia prossimità con la parte) e non del *iudex* radicalmente *inhabilis* (situazioni di coincidenza con la parte: es. arbitro socio della società parte). La nostra Cassazione ha intrapreso la strada più severa, quella dell'ampio rilievo anche impugnatorio, e non sempre con esiti e con ampiezza condivisibili.

b) Vi sono comprese le ipotesi di non conformità fra lodo e volontà compromissoria delle parti, incluse quelle in cui la difformità è data dalla invalidità o radicale inesistenza del patto di arbitrato, e quelle in cui la difformità è apprezzabile — pur nell'ambito oggettivo dell'accordo — rispetto alle domande ed eccezioni delle parti configurabili quali specificazioni del deferimento compromissorio in relazione alla lite concreta.

In proposito le varianti comparatistiche meritevoli di essere analizzate mi sembrano soprattutto due: (i) la possibilità o meno di sanatoria dell'invalidità del lodo attraverso sistemi preclusivi del rilievo della invalidità o inesistenza dell'accordo compromissorio in corso di arbitrato (qui il nostro legislatore ha raggiunto il massimo della condiscendenza in senso sanante con il nuovo art. 817, c. 2°, quale evoluzione coraggiosa e non certo necessitata del risalente e più diffuso disposto contenuto oggi nel c. 3° in tema di semplice esorbitanza, rispetto all'ambito oggettivo dell'accordo compromissorio, delle conclusioni rese innanzi agli arbitri); (ii) il maggiore o minore rilievo impugnatorio della ultra ed extrapetizione e della infrapetizione (il nostro catalogo *ex art. 829, c. 1°* vede oggi, singolarmente, considerata *expressis* la omessa pronuncia, perfino sulla eccezione, quale vizio impugnatorio — e non è ovunque così anzi tutt'altro —, e riconducibili invece solo a fatica, a mio avviso al n. 4, gli altri due casi di non corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato).

c) Autentico denominatore comune, a livello comparatistico, è però ormai, come detto, la tendenziale inimpugnabilità del lodo per violazione di legge sostanziale salva diversa volontà compromissoria delle parti e salvo casi particolari.

Nei “casi particolari” e nella loro estensione è la variante comparatistica più significativa. I nostri “casi particolari” sono com’è noto ricondotti alla materia giuslavoristica ed a quella societaria (validità delle delibere) o alla decisione di questione pregiudiziale non compromettibile. Di questi tre “casi particolari” solo il terzo corrisponde alla logica (ma non è logica l’interpretazione, tuttora resistente, dell’art. 829, c. 4° n. 2 secondo cui se è decisa questione pregiudiziale non compromettibile l’intero lodo e non solo la decisione sulla questione è sindacabile per violazione di legge). Il primo “caso particolare” è figlio o nipote di una dimensione iperpubblicistica della materia del lavoro ed è, spero, destinato con quella a tramontare. Il secondo è una contropartita (anch’essa forse transeunte) dell’ampliamento d’area della compromettibilità in materia societaria.

d) Ma la più interessante (e sicuramente la più meritevole di implementazione ed approfondimento) fra le indagini comparatistiche riguardo alla estensione del controllo impugnatorio del lodo dovrebbe riguardare la portata concreta ed effettiva della “clausola di ordine pubblico”, presente in via esplicita o implicita in ogni sistema (oggi consacrata *expressis* nel nostro art. 829, c. 3°), ed autentica cartina al tornasole del modo in cui l’ordinamento statale guarda all’arbitrato dal punto di vista dell’ambito del sindacato impugnatorio.

Occorrerebbe attentamente indagare in che misura, attraverso la clausola di ordine pubblico, il controllo della conformità del lodo alla legge sostanziale possa rientrare dalla finestra (scontati oggi in Italia i tentativi avvocateschi, per fortuna ben raramente coronati da successo, di trasformare ogni e qualsiasi violazione di legge, non più sindacabile, in vulnerazione di norma inderogabile di ordine pubblico asseritamente rilevante *ex art.* 829, c. 3° ultima parte). E quanto conti davvero la differenza lessicale che è constatabile, nei vari ordinamenti, tra una norma statale che dica impugnabile il lodo quando la *decisione* degli arbitri è contraria all’ordine pubblico e dunque — ben potrebbe intendersi — quando una violazione dell’ordine pubblico è incorporata nella decisione e nella *cognitio*, ed una norma invece che meno severamente dica sindacabile il lodo quando la sua *esecuzione* confligga con l’ordine pubblico. Questa differenza lessicale è notissima. Quanto a questa differenza lessicale corrisponda però una differenza giurisprudenziale e pratica effettiva è analisi che andrebbe svolta con profondità ed a livello comparatistico il più esteso possibile.

4. Devo però dire che il tema comparatistico in generale più avvin-

cente non è tanto, e sotto i suoi vari aspetti, quello della maggiore o minore estensione delle impugnazioni, bensì quello (su cui si è abbastanza poco riflettuto) del rapporto fra sistema impugnatorio e definitività del lodo: quanto il sindacato del lodo, la possibilità di controllare, invalidare o rendere inefficace un lodo siano o meno confinati alle sole impugnazioni in senso proprio?

Noi tutti siamo portati in prima approssimazione a pensare che l'efficacia del lodo possa essere inficiata soltanto dal controllo impugnatorio del giudice dello Stato; poi ad un certo punto finisce tutto e il lodo o è cancellato dalla realtà giuridica o se ne va a casa con il crisma del giudicato, che oggi gli assegna senza mezzi termini l'art. 824 *bis* del c.p.c., e quel crisma chiude ogni gioco.

È ovvio però che non è esattamente così neppure in Italia perché tutti sappiamo, ad esempio, che esiste l'omologazione che è pur quella un controllo. Perciò vi è un doppio controllo. Ma quanto è sovrapponibile questo doppio controllo e come è coordinato questo doppio controllo? Questo è un tema estremamente rilevante perché è un tema dal cui esame, soprattutto a livello comparatistico — ove esso va esteso ad ogni possibile situazione di “doppio controllo” anche a prescindere dalla omologazione in senso proprio — viene fuori come sia relativo dire che il lodo “passa in giudicato”, pur scontato il fatto che siamo più o meno tutti d'accordo nell'affermare che, nonostante la natura privata, il lodo sul piano effettuale equivalga alla sentenza del giudice dello Stato e quindi quando non è più impugnabile “passa in giudicato”.

Però — senza eccessi di pignoleria o di allarmismo bensì con sano realismo — occorre constatare che il concetto di giudicato, già quanto al giudicato giudiziale, è un concetto sicuramente relativo: il giudicato francese non è il giudicato italiano, il giudicato tedesco non è quello venezuelano. Da ciò, fra l'altro, il noto problema internazionalprivatistico: quando il giudicato viene esportato che cosa si esporta? il giudicato nella integrale e sola portata che esso ha nell'ordinamento *a quo*? oppure esso si colora, e quanto, delle tinte del Paese *ad quem*? Senza dire di quell'altra “relatività” che affiora (meno evidente e drammatica di quanto oggi si pensi dai più, ma certo non trascurabile) quando la mitica pietra tombale veda crescere intorno a se, piuttosto che le radici lineari e rispettose del sistema interno, quelle disordinate ed irrispettose del sistema “comunitario” (non riesco a dire, con ufficialità *up to date*, “europeo” o “dell'Unione” perché temo che ormai porti male).

E se è già relativa la nozione di giudicato giudiziale, figuriamoci quanto è relativa la nozione di giudicato arbitrale. Ed è relatività, quella del giudicato arbitrale, che per dritto o per traverso deriva sempre dalla scaturigine privata dell'arbitrato che nessun legislatore può sopprimere, ma alla quale ogni legislatore può variamente dar rilievo.

Ora è evidente che la stessa previsione di un apposito procedimento

di omologazione attesta la perdurante consapevolezza del sistema circa la scaturigine privata dell'arbitrato, del tutto in disparte dalla perequazione, oggi esplicita nell'art. 824 *bis* come in equivalenti norme di altri ordinamenti, dei suoi effetti di accertamento a quelli della sentenza e, ove inimpugnabile, della sentenza passata in giudicato (e trovo parimenti sciocco vuoi porre in dubbio ancora, e *contra tenorem rationis*, tale perequazione, vuoi trascurare quella scaturigine privata e la consapevolezza del sistema riguardo ad essa). Perché la sentenza del giudice, e men che meno quella passata in giudicato, non ha certo bisogno di essere "giustificata" come tale o meglio verificata e riconosciuta nei suoi requisiti estrinseci ed essenziali in apposito procedimento e da altro giudice, prima di imporsi agli organi della esecuzione ed al conservatore (la apposizione della formula esecutiva è all'evidenza cosa abissalmente diversa dall'omologazione e non proviene da un giudice); il lodo arbitrale — atto privato ancora e per lo meno in questo senso — invece sì, ed in ciò consiste l'omologazione.

Ma la cosa si complica quando ci si chiede se ad un lodo "passato in giudicato" e cioè divenuto inimpugnabile possa essere rifiutata l'omologazione, con il risultato paradossale di un giudicato di condanna destinato a non divenire mai titolo esecutivo.

A me la risposta più razionale — almeno in Italia da ricostruirsi in controtuce e fra le maglie delle norme — è parsa la seguente: la inimpugnabilità del lodo perché confermato come valido in sede di impugnazione dal giudice dello Stato si impone al giudice della omologazione (e, direi, più per virtù del giudicato formatosi sulla pronuncia della Corte d'appello che di quello arbitrale), la quale omologazione non potrà dunque essere rifiutata (c.d. "omologazione implicita", ma implicita nel senso che sono preclusi, nella sede della volontaria giurisdizione omologatoria, accertamenti diversi in ordine alla regolarità formale di validità del lodo, non nel senso che non vi sia bisogno di formale procedimento omologatorio). Così anche, di regola, la inimpugnabilità del lodo per semplice inutile decorso dei termini per il gravame, e però salvo il nucleo ristretto della radicale inesistenza del lodo, essenzialmente (ma forse non solo) dovuta alla radicale inesistenza dell'accordo compromissorio: in tale caso il lodo potrà e dovrà non essere omologato, e sarà altresì — a ricomposizione dell'armonia sistematica — accertabile come inesistente (e come "giudicato inesistente") in ogni sede congrua (opposizione alla esecuzione, giudizio di accertamento autonomo, altro giudizio pregiudicato).

Sennonché il particolarissimo meccanismo di formazione indiretta e per inerzia processuale della volontà compromissoria, contemplato dal nuovo art. 817, c. 2°, di cui già si è detto, costringe ad ammettere il rilievo di siffatta inesistenza solo ove la parte che se ne avvalga sia rimasta del tutto estranea al giudizio arbitrale.

Va detto che la tentazione di opporre questo nucleo ridotto, imper-

niato sulla inesistenza dell'accordo compromissorio e sulla conseguente c.d. inesistenza della pronuncia arbitrale, anche al lodo confermato dalla Corte d'Appello con sentenza passata in giudicato perdura in astratto (non foss'altro che in ragione del fatto che l'"inesistenza" se vi è dovrebbe essere sempre uguale a se stessa), e può di certo aver credito in sistemi parzialmente diversi dal nostro. Nel nostro attuale a me pare che la risposta in proposito negativa (e confermativa perciò di quanto sopra esposto) derivi sempre e solo sistematicamente ed indirettamente proprio dal nuovo art. 817, c. 2°: se la mancata deduzione in arbitrato, ben inteso dalla parte costituita e non da quella assente, addirittura circa la radicale inesistenza del fondamento compromissorio (e non soltanto circa la sua semplice invalidità o inefficacia) preclude l'impugnazione del lodo per tale ragione, è logico inferire che la mancata deduzione di quella inesistenza in sede impugnatoria (e *a fortiori* la mancata impugnazione *tout court* ad opera della parte che pur si fosse premunita con la deduzione in corso di arbitrato) precluda ogni possibile rilievo successivo alla formazione del giudicato; e se poi la deduzione vi è stata allora è per l'appunto la pronuncia negativa su di essa della Corte d'Appello, una volta passata in giudicato, a rappresentare la barriera preclusiva al rilievo della c.d. inesistenza.

Con qualche sforzo la stessa preclusione al rilievo in ogni successiva sede dovrebbe operare — ma solo nei casi di effettiva impugnazione del lodo e conseguente pronuncia della Corte d'Appello (che risolva esplicitamente o implicitamente la *quaestio* a sua volta con efficacia di giudicato), non invece in caso di semplice decorso dei termini — quanto al lodo su controversia non arbitrabile, ipotesi che lo stesso art. 817, c. 2° mantiene ben separata rispetto al meccanismo sanante.

Traggo da ciò due corollari per il momento alquanto approssimativi, ma forse di una qualche utilità.

Il primo è che il controllo impugnatorio non è solo un male necessario (al sistema ed alla tutela dei diritti delle parti); il suo effettivo esercizio è bensì in grado di potenziare la effettività concreta del giudicato arbitrale *pro futuro* ed avverso possibili controlli futuri e successivi.

Il secondo è che probabilmente, in relazione alle questioni appena accennate, è miglior partito ragionare senza evocare, se non in senso figurato e descrittivo, la categoria della inesistenza (sotto la specie del lodo reso *a non arbitro*), e piuttosto ragionare in termini di semplici conseguenze sistematiche dell'intreccio fra gli artt. 817, c. 2°, 824 *bis* e 828-829 c.p.c.

Aggiungo che, anche dopo la novella del 2006, seguito a ritenere utile il concetto — non sempre consapevolmente assunto e però corrispondente anche a ciò che accade nella esperienza concreta — di "omologazione incidentale" (credo di essere stato il primo a parlarne dopo la riforma del 1994). Continuo a ritenere cioè che, anzitutto quanto alla sussistenza del

fondamento compromissorio del potere di chi ha pronunciato il lodo, qualunque giudice di fronte al quale quest'ultimo sia fatto valere in futuro per i suoi effetti di accertamento o costitutivi debba esercitare ed in concreto eserciti un controllo incidentale ("è veramente un lodo arbitrale?") sostanzialmente non dissimile da quello che esercita il giudice della omologazione ed invece quantitativamente e qualitativamente molto diverso dal puro riscontro epidermico-formale che ogni giudice svolge allorché gli sia prodotta una sentenza giudiziale ("è autentica la copia?", "vi è certificazione di cancelleria idonea circa il suo passaggio in giudicato?"). Ovviamente questo controllo omologatorio incidentale (sul quale varrà la pena di tornare *funditus* in altra occasione) ha o può avere i binari segnati o fortemente condizionati — secondo quanto si è osservato sopra — dalla formazione del giudicato giudiziale sulla validità (e dunque e se si vuole sulla esistenza e regolarità formale del lodo) e/o dall'operare dai meccanismi preclusivi previsti dall'art. 817, c. 2°, o ad esso riconducibili.

Il comparatista deve a questo punto, oltre a ripromettersi di ripercorrere le sequenze argomentative sopra cennate in relazione ad altri sistemi in cui l'omologazione è prevista, darsi conto del fatto che in alcuni (pochi) ordinamenti l'omologazione non c'è proprio.

Vi sono paesi ultraliberali o ultrafiduciosi nei riguardi dell'arbitrato in cui il controllo è apparentemente solo impugnatorio ed il lodo è, anzi nasce, titolo esecutivo a prescindere da qualunque controllo omologatorio previo: così ad esempio in Austria o in Brasile. Ma si evita davvero la duplicità del controllo? No perché si scopre che per esempio in Austria, i motivi di nullità che in sede di impugnazione (soggetta ad un termine di decadenza) sono rilevabili d'ufficio cioè l'incompromettibilità e la contrarietà all'ordine pubblico possono esser dedotti in qualunque altro procedimento in cui il lodo sia fatto valere, ad esempio in un procedimento esecutivo, volgendosi dunque in motivi di opposizione all'esecuzione contro il lodo arbitrale pur "passato in giudicato" (§§ 611 e 613 ZPO). In Brasile la situazione è analoga: non è prevista l'omologazione, ma *tutti* i motivi di impugnazione del lodo si trasformano, anche decorsi i termini per l'impugnazione del lodo, in motivi di opposizione all'esecuzione (art. 33, III della *Legge sull'arbitrato*).

Accade dunque in questi sistemi che l'omologazione come viatico della formazione del titolo esecutivo arbitrale sia sostituita da un controllo successivo in sede di opposizione al titolo (e con ambiti di sindacato anche maggiori rispetto alla nostra omologazione). Ciò che con la sentenza del giudice non accadrebbe: ecco la relatività del giudicato arbitrale.

E si badi che questa è la stessa soluzione del Modello Uncitral e cioè di quella legge che, approntata sotto l'egida dell'ONU, si è posta come modello ai legislatori nazionali non abbastanza provveduti da crearsi da sé una legge sull'arbitrato. Pochissimi ordinamenti hanno adottato la Legge Uncitral, ma essa non dismette ovviamente la sua importanza dal punto di

vista della cultura inter-nazionale ed inter-sistemica dell'arbitrato. E nella Legge modello Uncitral tutti i motivi che possono essere fatti valere con l'impugnazione del lodo, soggetta ad un termine di decadenza *ex art. 34*, possono comunque essere fatti valere ai sensi dell'art. 36 in sede di procedura di *exequatur* (“*by way of defence*” come dice la *Explanatory Note*), quale che sia il Paese in cui la procedura di *exequatur* ha luogo e dunque non solo in un Paese rispetto al quale il lodo sia estero, ma anche in quello in cui l'arbitrato è radicato come “domestico”. Il controllo aggiuntivo rispetto a quello impugnatorio torna ad essere di tipo preventivo e omologatorio e addirittura con sovrapposizione integrale del sindacato. Ritorna così l'ectoplasma dell'*actio nullitatis* o, se si vuole e *mutatis mutandis*, dell'annullamento dell'atto privato che si prescrive in via di azione ma non in via d'eccezione.

Il doppio controllo, nella sua varietà di forme ed a misura della sua intensità, non può non incidere sulla concreta effettività del lodo. Possiamo e dobbiamo sempre dire che il lodo passa in giudicato, ma è un giudicato diverso e più debole del giudicato giudiziale o del giudicato arbitrale in ordinamenti dove il doppio controllo non esiste o è assai limitato.

Per esempio l'ordinamento francese cerca di evitare o limitare al massimo il doppio controllo.

Esiste bensì l'omologazione, ma vi è uno strettissimo coordinamento tra disciplina della impugnazione e disciplina della omologazione. Da un lato è detto espressamente (art. 1499 *n.c.p.c.*) che l'annullamento del lodo in sede impugnatoria comporta la automatica (“*de plein droit*”) caducazione dell'*exequatur* (soluzione sicuramente attingibile, credo, da noi grazie all'applicazione analogica dell'art. 336, c. 2° *c.p.c.* e fors'anche senza necessità di questa).

Dall'altro (art. 1498, c. 2°, *n.c.p.c.*) il rigetto dell'impugnazione conferisce automaticamente al lodo l'*exequatur*, senza più bisogno che si attivi l'apposito giudice dell'omologazione (soluzione più netta e lineare rispetto a quella, per altro problematica, della nostra omologazione implicita cui poc'anzi accennavo).

Attenzione: in Francia si dice che “*le rejet de l'appel ou du recours en annulation*” — e non la semplice scadenza dei corrispondenti termini — conferisce al lodo l'*exequatur*. Ciò vuol dire — ecco ancora la relatività del giudicato arbitrale — che c'è una differenza tra il lodo passato in giudicato perché confermato dal giudice statale della impugnazione ed il lodo passato in giudicato semplicemente perché nessuno ha impugnato. Il primo non è più esposto a controllo omologatorio perché l'omologazione è automatica, l'altro — quello passato in giudicato per semplice scadenza dei termini — se vuol diventare titolo esecutivo è ancora sottoposto a controllo del giudice; e ciò marca appunto una distinzione relativistica tra giudicato giudiziale e giudicato arbitrale, perché per un giudicato giudiziale una situazione del genere non è immaginabile.

Una differenza analoga è segnata ad ancor più chiare lettere della *ZPO* tedesca, la quale prevede un “doppio controllo” integrale quanto ai motivi, ma coordinato in modo da limitare le sovrapposizioni.

Tutti i motivi che possono fondare l’impugnazione in via principale del lodo soggetta a termine di decadenza, e non solo quelli rilevabili d’ufficio (come invece in Austria), sono motivi ostativi alla concessione dell’*exequatur*. Sennonché la impugnazione è inammissibile se il lodo è stato già dichiarato esecutivo (§ 1059, III, *ZPO*).

Di regola i motivi di annullamento *non possono* mai essere opposti all’*exequatur* sol che *il lodo sia divenuto inimpugnabile* anche per semplice decorso dei termini.

Per converso i motivi di annullamento rilevabili d’ufficio (incompromettibilità e contrasto con l’ordine pubblico) non possono essere considerati motivi ostativi in sede di *exequatur* se è stata già respinta con efficacia di giudicato una impugnazione fondata su di essi; lo possono invece se l’impugnazione non era fondata su di essi: il giudicato arbitrale o se volete e perfino il giudicato giudiziale sulla validità del lodo non è dunque, sotto tale profilo, un giudicato che copra il dedotto ed il deducibile. A ben vedere si tratta della stessa affermazione che può etichettare la soluzione che poco fa ho prospettato, quanto alla questione del rilievo della inesistenza dell’accordo compromissorio, per l’ordinamento italiano.

A questo punto verrebbe voglia di tornare, per plurime assonanze, sul discorso della c.d. inesistenza del lodo e completarlo riguardo ad ipotesi diverse da quelle concernenti l’assenza di fondamento compromissorio dell’arbitrato, e soprattutto e proprio con riguardo alla contrarietà all’ordine pubblico. Ma è un tema troppo delicato anche solo per sfiorarlo qui.

Mi limito ad esprimere una mia personale convinzione, spero esportabile ben oltre il nostro ordinamento.

La “contrarietà all’ordine pubblico” — per lo meno al di là della raggiunta inimpugnabilità del lodo e perciò della formazione del giudicato e quale che fosse a fini propriamente impugnatori il significato di quella “contrarietà” — dovrebbe essere intesa nel senso limitativo e minimale gravitante sulla “contrarietà della esecuzione” (o attuazione concreta) e non della decisione.

Se così fosse, fra giudicato arbitrale e giudicato giudiziale non si avrebbero apprezzabili differenze: lodo o sentenza, che accertino il rapporto di debito-credito e condannino il debitore callidamente moroso anche ad essere esposto per qualche giorno alla gogna sulla pubblica piazza, sarebbero parimenti e dopo il loro passaggio in giudicato insindacabili in ogni sede quanto al loro contenuto di accertamento, e parimenti inseguibili (con reazione in proposito possibile in ogni sede) quanto a quel capo condannatorio (pur seducente) ed in nome dell’ordine pubblico.

5. Chiudo cambiando area: vi è un tema internazionalprivatistico ben noto e connesso da fili sottili ed in via per così dire speculari ai temi fin qui considerati.

Così come le impugnazioni del lodo, la loro estensione, la loro correlazione con altri possibili strumenti di sindacato e di controllo del prodotto arbitrale, rappresentano all'interno di un ordinamento nazionale gli elementi sistematici essenziali per definire la effettività del prodotto arbitrale, può anche accadere, sul versante transfrontaliero, che una tale effettività sia tendenzialmente indifferente al sistema impugnatorio d'origine ed alle relative vicende.

Mi riferisco — com'è ovvio — agli approdi di alcune giurisprudenze nazionali (quella francese operò da notorio e spregiudicato battistrada) circa la riconoscibilità e perdurante efficacia del lodo estero nonostante l'annullamento impugnatorio nel Paese di origine.

Si tratta di soluzioni assai criticate (anche se a volte osannate), ma che ormai sembrano irreversibili nei Paesi in cui la giurisprudenza locale ha assunto l'atteggiamento lassista e favorevole alla conservazione degli effetti del lodo nello Stato *ad quem*. Il giurista non può che prenderne atto ed il comparatista non può che estendere la sua indagine anche a questo particolare aspetto del rapporto fra sistema impugnatorio ed effettività del lodo.

Si tratta per altro di soluzioni non fondate su postulati di diritto internazionale pubblico (che anzi implicherebbero per logica l'opposto: perché un prodotto *privato* circoli oltre confine indifferentemente rispetto alla sua caducazione nell'ordinamento di origine, occorrerebbe che l'ordinamento *nazionale* di origine fosse del tutto inutile alla effettività di quel prodotto privato, e perciò occorrerebbe in definitiva che i privati fossero soggetti di diritto internazionale pubblico). E neppure esse sono fondate sulla Convenzione di New York, la quale è tendenzialmente orientata in senso contrario o al più è neutra (art. V *versus* art. VII). Sono invece soluzioni fondate su postulati di diritto interno.

Lo scenario è però tale da disorientare l'operatore; consente non commendevole *forum shopping* e l'inseguimento in giro per il mondo del soccombente in arbitrato, il quale abbia non di meno ottenuto l'annullamento del lodo *una tantum*; e contraddice a mio avviso lo stesso spirito complessivo della Convenzione di New York quale strumento di circolazione *uniforme* dei lodi.

L'approccio solutorio dovrebbe appunto essere uniforme e perciò convenzionale (in occasione di qualche ritocco alla Convenzione di New York) e forse mediano come nella Convenzione di Ginevra: annullamento nel Paese di origine rilevante oltre frontiera solo se avvenuto per un nucleo determinato e ristretto di motivi.

Piuttosto, e sempre sul versante della circolazione transnazionale del lodo, vi è altra situazione che richiama, da un lato, la problematica del

doppio controllo, d'altro lato (e sotto profilo ben diverso da quello cui ho appena accennato) l'alternativa fra indifferenza o rilevanza nel Paese *ad quem* dell'“accaduto” nel Paese *a quo* quanto all'*iter* impugnatorio (al di là di ciò che espressamente stabiliscono gli artt. V, c. 1, lett. e e VI della Convenzione di New York).

È la situazione per cui, tendenzialmente, la mancata impugnazione del lodo nello Stato di origine, per un motivo che integra anche condizione ostativa al riconoscimento all'estero in base alla Convenzione di New York, non impedisce che la corrispondente condizione ostativa sia fatta pienamente valere in tale sede. “Tendenzialmente” perché ad esempio il Tribunale Federale in una sentenza recente (26 febbraio 2015-4A, 374/2014) <sup>(1)</sup>, nel confermare il principio, ha fatto salvo il caso di contrarietà alla buona fede processuale del medesimo soggetto che abbia dapprima o messo di far valere quel motivo in sede impugnatoria e poi lo abbia fatto valere come condizione ostativa all'*exequatur* estero. Il che può in astratto condividersi e però con tutta la circospezione con cui va riguardata ogni apertura all'abuso del processo — o qui (e altrove) per meglio dire *abuso nel processo* — poiché siffatte aperture, accanto alla loro apprezzabile ispirazione morale o moralizzatrice, scontano sempre un apporto di disordine, imprevedibilità ed incertezza.

Tutta da indagare — rispetto a situazione ancora diversa in cui la buona o male fede di chi si oppone all'*exequatur* estero non contano — è la disponibilità di singole giurisprudenze nazionali (disponibilità compatibile con la Convenzione di New York siccome più favorevole al lodo estero ed al contempo non estrema come quella cui si accennava in esordio di paragrafo e ben altrimenti coerente con la logica giuridica) ad una limitazione del doppio controllo transfrontaliero fondata sul rilievo del *giudicato giudiziale* circa il lodo formatosi in sede impugnatoria interna.

Non si tratta ovviamente di riesumare dalla tomba vecchie idee sulla circolazione del lodo verso altri lidi attraverso il “*merger*”. Si tratta di chiedersi se il giudicato formatosi nel Paese di origine con accertamento giudiziale espresso e positivo sulla sussistenza di un certo requisito del lodo (e non per semplice mancata impugnazione) possa essere riconosciuto in via principale o incidentale all'estero allo scopo di ostacolare in quel medesimo Paese *ad quem* la deduzione della carenza di quel requisito in sede di procedimento di *exequatur*. È questione — si ripete — da risolversi sistema per sistema e rispetto alla quale la Convenzione di New York mi pare autenticamente neutra, e sicuramente pronta in virtù del suo art. VII, c. 1° ad accogliere una soluzione affermativa e più favorevole

---

<sup>(1)</sup> Si segnala che la sentenza è pubblicata in questo stesso fascicolo con nota di ZULBERTI.

dunque al lodo estero; la quale soluzione rappresenterebbe, oltre che una attenuazione del doppio controllo transfrontaliero, un *pendant*, sul piano della circolazione internazionale dei lodi, di quella differenza fra passaggio in giudicato del lodo per mancata impugnazione e passaggio in giudicato per conferma da parte del giudice statale che abbiamo visto occasionalmente incidere rispetto alla effettività concreta del giudicato arbitrale sul piano interno.

*The recourse against an arbitral award in front of a domestic court is a “necessary evil”.*

*It would be very risky (even though not impossible) to completely eliminate the review mechanism of an arbitral award; certainly the disadvantages could be limited, specifically, the period of time needed by the arbitral award to gain the res judicata effect could be reduced.*

*On this regard, the Author wishes that, also in Italy, the review mechanism of arbitral awards could be granted directly by the Supreme Court, bypassing its instance in front of the Court of Appeal.*

*At the same time, the review mechanism plays a fundamental part in a comparatistic enquiry on arbitration since, depending how it is structured in the various domestic systems, it is possible to frame the enactment and implementation of the arbitral domestic law.*

*Firstly, the Author analyses the relationship between recognition and enforcement of an arbitration agreement. Then, it evaluates the relationship between recognition and enforcement of an arbitral award. The latter argument is reconsidered in the light of the possible domestic “double check”, meaning the possible scrutiny of the award besides the review mechanism.*

*Lastly, the Author analyses the relationship between the review mechanism and the enforcement of the award abroad, and its circulation in foreign countries.*

## Le modifiche del 2016 al *Code TAS*

ANIELLO MERONE (\*)

1. Premessa. — 2. Le modifiche allo Statuto. — 3. Le norme procedurali di generale applicazione. — 4. Le modifiche alla procedura ordinaria. — 5. Le modifiche alla procedura d'appello. — 6. Conclusioni.

1. Il 1° gennaio 2016 è entrato in vigore il nuovo testo del *Code of the Court of Arbitration for Sport* <sup>(1)</sup> che rappresenta, in ordine di tempo, la nona versione <sup>(2)</sup> delle norme statutarie e procedurali che regolano l'attività del tribunale arbitrale permanente creato dal CIO « *[I]n order to settle sports-related disputes through arbitration and mediation* » (art. S1 *Code TAS*). La nuova disciplina troverà applicazione per tutte le domande d'arbitrato proposte dinanzi al TAS a partire dalla data indicata, salvo che le parti non decidano, di comune accordo, di applicarla anche ad una procedura già pendente (art. R67 *Code TAS*).

Ancora una volta, affianco a correttivi rivolti alla risoluzione e/o allo snellimento di nodi procedurali, l'intervento di riforma risponde principalmente all'esigenza di puntellare l'effettiva indipendenza del tribunale

---

(\*) Professore aggregato nella Università Europea di Roma.

(1) L'acronimo della denominazione ufficiale inglese è "CAS", ma nel presente lavoro verrà utilizzato principalmente l'acronimo "TAS", corrispondente alla denominazione ufficiale francese *Tribunal Arbitral du Sport*, e pertanto l'abbreviazione "Code TAS" o "Code" per indicare il testo normativo in commento. Senza richiamare l'ormai vastissima letteratura in argomento, si rinvia alla *Recueil officiel* della giurisprudenza del TAS a cura del suo Segretario generale, M. REEB, *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards (1986-1998)*, Bern, 1998 (citata come *Rec. I*); *Id.*, *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards (1998-2000)*, II, The Hague, 2002 (citata come *Rec. II*); *Id.*, *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards (2001-2003)*, III, The Hague, 2004, (citata come *Rec. III*), nonché alla recente pubblicazione D. MAVROMATI - M. REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, The Hague, 2015. Inoltre, a partire dall'anno 2001, una rassegna delle decisioni più significative è annualmente riprodotta e commentata in *Journal du Droit Internationale*. Tutte le decisioni più importanti ed, in particolare, i lodi più recenti sono pubblicati su <http://www.tas-cas.org/en/jurisprudence>.

(2) Da notare come alle prime due versioni del *Code*, introdotto nel 1984 e ampiamente rivisto nel 1994, siano seguite revisioni, anche minime (1997, 1999 e nel 2004) e nell'ultimo decennio sempre più ravvicinate (entrate in vigore nel 2010, 2012, 2013 e 2016).

arbitrale dalle istituzioni sportive. Com'è noto, infatti, il TAS ha assunto sin dall'origine il ruolo di istituzione arbitrale autonoma sul piano organizzativo<sup>(3)</sup> ma ha molto sofferto la necessità di affrancarsi dalle Federazioni Internazionali e dal CIO<sup>(4)</sup> e di accreditarsi agli occhi del mondo sportivo come istituzione terza ed indipendente<sup>(5)</sup>.

Tuttavia, se le modifiche del 1994<sup>(6)</sup> e del 2004 erano state suggerite e in larga parte ispirate dagli interventi del Tribunale federale svizzero<sup>(7)</sup>, l'ultimo intervento è figlio di una vicenda giurisprudenziale quanto mai articolata, il c.d. caso Pechstein<sup>(8)</sup>, diramatasi di fronte a una

---

<sup>(3)</sup> La prima analisi in dottrina si deve a M'BAYE, *Une nouvelle institution d'arbitrage: le Tribunal Arbitral du Sport (T.A.S.)*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1984, 409 ss. L'Autore, presidente del Tribunale per oltre un ventennio, dalla fondazione fino al 2007, si rifà alla prima versione dell'allora *CAS Statute and Regulation*, entrato in vigore il 30 giugno 1984 e disciplinante un'unica procedura per tutte le tipologie di controversie: dopo un primo esame sull'ammissibilità delle domande formulate (art. 20) ed un eventuale tentativo preliminare di conciliazione (artt. 27, co. II e 29), si dava luogo ad un procedimento arbitrale amministrato in maniera molto simile a quello delle istituzioni di arbitrato commerciale.

<sup>(4)</sup> Si veda, L. FUMAGALLI, *La giurisdizione sportiva internazionale*, in VELLANO - GREPPI (a cura di), *Diritto internazionale dello Sport*, Torino, 2005, 123.

<sup>(5)</sup> La prima riorganizzazione del TAS, realizzata nel 1994 attraverso l'introduzione del *Code* e l'istituzione dell'*International Council of Arbitration for Sport* (ICAS), fu intrapresa dal CIO a seguito delle riserve formalmente esplicitate dal Tribunale Federale Svizzero ad esito dell'impugnativa del Lodo TAS 92/63, *Gundel vs Fédération Equestre Internationale (FEI)*, del 10 settembre 1992, in *Rec. I*, 115 ss., da cui emergeva l'imprescindibile invito ad assicurare l'autonomia e l'indipendenza del TAS. L'*Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 15 marzo 1993 è pubblicato, con traduzione in italiano, in *Riv. dir. sportivo*, 1994, 510 ss, con nota di L. FUMAGALLI.

<sup>(6)</sup> Sin da allora, il *Code* TAS riunisce disposizioni di carattere statutario, relative all'organizzazione degli organi che concorrono alla risoluzione del contenzioso sportivo (artt. S1-S26) e, di seguito a queste, altre disposizioni di carattere procedurale, che disciplinano lo svolgimento dei giudizi sottoposti al TAS (artt. R27-R69).

<sup>(7)</sup> Si rinvia, in particolare, a: *Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 4 dicembre 2000, 5P.427/2000, in *Bullettin dell'Association Suisse de l'Arbitrage*, 2001, 508 ss., sp. 512, sull'impugnazione del Lodo TAS 00/011 JO-SYD, *Andreea Raducan vs International Olympic Committee (IOC)*, del 28 settembre 2000, in *Sentences du TAS-Sydney 2000*, 111; *Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 27 maggio 2003, *Lazutina vs CIO & FIS*, in *Rec. III*, 445 ss. sull'impugnazione dei Lodi TAS 2002/A/370 e 371 e TAS 2002/A/397 e 398, del 29 novembre 2002, *Lazutina e Danilova vs International Olympic Committee (IOC)*. Nella pronuncia del maggio 2003, il Tribunale Federale svizzero ebbe a soffermarsi lungamente sul ruolo dell'ICAS, sull'introduzione della lista di arbitri e sulle modalità di finanziamento dell'istituzione, dimostrando di voler superare tutte le principali critiche all'effettiva indipendenza del TAS rispetto al CIO. Peraltro, gli inequivoci assunti dalla sentenza, che qualifica il TAS come « *un des principaux piliers du sport organisé* » rispetto al quale « *[I]l n'est pas certain que d'autres solutions existent, qui soient susceptibles de remplacer une institution à même de résoudre rapidement et de manière peu coûteuse des litiges internationaux dans le domaine du sport* », agevolavano una lettura definitiva (e in termini positivi) sull'indipendenza del TAS; si veda M. REEB, *Le Tribunal Arbitral du Sport: son histoire et son fonctionnement*, in *Rec. III*, p. xx.

<sup>(8)</sup> Claudia Pechstein, affermata pattinatrice di velocità tedesca, nel 2009 è stata sanzionata da parte dell'International Skating Union (ISU) per anomalie del profilo ematico con una squalifica di due anni. La decisione è stata confermata dal Lodo TAS del 25 novembre 2009, 2009/A/1912 *Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU)*, e dal Tribunale federale svizzero con la sentenza del 10 febbraio 2010, 4A 612/2009. In seguito l'atleta ha presentato un'ulteriore richiesta al TAS per poter partecipare alle Olimpiadi di Vancouver, rigettata per difetto di competenza, non essendo oggetto d'impugnazione « *a decision pronounced by the*

pluralità di organi giurisdizionali <sup>(9)</sup> e tutt'ora in via di definizione innanzi alla Suprema Corte della Repubblica federale di Germania <sup>(10)</sup>. Proprio le corti tedesche <sup>(11)</sup> hanno giocato un decisivo ruolo propulsivo della riforma in commento, rinnovando con le proprie pronunce dubbi e perplessità <sup>(12)</sup> sull'indipendenza e la terzietà del TAS, apparentemente sopiti

---

*IOC, an NOC, an International Federation or an Organizing Committee for the Olympic Games*”, con la pronuncia TAS ad hoc Division OG Vancouver, 18 febbraio 2010, n. 10/004, *Claudia Pechstein v. Deutscher Olympischer Sportbund (DOSB) & International Olympic Committee (IOC)*.

<sup>(9)</sup> L'atleta, dopo le coeve pronunce del Tribunale federale svizzero e della sezione ad hoc del TAS istituita per le Olimpiadi di Vancouver, ha intrapreso sia un'azione presso la Corte Europea dei Diritti Umani (no. 67474/10, *Claudia Pechstein c. Svizzera*), tuttora pendente per supposta violazione dell'art. 6, § 1 (diritto ad un processo equo) e § 2 (diritto alla presunzione di innocenza) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sia un'azione di risarcimento danni innanzi al Tribunale ordinario di Monaco di Baviera, su cui M. VIGNA, *La saga Pechstein: tremano le colonne del tempio TAS?*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2015, 1, 17 ss.

<sup>(10)</sup> Mentre si scrive è in corso di pubblicazione la sentenza del Tribunale federale tedesco (*Bundesgerichtshof*), di cui la stessa Suprema Corte ha anticipato una sintesi, pubblicata il 7 giugno 2016 e consultabile su [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de). Della stessa si darà conto nelle conclusioni, atteso che la riforma in commento è stata introdotta prescindendo dall'esito di tale giudizio.

<sup>(11)</sup> Singolare osservare come i medesimi uffici giurisdizionali hanno già giocato un ruolo importante per le vicende del contenzioso legato allo sport internazionale, all'epoca del famoso caso *Krabbe*, in cui ebbero a pronunciare sull'applicabilità dell'art. 5, comma 1 del Regolamento Bruxelles I, al fine del radicamento della giurisdizione in un ordinamento diverso da quello in cui ha sede la Federazione internazionale convenuta. Il *Landgericht München*, 17 maggio 1995, *Krabbe vs DLV & IAAF*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, 833 ss., con nota di DE CRISTOFARO, *Al crepuscolo la pretesa di “immunità” giurisdizionale delle federazioni sportive?*, 864-878, dichiarò la propria competenza in applicazione del criterio che, per le controversie relative all'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede di attività, adotta come foro alternativo quello del luogo in cui esse hanno sede, sostenendo che il rapporto Federazione internazionale e Federazione nazionale rispecchiasse quello sede principale-succursale. Tale impostazione fu travolta dalla successiva pronuncia dell'*Oberlandesgericht München* 28 marzo 1996, *Krabbe vs DLV & IAAF*, che ha ritenuto l'innegabile rapporto di subordinazione tra le federazioni, da un lato, strumentale all'esigenza di assicurare il coordinamento e il corretto svolgimento dell'attività sportiva, dall'altro lato, del tutto estraneo all'esercizio di una attività economica della federazione internazionale. Tuttavia, i giudici di Appello di Monaco hanno comunque riconosciuto la competenza dei tribunali tedeschi, qualificando il provvedimento di sospensione inflitto dalla IAAF come atto illecito e così applicando il diverso criterio speciale di competenza giurisdizionale, che individua un foro alternativo nel luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Più in generale, sui limiti delle singole giurisdizioni statali ad offrire una efficace gestione del contenzioso sportivo internazionale, se vuoi vedi, A. MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, Torino, 2009, 15-25.

<sup>(12)</sup> In primo grado il *Landgericht München I*, con decisione del 26 febbraio 2014 - 37 O 8331/12, ha affermato, seppur con un *obiter dictum*, che vi era “sbilanciamento strutturale” della clausola arbitrale tra la posizione dell'*International Skating Union (ISU)* e quella dell'atleta (*rectius* di tutti gli atleti della federazione), la quale avrebbe aderito alla clausola arbitrale presente nello statuto federale, che prevedeva il TAS come giudice di ultima istanza, in assenza di un'effettiva opzione alternativa, atteso il ruolo di “monopolista” detenuto dalla Federazione nello scenario del pattinaggio nazionale e internazionale. Tuttavia, nel caso di specie, poiché l'arbitrato dinanzi al TAS era stato introdotto dalla stessa atleta, impugnando la decisione dell'ISU, il Tribunale di Monaco ritiene che la valutazione sul merito della vicenda offerta dal lodo TAS, peraltro già oggetto d'impugnazione dinanzi al Tribunale federale svizzero, sia ormai passata in giudicato e, pertanto, ha respinto la domanda di risarcimento danni. Sulla successiva pronuncia del *Oberlandesgericht München*, datata 15 gennaio 2015 si veda ampiamente *infra* § 2.

nell'ultimo decennio, in cui il Tribunale ha raggiunto una obiettiva consacrazione in termini di ruolo e di prestigio, a fronte di un'attività giurisprudenziale in costante aumento e in grado di offrire quell'armonia e coerenza di giudizio, assolutamente indispensabili nel contesto sportivo.

2. La norma d'apertura del *Code* (S1) chiarisce come la risoluzione delle controversie in materia sportiva sia assicurata non solo dal TAS ma da un ulteriore organo: l'*International Council of Arbitration for Sport* (ICAS), fondazione di diritto svizzero con sede a Losanna, che, in seguito all'Accordo di Parigi del 1994<sup>(13)</sup>, ha assunto lo specifico ruolo di assicurare l'indipendenza del tribunale arbitrale e di salvaguardare i diritti delle parti.

Proprio tale istituzione ha finito per essere il principale oggetto delle critiche, in ragione della sua scarsa indipendenza dalle istituzioni sportive e dell'inadeguata rappresentanza che troverebbe al suo interno la componente degli atleti. Osservazione condivisa<sup>(14)</sup> e non nuova<sup>(15)</sup>, filtrata dalle corti tedesche in un più ampio contesto di violazione della normativa antitrust perpetrata dalle Federazioni sportive nella gestione delle principali competizioni internazionali.

Nell'escludere che l'inserimento di una clausola compromissoria nello statuto federale integri di per sé abuso di posizione dominante<sup>(16)</sup> — nella misura in cui spoglierebbe l'atleta della possibilità di concentrare

---

<sup>(13)</sup> Più precisamente "Agreement concerning the constitution of the International Council of Arbitration for Sport" il cui preambolo recita "with the aim of facilitating the resolution of disputes in the field of sport, an arbitration institution entitled the "Court of Arbitration for Sport" (hereinafter the CAS) has been created, and that, with the aim of ensuring the protection of the rights of the parties before the CAS and the absolute independence of this institution, the parties have decided by mutual agreement to create a Foundation for international sports-related arbitration, called the "International Council of Arbitration for Sport" (hereinafter the ICAS), under the aegis of which the CAS will henceforth be placed."

<sup>(14)</sup> Sia consentito il rinvio a A. MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, op. cit., 87-88, 91.

<sup>(15)</sup> Sin dalla sua istituzione, molti autori hanno lamentato l'influenza che i comitati olimpici e le federazioni internazionali esercitano all'atto della nomina dei membri dell'ICAS e, di conseguenza, sulla sua successiva operatività. In particolare si veda M. SCHILLIG, *Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz*, cit., pp. 153-158; J. PILGRIM, *The Competition Behind the Scenes at the Atlanta Centennial Olympic Games*, in *14 Ent. & Sports Law*, 1997, 27 che osserva, con piglio aspramente critico, « the sport's governing bodies and oversight organizations seem incapable of avoiding dominate by the will of strong, charismatic or politically savvy leaders who are predominately interested in advancing their own agendas ». In senso analogo, nel commentare la sentenza *Lazutina*, M. BADDELEY, *Thoughts on Swiss Federal Tribunal decision 129 III 445*, in *Causa Sport*, 2004, 91-92, che osservava altrettanto esplicitamente come in virtù dei legami funzionali (e molto spesso organizzativi) esistenti, le istituzioni sportive apicali vanno osservate come una realtà omogenea, atteso che « [they] will tend — justifiably — to nominate or make a proposal in favour of [...] people who share their views ».

<sup>(16)</sup> Per l'*Oberlandesgericht München*, 15.01.2015, AZ. U 1110/14 Kart., la richiesta formulata dalle Federazioni agli atleti di aderire a clausole arbitrali rappresenta una condizione "indiretta" per il loro tesseramento e per la partecipazione alle competizioni sportive, in ragione del ruolo di monopolista che le Federazioni detengono rispetto all'organizzazione di eventi nelle rispettive discipline di competenza, ma non costituisce in sé una violazione della normativa antitrust e un abuso della posizione dominante, atteso che la presenza di un giudice unico

la propria manifestazione di volontà sulla scelta arbitrale, costringendolo a negoziare con la consapevolezza che un diniego lo priverebbe della partecipazione alle gare più importanti <sup>(17)</sup> — i giudici della Corte d'Appello di Monaco hanno comunque ritenuto non assoluta la valutazione sulla terzietà ed indipendenza del TAS rispetto alla Federazione internazionale ed ai Comitati olimpici.

Emerge la consapevolezza che il carattere volontario dell'arbitrato sportivo sia in ogni caso attenuato <sup>(18)</sup>, ma tale attenuazione può essere giustificata solo a fronte di un arbitrato che non impoverisca la posizione e le garanzie di tutela dell'atleta, ma al contrario assicuri un procedimento ispirato e conforme ai principi del giusto processo <sup>(19)</sup>. Le garanzie di terzietà, contraddittorio e difesa essenziali — vale a dire “i principi che davvero costituiscono quel *unus spiritus* che sostiene ed è la sostanza stessa dell'ordinamento del processo” <sup>(20)</sup> — debbono essere vagliati al fine di chiedersi se l'atleta, che ha espresso la propria scelta per l'opzione arbitrale, avrebbe in concreto richiesto e/o accettato proprio il giudizio del TAS.

---

rappresenta una garanzia di uniformità e una salvaguardia a beneficio di tutti gli atleti. In dottrina, A. DUVAL - B. VAN ROMPUY, *The compatibility of forced CAS arbitration with Eu competition law: Pechstein reloaded*, on <http://ssrn.com/abstract=2621983>.

<sup>(17)</sup> Si tratterebbe di una sorta di « *arbitrage forcé* », su cui B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998, 16, destinato a configurarsi ogni qualvolta la parte concluda una convenzione arbitrale in assenza di una reale opzione alternativa. Il problema è stato ampiamente indagato in materia commerciale, su cui *ex multis* B. GOLDMAN, *Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. CIX, 1963, 353 ss.; P.G. JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 219; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in questa *Rivista*, 2003, 415. In ambito sportivo tale posizione è stata sostenuta con forza da J. PAULSSON, *Arbitration of International Sports disputes*, in *Arbitration International*, 1993, 361. Il tribunale federale svizzero, tuttavia, ha sempre avuto un atteggiamento piuttosto liberale, in ordine alla natura volontaria dell'arbitrato, ritenendo consentita l'adesione alla clausola di rinvio *by reference* nel momento in cui l'atleta abbia accettato tale previsione per iscritto e qualora sia possibile impugnare il lodo: si veda da ultimo *Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 22 marzo 2007, sentenza 4P. 172/2006, *Canas v. FIT*. Più di recente si rinvia a E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello Sport: una better alternative*, relazione svolta il 3 dicembre 2015 a Roma, presso il Coni, durante il Convegno su “Il giusto processo sportivo”, e pubblicata su <http://www.rivistadiritto sportivo.coni.it/dottrina>, § 3, e se vuoi, A. MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, *op. cit.*, 59-63.

<sup>(18)</sup> Così già, L. FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, 259.

<sup>(19)</sup> Sull'applicabilità dell'art. 6 della CEDU all'arbitrato TAS, sarà chiamata a decidere la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel già citato caso no. 67474/10, *Claudia Pechstein c. Svizzera*. Sul punto E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello Sport: una better alternative*, *op. cit.*, § 4, condivisibilmente osserva: “È mia convinzione che l'arbitrato viva in un mondo differente da quello delle giurisdizioni statuali, alle quali soltanto si applica in via diretta l'art. 6. Ciò non toglie che, data la sua piena fungibilità rispetto alla decisione del giudice, esso deve egualmente rispettare i canoni che sono ontologicamente collegati all'attività di giudizio: terzietà del giudicante e contraddittorio”. Si veda anche C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1993, 2, 295 ss.

<sup>(20)</sup> Cf., A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 694.

Secondo il collegio monacense, il carattere abusivo della clausola emerge dall'assenza delle necessarie garanzie dell'arbitrato prescelto, atteso che il complessivo meccanismo di nomina degli arbitri del TAS certificherebbe l'egemonia esercitata dalle federazioni internazionali ed i comitati olimpici nella composizione della lista chiusa<sup>(21)</sup>, in palese violazione della normativa antitrust, dell'ordine pubblico e del diritto costituzionale della parte a non essere privato del giudice naturale (*gesetzlicher Richter*). Ne consegue che il lodo TAS dev'essere considerato invalido e non riconoscibile in Germania per violazione dell'ordine pubblico, in forza dell'art. 1061 ZPO e dello stesso art. V (2) (b) della Convenzione di New York del 1958<sup>(22)</sup>.

Esito severo e che poneva un tema esplicito, sintetizzabile nell'esigenza di operare un generale riequilibrio tra la rappresentatività degli enti sportivi e quella della componente atleti, a beneficio di una maggiore equidistanza dei collegi chiamati ad operare presso il tribunale arbitrale. Il TAS non ha tardato ad offrire una risposta<sup>(23)</sup> che, tuttavia, appare meno incisiva e/o risolutiva di quanto sarebbe stato lecito attendersi.

Innanzitutto stupisce l'aver mantenuto ancora immutato il tenore dell'art. S4 Code TAS, che, pertanto, continua ad assegnare a federazioni internazionali e comitati olimpici il controllo sulla definizione dei venti membri dell'ICAS<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Oggetto specifico delle censure, gli artt. S4 e S14 sulla composizione e la struttura dell'ICAS, nella versione in vigore nel 2009 all'epoca del procedimento arbitrale che ha interessato la Pechstein.

<sup>(22)</sup> In ambito di contenzioso sportivo il tema della violazione dell'ordine pubblico internazionale (svizzero) era stato recente indagato dall'*Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 27 marzo 2012, n. 4AI 558/2012, su cui P. GARRAFA, *Il caso Matuzalem: verso la fine della giustizia sportiva?* in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2012, §, 27 ss. Più in generale sul tema si rinvia a L. LAUDISA, *Arbitrabilità della controversia internazionale*, in questa Rivista, 2007, 219 ss. Per una rassegna della giurisprudenza italiana in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri secondo la Convenzione di New York si veda A. FRIGNANI, *The application of the New York Convention by Italian Courts*, in questa Rivista, 2014, 303 ss.

<sup>(23)</sup> Prima ancora della riforma in commento, il TAS ha emesso una dichiarazione datata 27 marzo 2015, *Statement of the Court of Arbitration for Sport (CAS) on the decision made by the Oberlandesgericht Munchen in the case between Claudia Pechstein and the International Skating Union (ISU)*, consultabile al link [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_statement\\_ENGLISH.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statement_ENGLISH.pdf), in cui veniva fortemente criticata la decisione assunta dalla corte d'appello tedesca e, nel riaffermare il ruolo del TAS come "*the only system capable of international applicability and consistency for international sport*" si osservava che a fronte della possibilità stessa che un tribunale statale si spinga a considerare nulle delle clausole arbitrali, la cui validità non era stata oggetto di contestazione in nessuna fase al procedimento arbitrale, "*then the basic principles of international arbitration [non solo sportivo] would be compromised*" con inevitabili ricadute sull'impossibilità di assicurare la coerenza e l'armonizzazione delle decisioni.

<sup>(24)</sup> L'art. S4 prevede che la nomina dei 20 membri che compongono l'ICAS cada su esperti giuristi, di cui 12 nominati per 1/3 ciascuno dalle Federazioni Internazionali, dall'Associazione dei Comitati Olimpici Nazionali e dal Comitato Olimpico Internazionale; questi 12 membri avranno l'onere di nominare, prima 4 membri chiamati a salvaguardare gli interessi degli atleti e, successivamente, unitamente a questi ultimi, 4 membri scelti tra personalità indipendenti degli organismi designanti gli altri membri dell'ICAS. Più articolato, invece, il discorso in merito all'art. S14 oggetto di alcune modifiche già prima della riforma in commento.

Il solo intervento normativo di modifica è dedicato all'art. S14, già oggetto di revisione con la novella entrata in vigore nel gennaio 2012, che aveva sancito l'abbandono del sistema delle quote<sup>(25)</sup> e l'estensione a tutti i soggetti interessati della possibilità di sottoporre all'ICAS dei candidati — con adeguata preparazione giuridica, riconosciuta competenza nell'ambito del diritto sportivo e/o dell'arbitrato internazionale, in possesso di una buona conoscenza dello sport in generale e di almeno una lingua ufficiale del TAS — da inserire nella lista di arbitri<sup>(26)</sup>.

Tale generalizzata possibilità lascia inalterato il diritto dei Comitati olimpici e delle Federazioni internazionali di sottoporre propri candidati ritenuti idonei alla nomina e, adesso, analoga garanzia è estesa anche agli atleti in attività, tramite le commissioni atleti istituite presso il CIO, le Federazioni internazionali e i Comitati olimpici nazionali<sup>(27)</sup>.

A ben vedere la modifica sembra correttamente orientata: l'esigenza

---

<sup>(25)</sup> La norma, ancora in vigore nel *Code* 2010, esprimeva una inopportuna rigidità e un evidente squilibrio, nella misura in cui prevedeva che l'ICAS dovesse rispettare il principio delle "quote" anche nella nomina degli arbitri da inserire nella lista chiusa, i quali, pertanto, venivano nominati per 3/5 tra le personalità (propri membri o esterni) proposte dal CIO, dalle Federazioni Internazionali e dai Comitati Olimpici Nazionali, 1/5 venivano scelti nell'ottica di salvaguardare gli interessi degli atleti e 1/5 tra personalità del tutto indipendenti dagli enti sportivi.

<sup>(26)</sup> Sempre nell'ottica di garantire una maggiore indipendenza e autonomia degli arbitri, anche contro il pericolo di un ideologico conflitto di interessi, va segnalata la scelta operata con la novella del 2010 di introdurre ex art. S18 il divieto, sia per gli arbitri che per i mediatori del TAS, di agire anche in veste di consulenti/avvocati di parte, rendendo permanente l'incompatibilità che una precedente direttiva ICAS, datata 1 novembre 2006, riferiva agli arbitri solo rispetto alla possibilità di patrocinare in altro procedimento concomitante. Con l'introduzione del divieto, di fatto, si abbandona l'idea, avallata dallo stesso Tribunale federale svizzero, secondo cui, l'esistenza di una lista chiusa d'arbitri e l'estrema specializzazione della materia sportiva finissero per favorire una fisiologica contiguità e frequenza di rapporti tra arbitri, parti e loro difensori. In questo senso, *Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 9 novembre 2000, in *Recueil officiel*, 2000 (126), I, 235 ss, sp. 239; *Arret du Tribunal fédéral, Cour de droit public* del 6 maggio 1993, in *Recueil officiel* 1993 (119), Ia, 81, sp. 85; nonché l'*Arret du Tribunal fédéral, Cour civil*, del 27 maggio 2003, cit. (*Lazutina*), 466, che fa espresso richiamo a POUURET-BESSON, *Droit compare de l'arbitrage international*, Bruxelles 2002, 372 e ricorda come « *Il a même été jugé qu'un rapport amical (tutoiement et recommandations mutuelles) entre un arbitre et l'avocat d'une des parties ne suffisait pas, en principe, à fonder un motif de récusation (arrêt 4P.292/1993, précité, du 30 juin 1994...)* ». Analogamente, la circostanza che un arbitro ed un avvocato di parte agiscano entrambi in qualità di arbitro in un altro procedimento pendente avanti al TAS non costituisce, secondo l'*Arret du Tribunal fédéral* 4P. 105/2006 4 agosto 2006, *Hazza Bin Zayed e. Barbara Lissarague et al.*, consid. 4., in *Bulletin dell'Association Suisse de l'Arbitrage*, 2007, 105, una giusta causa di riconsuazione, poiché sarebbe necessario dar prova che i due soggetti abbiano discusso la controversia litigiosa durante i loro incontri nell'ambito del secondo arbitrato, per dubitare dell'indipendenza dell'arbitro nel primo procedimento. In argomento, si veda, A. RIGOZZI, *Arbitrati e Tribunale internazionale sportivo*, in RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna 2009, 1140.

<sup>(27)</sup> Il nuovo testo dell'art. S14, primo comma, recita: "*The ICAS shall appoint personalities to the list of CAS arbitrators with appropriate legal training, recognized competence with regard to sports law and/or international arbitration, a good knowledge of sport in general and a good command of at least one CAS working language, whose names and qualifications are brought to the attention of ICAS, including by the IOC, the IFs, the NOCs and by the athletes' commissions of the IOC, IFs and NOCs. ICAS may identify the arbitrators with a specific expertise to deal with certain types of disputes*".

rappresentata non implica l'eliminazione del sistema della lista chiusa, che permette di garantire competenza e specializzazione, ma l'individuazione di meccanismi che garantiscano una equa e paritaria influenza delle parti sulla composizione dei collegi arbitrali <sup>(28)</sup>.

Tuttavia, si tratta di un puntello che non sembra in grado di stabilizzare, da solo, il denunciato squilibrio, rimuovendo il segno di un arbitrato sportivo fisiologicamente orientato — sin dalla scelta dell'opzione arbitrale — a discapito degli atleti <sup>(29)</sup>.

D'altronde, non v'è chi non colga come i membri delle commissioni atleti istituite presso le federazioni e i comitati olimpici, sono figure tutt'altro che estranee a legami e ragioni di contingenza con le medesime istituzioni <sup>(30)</sup>, i quali difficilmente potranno ergersi a garanti di una più accurata valutazione dell'indipendenza dei singoli arbitri e del collegio nel suo insieme.

3. La disciplina dei giudizi sottoposti al TAS si apre con un capo di disposizioni generali (artt. R27-R37 *Code TAS*) <sup>(31)</sup>, che trovano applicazione dinanzi ad entrambe le camere (ordinaria e d'appello) <sup>(32)</sup> ed aventi

---

<sup>(28)</sup> Come osservato da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello Sport: una better alternative*, *op. cit.*, § 4: « Emerge una sorprendente valenza “pubblicistica” dell'arbitrato nell'ambito della comunità internazionale dello sport: come giustamente osservato [A. DUVAL - B. VAN ROMPUY, *The compatibility of forced cas arbitration with Eu competition law: Pechstein reloaded*, *op. cit.*, par. 3.3.2], non è tanto questione di equidistanza degli arbitri rispetto alle singole parti in causa, bensì di influenza preponderante dell'entità collettiva delle federazioni (e dei comitati) sui suoi appartenenti. Così, il punto di incontro fra uniformità della disciplina e libero consenso non si fonda tanto sul confronto fra rimedio arbitrale e rimedio statale, bensì fra rimedio arbitrale effettivamente scelto e rimedio arbitrale a cui le parti si sarebbero vincolate se il compromesso fosse stato sottoscritto “*under normal conditions of competition*” ».

<sup>(29)</sup> Sia consentito il rinvio a A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale*, *op. cit.*, 111 ss., sp. 116.

<sup>(30)</sup> Basti ricordare che il presidente della Commissione Atleti deve essere un membro CIO e siede nell'Executive Board del CIO stesso.

<sup>(31)</sup> Si tratta di norme che disciplinano lo svolgimento pratico della procedura, riguardanti la rappresentazione ed il patrocinio delle parti (art. R30), la notifica degli atti e le comunicazioni (art. R31), il computo dei termini (art. R32), le regole relative agli obblighi di indipendenza degli arbitri, alla loro ricasazione e/o sostituzione (artt. R33-R36), la concessione di misure cautelari (art. R37).

<sup>(32)</sup> La questione concernente l'attribuzione delle controversie alle due distinte sezioni in cui si articola il TAS (artt. S3, co. 2 e S20 *Code TAS*) è particolarmente delicata, per effetto delle differenze intercorrenti tra le due discipline e, soprattutto, poiché l'art. R57, I co, *Code TAS*, attribuisce al solo collegio arbitrale d'appello il potere di operare un pieno apprezzamento della decisione in fatto e in diritto. Il criterio formale vede attribuita alla *Chambre d'arbitrage ordinaire* una competenza residuale, laddove alla *Chambre arbitrale d'appel* è rimessa la risoluzione delle controversie, ivi comprese quelle collegate all'uso di sostanze dopanti, relative a decisioni di federazioni, associazioni o organismi sportivi, i cui statuti o regolamenti, ma anche uno specifico accordo, prevedono il ricorso al TAS. Già con la riforma del 2004 si era deciso d'intervenire modificando l'art. S20, insieme agli artt. R27 e R47 *Code TAS*, al fine di offrire un più chiaro metro di valutazione nella distribuzione delle controversie e per tale via estendere il ricorso alla procedura d'appello. Infatti, l'attuale ampio richiamo alle controversie concernenti le decisioni di una federazione, associazione o altro organismo sportivo, senza alcun riferimento all'oggetto specifico della decisione impugnata, è servito a superare l'orientamento interpretativo che riteneva applicabile la procedura d'appello per le

ad oggetto aspetti centrali della procedura, su cui la “novella” ha operato interventi piuttosto contenuti, orientati alla risoluzione di questioni pratiche.

L’art. R29 *Code TAS*, già oggetto d’intervento con le modifiche entrate in vigore nel 2010, conferma che gli idiomi attraverso cui il tribunale svolge ed esprime la propria attività sono il francese e l’inglese, ferma restando la facoltà delle parti — che come spesso accade negli arbitrati amministrati non godono della possibilità di operare una scelta diretta della lingua — di avanzare richiesta per l’adozione di altro idioma in relazione alla singola procedura.

La scarsa sensibilità del Tribunale per l’argomentazione che vorrebbe le parti più a loro agio in una procedura linguisticamente orientabile<sup>(33)</sup> — senz’altro confermata dalla scelta del 2010 di rimettere a collegio arbitrale e Segreteria (*Court Office*) l’approvazione della richiesta e « *les conditions relatives au choix de la langue* » — trova ora una mitigazione nell’ultima parte del secondo comma dell’art. R29, in forza del quale il collegio arbitrale potrà autorizzare le parti e i propri difensori ad utilizzare in udienza una lingua diversa rispetto a quella dell’arbitrato, a condizione che la parte richiedente si faccia carico dei relativi costi di traduzione.

Fermo restando l’obbligo di redigere le difese scritte nella lingua dell’arbitrato, la scelta appare condivisibile ed in linea con la flessibilità che deve caratterizzare le procedure arbitrali, a maggior ragione in un contesto multiculturale e transfrontaliero come quello dello sport internazionale. D’altronde, la possibilità per le parti di avvalersi in udienza della propria lingua madre veniva spesso accordata dai singoli collegi, all’atto di redigere l’*Order of Procedure*<sup>(34)</sup>.

Le norme contenute nelle *General provisions*, confermano l’importanza delle competenze attribuite alla Segreteria del TAS, da sempre

---

sole decisioni a carattere disciplinare. Con la successiva riforma del 2010, invece, riconoscendo il persistere di difficoltà applicative nel definire l’esatta destinazione della domanda arbitrale — ferma restando l’impossibilità per le parti di opporsi al provvedimento di assegnazione, *ex art. S20*, comma 2, confermata dai lodi TAS 2004/A/748 del 27 giugno 2006, *Russian Olympic Committee (ROC) & Viatcheslav Ekimov v. International Olympic Committee (IOC), United States Olympic Committee (USOC) & Tyler Hamilton*, e TAS 2002/O/422 del 10 marzo 2003, *Besiktas / Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & SC Freiburg* — è stata introdotta la possibilità per la stessa Segreteria del TAS, previa discussione con il collegio arbitrale, di trasferire una procedura arbitrale in corso, dalla camera ordinaria a quella d’appello e viceversa. L’eventuale cambio di procedura non inficia né la costituzione del collegio, né gli atti procedurali posti in essere precedentemente.

<sup>(33)</sup> Si può qui ricordare come nella già citata sentenza *Lazutina*, anche il Tribunale federale abbia ribadito: « *Les langues de travail du TAS étant le français et l’anglais (art. R29 du Code), la question de la langue n’apparaît pas non plus décisive pour le choix de tel ou tel arbitre* »; vedi *Arret du Tribunal fédéral, Cour civile* del 27 maggio 2003, cit., 457.

<sup>(34)</sup> Tuttavia, risulta condivisibile l’osservazione di M. VIGNA, *Gli emendamenti al Codice TAS 2016: molto rumore per nulla?*, in *Riv. Dir. Ec. Sport*, 2015, 3, 63, secondo cui: “[...] l’esprimersi in una lingua diversa rispetto a quella dell’arbitrato, non tanto per le parti quanto per i difensori, rischia comunque di determinare una minor efficacia dell’intervento orale”.

onerata di un compito di cooperazione nella gestione delle procedure arbitrali <sup>(35)</sup>. In particolare, l'art. R31 *Code TAS* stabilisce che tutte le comunicazioni e notificazioni del Tribunale o del Collegio alle parti saranno effettuate attraverso la Segreteria, la quale è parimenti onerata della ricezione dei ricorsi e delle memorie provenienti dalle parti, che saranno successivamente trasmessi al collegio.

Le modalità di trasmissione degli atti alla Segreteria TAS sono state oggetto di varie modifiche, tendenzialmente volte ad introdurre opportuni elementi di informatizzazione, e la recente novella dell'art. R31 prevede ora che anche le domande d'arbitrato e i ricorsi in appello potranno essere anticipati, oltre che a mezzo fax, via posta elettronica. Per tutti gli atti di parte permane l'esigenza d'invio degli originali e copie cartacee, ma se in precedenza tale spedizione doveva avvenire nel rispetto dei termini di decadenza, adesso la tempestività sarà parametrata al ricevimento del fax o della *e-mail*, a condizione che gli originali siano comunque inviati per posta ordinaria entro il successivo giorno lavorativo.

La nuova versione, di fatto, armonizza le modalità d'invio con riferimento a tutti i documenti depositati presso il TAS ed introduce una speciale "proroga per uso corriere" che avrà l'effetto di consentire alle parti di utilizzare pienamente — verrebbe da dire, fino all'ultimo minuto — i termini processuali <sup>(36)</sup> previsti per la proposizione dei ricorsi e delle proprie difese.

Infine, risulta rinnovato il tenore dell'art. R36 sulla sostituzione degli arbitri in caso di dimissioni, decesso, revoca <sup>(37)</sup> o accoglimento di un'istanza di ricusazione <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> È indubbio come la Segreteria abbia progressivamente assunto funzioni sempre più ampie, di stretta collaborazione con l'arbitro unico o il presidente del collegio, e svolga un ruolo di grande importanza nell'assicurare la coerenza e il consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali del TAS. Per una più ampia riflessione, si veda REEB, *La mission des arbitres du TAS: questions pratiques liées à l'application du code de l'arbitrage en matière de sport*, in *Séminaire du TAS 2001*, Lausanne (TAS) 2002, 25-27.

<sup>(36)</sup> L'art. R32 prevede che, ad eccezione delle domande di appello, tutte le richieste di proroga dei termini procedurali, per un massimo di 5 giorni, saranno decise dal Segretario Generale del TAS.

<sup>(37)</sup> Sia per la procedura ordinaria che per quella d'appello è espressamente previsto un potere, attribuito al *Board ICAS* (art. R35 *Code TAS*), di revocare l'arbitro che non adempia o non eserciti la sua funzione conformemente al regolamento della camera. Analogo potere è riconosciuto in capo al Presidente della Camera *ad hoc* (art. 13, comma 2, delle *Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games*). La norma non ha trovato un particolare riscontro applicativo, ma rappresenta un ulteriore strumento per garantire la celerità e la speditezza della procedura nell'interesse delle parti, qualora uno degli arbitri rallenti, o peggio ostruisca, con la sua condotta il regolare svolgimento della stessa.

<sup>(38)</sup> Tanto nella procedura ordinaria che in quella d'appello, competente in via esclusiva a decidere della ricusazione di un arbitro è l'ICAS (artt. R34, comma 2 e S6, comma 4, *Code TAS*) che esercita tale funzione attraverso il suo *Board*, costituito dal proprio presidente e due vicepresidenti affiancati dai presidenti delle due camere arbitrali (artt. R34, comma 2 e S7, comma 1, *Code TAS*). L'istanza di ricusazione deve essere indirizzata all'ICAS per iscritto, entro sette giorni dal momento in cui si è giunti a conoscenza delle circostanze poste a

La nuova previsione dispone che nei casi in cui l'arbitro nominato dal ricorrente e/o appellante venga meno, la parte dovrà provvedere alla nomina del sostituto entro un termine assegnato dalla Segreteria TAS. In mancanza l'arbitrato non avrà inizio o, se già iniziato, verrà terminato.

La disposizione mira ad offrire maggiore certezza e a consentire la definizione, entro termini circoscritti, delle potenziali situazioni di stallo del procedimento caratterizzate dall'esigenza di addivenire alla sostituzione di un arbitro, evitando che esse pregiudichino l'abituale celerità con cui i collegi TAS pervengono all'emanazione del lodo <sup>(39)</sup>.

Legittimo presumere che la concessione del termine per procedere alla sostituzione, in assenza di un provvedimento di sospensione (ex art. R32, ult. comma), giustificherà la concessione di una proroga da parte del Presidente della Camera arbitrale d'Appello, dietro richiesta motivata del presidente del collegio arbitrale <sup>(40)</sup>, del previsto termine di tre mesi per l'emanazione del lodo <sup>(41)</sup>.

4. La disciplina dei procedimenti destinati a svolgersi di fronte ai collegi della Camera arbitrale ordinaria è completata dalle disposizioni previste dagli artt. R38 - R46 *Code TAS*, che dettano regole sostanzialmente analoghe a quelle che caratterizzano molte delle procedure dettate da istituzioni arbitrali in ambito commerciale <sup>(42)</sup>.

---

fondamento della richiesta, e deve essere motivata (art. R34, commi 1-2). L'ICAS, dopo aver invitato controparte e tutti gli arbitri (compreso l'arbitro ricusato) a presentare delle osservazioni scritte, renderà una decisione sommariamente motivata (art. R34, comma 2) che potrà essere assunta durante le riunioni dell'ICAS, o più verosimilmente per corrispondenza, con una votazione a maggioranza semplice (artt. S8, comma 2 e S10, comma 3). Sul regime di ricusazione in seno agli arbitrati TAS, sia consentito il rinvio a A. MERONE, *Il Tribunale arbitrale dello Sport*, op. cit., 111-120.

<sup>(39)</sup> Celerità conseguita a dispetto del fatto che nessun termine è previsto per l'emanazione del lodo ad esito di una procedura ordinaria. Solo per la procedura d'appello, ex art. R59, comma 5, è previsto il rispetto di un termine che la riforma del 2010 ha ridotto a tre mesi, ancorandone il decorso, in ragione del moltiplicarsi delle attività "preliminari" successive al deposito dell'appello, alla trasmissione del fascicolo di causa al collegio nominato.

<sup>(40)</sup> La concessione di tale proroga, peraltro, non è subordinata all'esistenza di circostanze eccezionali e, in presenza di procedimenti particolarmente impegnativi, può essere (*rectius* è stata) più volte reiterata; si veda il lodo TAS 2002/O/401, *IAAF v. USATF*, 5 (§ 15), in *Rec. III*, 36.

<sup>(41)</sup> Si noti che il Tribunale Federale svizzero ha ribadito, *Arrêt* 4P.196/2003 del 7 gennaio 2004, in *Bullettin dell'Association Suisse de l'Arbitrage*, 2004, 592, che le violazioni di norme procedurali pattizie, ad opera di un collegio arbitrale, non rappresentano un motivo di annullamento del lodo. Sul punto vedi anche A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle/Paris/Bruxelles, 2005, 517, secondo cui l'unica eccezione sarà configurabile qualora il termine sia espressamente posto come una condizione risolutiva della competenza arbitrale e il lodo potrebbe, eventualmente, essere impugnato in applicazione dell'art. 190, co. 2, lett. b) e c), LDIP.

<sup>(42)</sup> Così REEB, *Présentation: Le Tribunal Arbitral du Sport: son histoire et son fonctionnement*, in *Journal du droit international*, 2001, 239.

Il procedimento arbitrale si svolge, solitamente, secondo uno schema molto lineare <sup>(43)</sup> che prevede una domanda d'arbitrato e una comparsa di risposta; un successivo scambio di memorie <sup>(44)</sup> e lo svolgimento di un'udienza per l'audizione delle parti, dei testimoni ed eventuali esperti o periti; grande discrezionalità è lasciata agli arbitri, cui è rimesso il compito di definire ogni singola fase della procedura e cadenzarne tempi e modalità <sup>(45)</sup>.

Tale modello rimane sostanzialmente inalterato, offrendo la novella un semplice cambio di approccio all'udienza dibattimentale. Se, di fatto, lo svolgimento dell'udienza ha sempre rappresentato la regola — utilizzata per l'audizione delle parti, i testimoni e gli esperti <sup>(46)</sup> — il tenore dell'art. R44.1 *Code TAS* assegnava al collegio il potere di non provvedervi se, dopo aver consultato le parti e pur in disaccordo con quest'ultime, ritenesse la controversia sufficientemente istruita.

Nell'attuale versione dell'art. R44.1 ciò che prima era previsto « ... *if the Panel deems it appropriate...* », sembra adesso sfuggire a valutazioni discrezionali del collegio poiché atteso e/o preteso dalle parti « ... *in principle...* ». Se ne ricava che un'eventuale rinuncia al diritto di presentare le proprie argomentazioni oralmente in udienza, oltre che per iscritto, potrà essere esclusivamente rimessa alla volontà delle parti, il cui interesse potrebbe annidarsi nell'esigenza di comprimere i costi della procedura.

Pertanto, pur in assenza di perizie, prove da assumere o testimoni da ascoltare, la semplice richiesta della parte di essere ascoltata, impedirà al collegio di decidere sulla base delle sole osservazioni scritte, poiché così facendo esporrebbe il lodo a facili censure, per violazione dell'art. 190, comma 2, let. *d*), L.D.I.P. <sup>(47)</sup>, in sede d'impugnazione innanzi al Tribunale federale svizzero.

---

<sup>(43)</sup> Per un'approfondita analisi si veda, KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, *The Ordinary Arbitration Procedure of the Court of Arbitration for Sport*, in BLACKSHAW/SIEKMANN (a cura di), *The Court of Arbitration for Sport, 1984-2004 - CAS Jubilee Book*, The Hague, 2006, 69-98 ss.

<sup>(44)</sup> Nelle ipotesi di procedura scritta, ex art. R44.1, I co., *Code TAS*, lo scambio di memorie tende a rimanere unico: « *la procédure écrite [...] comprend en principe un mémoire, un contre-mémoire et, si les circonstances l'exigent, une réplique et une duplique.* ». Qualora poi abbia avuto luogo l'udienza, ex art. R44.2, VII co., *Code TAS*, un successivo scambio è espressamente escluso, salvo contrario ordinanza del collegio: « *Après l'instruction orale, les parties ne sont plus admises à produire des écritures, sauf si la Formation l'ordonne.* ».

<sup>(45)</sup> L'espresso accordo delle parti è richiesto solo per ricorrere ad una *procédure accélérée*: « *Avec l'accord des parties, le Président de la Chambre ou la Formation peut recourir à une procédure accélérée et en fixe les modalités.* ».

<sup>(46)</sup> Si tenga conto che nell'ambito di un contenzioso disciplinare non legato a profili di doping, l'udienza tenderà a risolversi nella semplice esposizione ad opera dell'atleta delle proprie difese, mentre per i ricorsi proposti in seguito a squalifiche per positività, l'udienza assolverà anche all'esigenza di poter sentire gli esperti di parte ed eventualmente ascoltare i testimoni.

<sup>(47)</sup> Legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (LDIP), Capitolo 12, art. 190, comma 2, recita: « Il lodo può essere impugnato soltanto se: [...] *d*) è stato violato il principio della parità di trattamento delle parti o il loro diritto di essere sentite ». Per una

5. La disciplina specificamente dedicata alla procedura arbitrale d'appello è, invece, contenuta negli artt. R47 - R59 del *Code TAS*. Dall'atto d'appello deve emergere chiaramente sia l'intenzione di ricorrere contro una decisione di ultima istanza, sia il rispetto dei requisiti individuati dall'art. R48<sup>(48)</sup>. In assenza di un diverso termine specificamente previsto dalla regolamentazione federale o di altra associazione o ente sportivo, l'appello dovrà essere presentato al TAS entro 21 giorni dalla comunicazione della decisione che ne è oggetto (art. R49)<sup>(49)</sup>.

Anche in questo caso, la procedura è caratterizzata da una prima fase scritta, che si articola in tempi molto brevi, atteso che nei dieci giorni successivi alla scadenza del termine per l'appello<sup>(50)</sup> l'attore deve depositare presso la Segreteria del TAS, pena l'estinzione del procedimento che s'intenderà oggetto di rinuncia<sup>(51)</sup>, un *Appeal brief* (R51) in cui espone le circostanze di fatto e di diritto rilevanti per il giudizio ed indica le prove — testimoni, esperti e qualsiasi altra misura — di cui intende avvalersi; mentre il convenuto, ricevuto tale atto, dovrà depositare nei venti giorni successivi una comparsa di risposta contenente domande, eccezioni e tutti i documenti o gli altri elementi di prova, compresi testimoni ed esperti, di cui intenda avvalersi (art. R55)<sup>(52)</sup>.

---

ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza elvetica sul punto, si rinvia a M. COCCIA, *La giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero sulla impugnazione per nullità dei lodi arbitrali internazionali del TAS*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 2015, 77-84.

<sup>(48)</sup> In particolare, è necessario allegare una copia della decisione impugnata e una copia delle disposizioni statutarie o regolamentari o dell'accordo in forza del quale si radica la competenza del TAS a decidere dell'impugnazione. Questi documenti sono indispensabili per consentire alla Segreteria del TAS di operare una verifica preliminare al fine di escludere che, « *it appears from the outset that there is clearly no arbitration agreement referring to CAS* » (art. R52); solo successivamente il TAS potrà assumere tutte le azioni necessarie per l'inizio della procedura. Specifica attenzione all'atto introduttivo è stata dedicata da F. VENTURI FERRIOLO, *La richiesta di appello nella giurisprudenza del TAS: analisi sull'interpretazione dei requisiti ex art. R48 del codice di arbitrato sportivo*, in *Riv. Dir. Eco. Sport*, 2014, 1, 38 ss.

<sup>(49)</sup> Sulle incertezze che tale termine ha determinato si rinvia a U. HAAS, D. BOCCUCCI, *Il termine per la proposizione dell'“appello” davanti al Tribunale Arbitrale dello Sport*, in questa *Rivista*, 2012, 1-38.

<sup>(50)</sup> Se le circostanze lo giustificano, il termine di dieci giorni può essere prorogato dal presidente del collegio o, in mancanza, dal Presidente della camera, ex art. R32, comma 2, *Code TAS*. Già nel Lodo 2000/A/262, del 28 luglio 2000, *Stanley Roberts v. FIBA*, in *Rec. II*, 377, sp. 380, il TAS ha avuto modo di chiarire che la proroga va concessa su istanza debitamente motivata e la richiesta potrà provenire da entrambe le parti.

<sup>(51)</sup> Tuttavia, a bilanciare la severità degli effetti connessi al mancato deposito, giova ricordare che la riforma del 2010 ha introdotto, sempre nell'art. R51 *Code TAS*, un elemento di obiettiva semplificazione a favore dell'appellante, il quale potrà limitarsi ad inoltrare, nel summenzionato termine di 10 giorni, una comunicazione scritta in cui segnala alla Segreteria del TAS che la dichiarazione d'appello vale anche come esposizione delle circostanze di fatto e di diritto rilevanti per il giudizio.

<sup>(52)</sup> Giova rammentare che nella propria comparsa di risposta il convenuto non potrà presentare domande riconvenzionali (*rectius*, impugnazioni incidentali), diversamente da quanto previsto nelle prime versioni del *Code TAS*. Ne consegue che la parte parzialmente soccombente dovrà necessariamente contestare la decisione nel termine di 21 giorni dalla sua comunicazione. Coerentemente, l'art. R56 stabilisce che, a seguito del deposito della memoria

L'articolo R52 stabilisce che il TAS potrà evitare di dare impulso alla procedura d'appello, laddove appaia chiaro che non esista un accordo tra le parti per devolvere la controversia innanzi al tribunale arbitrale ovverosia che tale accordo non sia riferibile alla controversia oggetto d'impugnazione. A seguito della riforma in commento, il novero delle ipotesi si arricchisce, potendo il TAS evitare di procedere anche qualora risulti palese che non siano stati esauriti i rimedi e/o gradi di giustizia interni che andavano assolti in forza della disciplina federale e/o associativa applicabile. Di fatto, s'introduce una rilevabilità *ex officio* rispetto ad uno dei requisiti previsti per l'introduzione dell'appello più facilmente riscontrabili e che, laddove ne sia intercettata l'assenza, consente di evitare l'inutile svolgimento di attività procedurale e, soprattutto, l'emanazione di un lodo destinato semplicemente a dichiarare l'inammissibilità.

È il presidente del collegio a valutare l'opportunità di fissare un'udienza di discussione che, salvo diverso accordo delle parti, di regola si svolge a porte chiuse ma che potrà anche non svolgersi, qualora egli ritenga, dopo aver consultato le parti, di disporre di sufficienti informazioni<sup>(53)</sup>. Sotto tale profilo, pertanto, interviene una differenza tra le due procedure, non essendo stata introdotta una modifica dell'art. R57 analoga a quella dianzi illustrata per l'art. R44.1.

Ciò che invece è stato emendato in maniera simmetrica e il regime del lodo che, sia se emesso ad esito della procedura ordinaria (art. R46) sia della procedura d'appello (art. R59)<sup>(54)</sup>, potrà essere impugnato dinanzi

---

e della comparsa di risposta, è fatto espresso divieto alle parti di aggiungere e/o modificare le proprie domande, oltre che produrre e/o richiedere nuovi elementi di prova; solo le parti, di comune accordo, o il presidente del collegio, con apposita ordinanza emessa sulla base di « *exceptional circumstances* », potranno concedere tale facoltà. Il tenore della norma sembra far salva solo la possibilità per le parti di modificare le proprie conclusioni, nel corso dell'eventuale discussione orale da svolgersi in udienza.

<sup>(53)</sup> Consolidato l'orientamento secondo cui, nelle procedure di appello, i poteri degli arbitri non sono limitati ad un mero giudizio di regolarità formale o di « legittimità » del provvedimento impugnato, ma debbono « *examine the case ab novo and, accordingly, must consider all of the evidence and arguments before it* », cfr. lodo TAS 2000/A/274 del 19 ottobre 2000, *Susin vs FINA*, in *Rec.*, II, p. 401 § 39 in cui il collegio più diffusamente afferma: « *Under art. R57 of the CAS Code, the Panel is expressly granted full power to review the facts and the law. It follows from this broad scope of review that the parties are not restricted to the evidence adduced, or bound by the arguments advanced, in the proceedings below. The Panel must examine the case ab novo and, accordingly, must consider all of the evidence and arguments before it, including those relating to the IRMS analysis* ». In senso analogo il lodo TAS 94/129 del 23 maggio 1995, *USA Shooting & Q*, in *Rec.*, I, 187 ss.; lodo TAS 98/208 del 22 dicembre 1998, *Wang Lu Na vs FINA*, cit., 234 ss.; lodo TAS 98/211 del 7 giugno 1999, *Smith De Bruin vs FINA*, in *Rec.*, II, 255 ss.

<sup>(54)</sup> Le due norme erano già state oggetto di comune revisione nel 2010, quando, ferma restando l'assunzione della decisione a maggioranza si era deciso di escludere esplicitamente la pratica delle opinioni dissenzienti. D'altronde, nella prassi si era da tempo radicata l'idea che una eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti avrebbe indebolito l'autorità delle decisioni e minato l'esigenza di assicurare coerenza alla giurisprudenza del TAS; secondo quanto evidenziato da M. REEB, *La mission des arbitres du TAS: ...*, op. cit., 32, già all'inizio dello scorso decennio la percentuale di lodi TAS deliberati all'unanimità era pari al 95%. In

al Tribunale Federale svizzero entro 30 giorni dalla notifica dell'“originale” del lodo. La precisazione risolve l'incertezza generatasi sull'opportunità di ricollegare il decorso del termine alla ricezione ad opera delle parti della copia del lodo anticipata a mezzo fax o e-mail, in luogo della notifica dell'originale cartaceo.

Infine, giova evidenziare come un'ulteriore istanza di modifica avrebbe potuto interessare gli artt. R40.2 e R54 del Code TAS, norme che ancor oggi accordano al Presidente della Camera ordinaria e d'appello un ruolo egemone nella nomina dei presidenti dei singoli collegi arbitrali <sup>(55)</sup>.

Nella misura in cui i Presidenti delle due Camere sono nominati a maggioranza dall'ICAS e fanno parte del *Board* attraverso cui il Consiglio esercita le proprie funzioni, l'*Oberlandesgericht München*, nella citata pronuncia sul caso Pechstein, aveva esplicitamente stigmatizzato la scelta di attribuire loro il descritto potere di nomina, rinnovando le censure in merito allo squilibrio funzionale del procedimento di formazione dei collegi arbitrali a favore delle organizzazioni sportive internazionali.

Purtuttavia, è evidente che allo stato la questione non ha trovato nessuna attenzione, al netto di un intervento di riforma che ben poco ha concesso sul piano delle modifiche strutturali.

6. Le modifiche al Code TAS entrate in vigore il 1° gennaio 2016 sembrano complessivamente volte a riaffermare il ruolo del tribunale arbitrale, mantenendo inalterato lo *status quo*. Se da un lato, le modifiche regolamentari non fanno altro che positivizzare prassi procedurali entrate da tempo nella consuetudine dei collegi arbitrali, dall'altro lato, le attese modifiche delle norme statutarie si limitano ad offrire una risposta timida e formale, che lascia del tutto insondata la valutazione in merito ad una diversa composizione dell'ICAS.

Evidente la preferenza per un atteggiamento attendista — considerato che la modifica dell'art. S14 manifesta più una paternalistica benevolenza che l'avvio di una adeguata riflessione sulle problematiche sollevate dall'*Oberlandesgericht* di Monaco — con lo sguardo rivolto alla pronuncia del Tribunale federale tedesco.

---

argomento si veda anche A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., 523, che osserva: « *Ensuite, en matière sportive, la tentation de l'arbitre minorisé d'utiliser l'opinion dissidente simplement pour faire savoir à la partie qui l'a désigné « qu'il ne ta pas "trahie" », est accentuée par le fait que cette même partie ... s'adresseront encore nécessairement au TAS dans le futur. Il est dès lors indéniable qu'il existe un risque que les arbitres tiennent à afficher une sensibilité en vue de l'obtention de mandats futurs ».*

<sup>(55)</sup> Ex art. R40.2, nel procedimento ordinario si prevede che i due arbitri nominati dalle parti scelgano concordemente il presidente entro il termine assegnato dalla Segreteria del TAS; in assenza di accordo sarà il Presidente della Camera Ordinaria a procedere discrezionalmente alla nomina. L'articolo R54, invece, assegna il potere di nomina del presidente del collegio direttamente al Presidente della Camera d'Appello, che vi procederà una volta consultatosi con gli arbitri nominati dalle parti.

Pronuncia che il *Bundesgerichtshof* non ha ancora depositato nella sua intenzione ma di cui ha anticipato una sintesi <sup>(56)</sup> che di fatto premia la scelta dei revisori, dichiarando le clausole arbitrali inserite nei regolamenti delle organizzazioni sportive pienamente valide ed operative, anche alla luce del diritto antitrust e, pertanto, che i giudici tedeschi non avevano alcuna competenza giurisdizionale a poter riesaminare una questione già decisa in via definitiva con la sentenza resa, nel febbraio 2010, dal tribunale federale svizzero <sup>(57)</sup>.

La pronuncia muove dalle stesse premesse della sentenza d'appello e ribadisce sia la volontarietà della scelta arbitrale espressa dal singolo atleta sia, nonostante l'indubbia posizione monopolistica delle Federazioni internazionali, che l'accettazione del Regolamento federale e della clausola compromissoria a favore del TAS non costituiscono un abuso di posizione dominante, ai sensi del diritto della concorrenza tedesca.

Dove il tribunale federale prende chiaramente le distanze è nella inequivoca qualifica del TAS come "*echtes Schiedsgericht im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO*", atteso che l'esercizio di una giurisdizione univoca in materia di controversie sportive internazionali, attraverso standard uniformi e procedure tempestive, rappresenta un indiscutibile vantaggio non soltanto per le federazioni sportive ma anche per gli atleti.

Allo stesso modo, l'esistenza di una lista chiusa d'arbitri, il cui elenco è determinato da una fondazione esterna (l'ICAS), di per sé non arreca un pregiudizio diretto alla parità delle parti, specie laddove oggetto del contendere sia il doping, tema rispetto al quale gli interessi di tutti i soggetti dell'ordinamento sportivo sono (*rectius* debbono essere) univocamente allineati.

Sotto tali profili, la pronuncia del Tribunale federale tedesco appare equilibrata ed ancor più apprezzabile in quanto non apertamente condizionata dall'idea di necessità del TAS <sup>(58)</sup>, sebbene sia agevole consta-

---

<sup>(56)</sup> Si veda nota 10.

<sup>(57)</sup> Giudizio d'impugnazione del lodo TAS 2009/A/1912 *Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU)*, deciso dal Tribunale federale svizzero con la sentenza del 10 febbraio 2010, 4A 612/2009.

<sup>(58)</sup> Nel proprio "*Statement of the Court of Arbitration for Sport (CAS) on the decision made by the German Federal Tribunal (Bundesgerichtshof) in the case between Claudia Pechstein and the International Skating Union (ISU)*" consultabile al link [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Media\\_Release\\_Pechstein\\_07.06.16\\_English\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_Pechstein_07.06.16_English_.pdf), il TAS rivendica "*like the SFT did in 1993 and 2003, the GFT has emphasized that the CAS is a "genuine arbitration tribunal" in the sense of German law, and that such sports jurisdiction is necessary for the uniformity in sport*". Tuttavia la seconda affermazione pare eccessiva al netto della sintesi in concreto divulgata dal Tribunale federale. Al contrario, non v'è dubbio che l'intima consapevolezza della necessità di un *Tribunal arbitral du Sport* con le caratteristiche del TAS trasparisse ripetutamente nelle numerose argomentazioni d'opportunità proposte dalla sentenza *Lazutina, Arret du Tribunal fédéral, Cour civile del 27 maggio 2003*, cit., 461-462. In argomento si veda A. PLANTEY, *Quelques observations sur l'arbitrage sportif international: a propos d'un récent arrêt du Tribunal Fédéral Suisse*, in *Journal du Droit International*, 130 (2003), 1089.

tare che un tribunale arbitrale espressione del mondo sportivo, in grado di offrire decisioni vincolanti e ispirate a criteri di uniformità, rimanga un modello rispetto a cui non è dato scorgere alternative altrettanto efficaci.

Ciò nonostante, non deve essere sottovalutato il peso simbolico assunto dal caso *Pechstein* ed il fattivo e diffuso sostegno accordato alla pattinatrice tedesca da altri atleti professionisti<sup>(59)</sup>, coesi nel ritenere prioritaria una più ampia riforma del sistema TAS e che ben potrebbero ricercare presso altra giurisdizione nazionale una decisione di segno alternativo<sup>(60)</sup>.

D'altronde lo stesso tribunale federale, implicitamente ammette che “[E]in dennoch verbleibendes Übergewicht der Verbände”, seppur bilanciata dalle norme procedurali del *Code TAS*, che assicurano una adeguata indipendenza e imparzialità degli arbitri, dalla possibilità di ricasazione degli arbitri privi di tali requisiti e dalla impugnabilità del lodo pronunciato dal TAS dinanzi al Tribunale federale svizzero.

Orbene, se chi scrive non ha motivo di dubitare che l'esercizio della funzione giudicante da parte degli arbitri del TAS sia svolta senza interferenze dirette da parte di soggetti titolari di altre funzioni dell'ordinamento sportivo<sup>(61)</sup>, appare altresì indubbio che la stessa idea di un'istituzione arbitrale percepita da una delle due parti in causa (gli atleti) come il frutto di uno sbilanciamento strutturale ovvero di scelte assunte da un soggetto che “*dem überwiegend Vertreter der internationalen Sportverbände und der Olympischen Komitees angehören*” non possa risultare soddisfacente.

L'obiettivo, che l'attuale riforma non si è voluta prefiggere ma che, nonostante l'attuale ratifica del Tribunale federale tedesco, in futuro il TAS non potrà mancare di perseguire, è una maggiore eterogeneità nella composizione dell'ICAS, con una maggioranza di membri non direttamente nominati dalle organizzazioni sportive<sup>(62)</sup> e una più ampia rappresentanza della componente atleti.

---

<sup>(59)</sup> In particolare la *Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels*, meglio nota con l'acronimo di FIFPro, che ha pubblicamente deciso di contribuire alle spese legali della *Pechstein* (si veda <https://www.fifpro.org/en/news/fifpro-backs-claudia-pechstein-s-legal-battle>), dopo aver duramente reagito alla pronuncia dell'*Oberlandesgericht* di Monaco (si veda <https://www.fifpro.org/en/news/does-football-need-cas>).

<sup>(60)</sup> Senza dimenticare che tale decisione potrebbe arrivare anche dalla stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo.

<sup>(61)</sup> Soggetti a cui non dovrebbe essere attribuito un potere di nomina e/o controllo, neppure indiretto, degli organi di giustizia. In argomento si veda M. PROTO, *Su autonomia e indipendenza dei « nuovi » organi di giustizia*, in *Riv. dir. sport.*, 2015, §1, 1, 97 ss.; se vuoi A. MERONE, *(Ancora) su autonomia e indipendenza dei giudici sportivi*, relazione svolta il 3 dicembre 2015 a Roma, presso il Coni, durante il Convegno su “*Il giusto processo sportivo*”, e pubblicata su <http://www.rivistadirittosportivo.coni.it/dottrina>, § 3.

<sup>(62)</sup> Singolare come nel proprio “*Statement of the Court of Arbitration for Sport (CAS) on the decision made by the German Federal Tribunal (Bundesgerichtshof)*...”, cit., nel rivendicare l'adozione di continue modifiche per migliorare le proprie norme statutarie e regolamentari, il TAS dichiara “*A real diversity in the composition of ICAS has also been achieved with a majority*

Perché, l'importante non è vincere (l'arbitrato) ma partecipare... ai meccanismi che rendono maggiormente condivisa l'opzione arbitrale.

*The article outlined the latest amendments to the Code of Sports-related Arbitration, that rules the Court of Arbitration for Sport (CAS), came into effect on 1 January 2016.*

*As happened in the past, also present reform primarily answers to the need of shoring up the independence of the court of arbitration from major sports organizations (International Federations and IOC) and gain credit as a third and unconcerned sport institution. In particular, renewed doubts on the independence and impartiality of the TAS has been raised up by German courts in the frameworks of s.c. Pechstein case.*

*The author analyzes the amendments, distinguishing between changes that effects the Statute, the general procedural rules, the ordinary and appeal procedure, wondering if the reform has offered an answer on the issues raised by the Munich Oberlandesgericht. He assumes that, despite the recent decision issued by German Federal Supreme Court, still leaves the need for a greater diversity in the composition of ICAS, with a majority of members not appointed directly by sports organizations and wider representation of the athletes.*

---

*of members not linked to sports organizations”.* Tuttavia tale affermazione, atteso l'immutato tenore dell'art. S4 che assegna alle organizzazioni sportive la nomina di 12 membri dell'ICAS su 20, e a questi stessi 12 la nomina dei restanti 8, non appare in alcun modo condivisibile.

## D) ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 21 gennaio 2016, n. 1099; FORTE Pres.; NAZZICONE Est.; SORRENTINO P.G. (concl. conf.); R.A. (avv.ti Alfieri e Franco) c. Del Vecchio Costr. S.p.a. (avv.ti Sulli e Porta).

**Procedimento arbitrale - In genere - Regole del procedimento - Fissazione di termini per allegazioni ed istanze istruttorie - Mancata previsione di perentorietà - Declaratoria di decadenza per omessa osservanza - Violazione del principio del contraddittorio - Configurabilità.**

*In tema di arbitrato rituale, gli arbitri incorrono in violazione del principio del contraddittorio per mancata conoscenza dei punti di vista di tutte le parti del procedimento ove abbiano stabilito la natura perentoria dei termini da loro fissati alle parti per le allegazioni ed istanze istruttorie — alla stregua di quelli ex artt. 183 e 184 c.p.c. — e, in relazione a tale determinazione, abbiano dichiarato decaduta una parte per il tardivo esercizio delle facoltà di proporre quesiti e istanze istruttorie, qualora la possibilità di attribuire tale carattere perentorio non fosse prevista dalla convenzione di arbitrato, ovvero da un atto scritto separato o dal regolamento processuale dai medesimi arbitri predisposto, e in assenza di specifica avvertenza al riguardo al momento dell'assegnazione dei termini.*

CENNI DI FATTO. — R.A. ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Napoli, che ha respinto l'impugnazione volta alla declaratoria di nullità ex art. 829 c.p.c., di lodo arbitrale.

Il lodo, reso nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, ha accertato la prescrizione di tutti i diritti derivanti alla R. dal preliminare del 6 febbraio 1995, eccezione sollevata dalla Del Vecchio Costruzioni s.p.a.

Nell'impugnazione del predetto lodo, l'impugnante ne ha denunciato la violazione del principio del contraddittorio, per avere gli arbitri dichiarato la R., la quale pure aveva intrapreso la procedura arbitrale, decaduta dalla facoltà di articolare i propri quesiti e le proprie richieste istruttorie; l'omessa pronuncia sulle domande della R.; l'erronea declaratoria di tardività delle proprie istanze istruttorie; l'assunzione della decisione secondo diritto invece che secondo equità, in

violazione della clausola compromissoria; la carenza di motivazione; la pronuncia sulle spese di lite senza poteri al riguardo.

L'impugnazione del lodo è stata respinta avendo la corte del merito ritenuto che il collegio arbitrale, esercitando la sua facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio secondo il principio del contraddittorio, avesse legittimamente fissato precisi termini per l'articolazione di deduzioni e prove, termini che, sebbene del tutto idonei ad assicurare alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa, non erano stati rispettati dalla R. Ha, quindi, ritenuto il lodo esaustivamente motivato con riguardo alla ritenuta prescrizione decennale dei diritti della promissaria acquirente.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo, la ricorrente si duole della violazione degli artt. 816-*bis* e 829, n. 9 e 12, c.p.c., oltre che del vizio di motivazione omessa, per non avere la corte territoriale dichiarato la nullità del lodo nonostante la violazione del principio del contraddittorio, posto che gli arbitri non avevano precisato alle parti la perentorietà dei termini da essi fissati per la formulazione dei quesiti e la proposizione delle istanze istruttorie, mentre la clausola compromissoria prevede che gli arbitri avrebbero deciso “senza formalità di rito secondo equità”. Nei termini fissati dagli arbitri con la loro ordinanza, essa ricorrente non aveva ritenuto di depositare alcunché, in quanto in disaccordo con l'entità dei compensi dagli arbitri, fissati nella medesima interamente a suo carico.

Con il secondo motivo, la ricorrente si duole della violazione degli artt. 816-*bis* e 829, n. 9, c.p.c., oltre che del vizio di motivazione omessa ed illogica, per non avere la corte territoriale rilevato la nullità del lodo in mancanza della concessione alle parti, ad opera degli arbitri, anche di un termine per articolare la prova contraria.

Con il terzo motivo, deduce la violazione dell'art. 829, n. 4, c.p.c., oltre che il vizio di motivazione insufficiente e contraddittoria, per avere la corte territoriale escluso l'eccesso di potere degli arbitri, i quali hanno ecceduto dai limiti della convenzione di arbitrato, avendo deciso secondo diritto e non secondo equità, né avendo considerato che le questioni in tema di prescrizione non rientrano tra i principi informativi della materia civile. Inoltre, il collegio arbitrale non prese affatto in considerazione la circostanza relativa alla percezione dei frutti civili, nell'ambito di un giudizio di equità; percezione che, peraltro, non aveva comunque eliminato lo squilibrio tra le parti, atteso che, di contro, la società aveva non solo incamerato la caparra di L. 129.100.000, ma aveva poi venduto a terzi il bene, incassandone l'intero prezzo.

Con il quarto motivo, la ricorrente si duole della violazione degli artt. 2944 e 2945 c.c., oltre che del vizio di motivazione illogica e contraddittoria, per non avere la corte territoriale considerato che la prescrizione fu interrotta per effetto del riconoscimento del diritto, consistito nella concessione del possesso ultradecennale del bene, sebbene si tratti di circostanza di fatto dalla corte del merito accertata e l'eccezione fosse stata proposta nella comparsa conclusionale in appello; nonché per effetto degli inviti a stipulare il contratto definitivo rivolti all'originario promissario acquirente (che aveva in seguito nominato la ricorrente) dalla Del Vecchio Costruzioni s.p.a., come essa stessa aveva dichiarato nel proprio atto di introduzione al procedimento arbitrale del 22 febbraio 2004.

Con il quinto motivo, la ricorrente si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 814 e 829, n. 4 e 11, c.p.c. oltre che del vizio di motivazione insufficiente e contraddittoria, per non avere la corte territoriale dichiarato la carenza di potere degli arbitri nel pronunciare la condanna alle spese legali a favore della controparte, che non era stato affatto loro attribuito dalla clausola compromissoria, e per avere applicato quindi erroneamente la corte territoriale l'art. 91 c.p.c., laddove nel procedimento arbitrale la nomina del difensore è solo eventuale ed egli non si costituisce in senso proprio; nonché per avere essa mancato di rilevare l'illegittima attribuzione alla R. delle spese di funzionamento del collegio arbitrale, non dovute in quanto non accettate da tutte le parti.

2. Il primo motivo è fondato.

L'arbitrato in esame, di cui è incontrovertita la natura rituale, è disciplinato *ratione temporis* dalle norme del codice di rito nel testo vigente successivamente alle modificazioni introdotte dal d.lgs. n. 40 del 2006.

A norma dell'art. 816-*bis* c.p.c., le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, oppure con atto separato anteriore all'inizio del procedimento, "*le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*"; in mancanza, "*gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio... nel modo che ritengono più opportuno*", ma essi "*debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*".

Con riguardo, in generale, al principio del contraddittorio (che già in precedenza veniva ricondotto all'art. 816 c.p.c.), questa Corte ha affermato che, anche nel procedimento arbitrale, l'omessa osservanza del contraddittorio non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce *ex art. 829, primo comma, n. 9, c.p.c.* implica una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicitate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa. Tale principio implica che alle parti del giudizio arbitrale deve essere assicurata la possibilità di esercitare su di un piano di eguaglianza le facoltà processuali loro attribuite, nel rispetto della regola *audiatur et altera pars* (fra le altre, Cass. 27 dicembre 2013, n. 28660).

In particolare, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare i quesiti posti nella loro formulazione originaria, nell'ambito dei termini della clausola compromissoria, e di formulare istanze di prova, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., fermo il rispetto del principio del contraddittorio (Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717; 3 maggio 2004, n. 8320; 21 luglio 2000, n. 9583; 4 luglio 2000, n. 8937; 14 febbraio 2000, n. 1620; 21 settembre 1999, n. 10192; 17 dicembre 1993, n. 12517).

In ragione della libertà delle forme che caratterizza il procedimento arbitrale, l'essenziale rilevanza del principio del contraddittorio — che attiene all'ordine pubblico, come emerge dalla complessiva disciplina legale, che ripetutamente lo richiama (cfr. art. 808-*ter*, 2 comma, n. 5; art. 816-*bis*, 1 comma; art. 829, 1 comma, n. 9) — finisce, così, per diventare il vero crisma di legittimità del procedimento stesso e garanzia processuale inderogabile, la quale esige che ciascuna parte sia

messa nella condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale, senza incorrere in decadenze “a sorpresa”.

Nei casi in cui, in particolare, agli arbitri non sia dalla clausola compromissoria demandato il compito di applicare le norme del codice di rito, essi sono tenuti, nell'autodisciplina del procedimento che abbiano disposto, a realizzare il contraddittorio delle parti, assicurando loro la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dagli arbitri per la pronuncia, ognuna dovendo avere la possibilità di far valere le sue posizioni e di contrastare le ragioni avversarie, affinché sia garantita la dialettica processuale.

Se, quindi, non vi è dubbio che gli arbitri, nel regolare il miglior ordine del procedimento, possano assegnare alle parti dei termini per precisare i quesiti, depositare documenti ed istanze probatorie, produrre memorie ed esporre le loro repliche, nonché fissare tali termini a pena di decadenza, tuttavia è loro precluso di dichiarare inammissibile un atto o un'istanza, per inosservanza di uno di quei termini, ove non avessero anteriormente, nel modo e nel tempo congruo, stabilito e reso nota alle parti la regola in tal senso adottata.

Va, pertanto, affermato il seguente principio di diritto: “Integra violazione del principio del contraddittorio la condotta degli arbitri i quali, avendo disciplinato il procedimento con la fissazione di termini alle parti per le loro allegazioni ed istanze istruttorie, li abbiano considerati come termini perentori, come quelli di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., dichiarando di conseguenza decaduta la parte che non li abbia rispettati dalla facoltà di proporre i quesiti e le istanze istruttorie, senza, tuttavia, che esistesse né alcuna previsione in tal senso nella convenzione d'arbitrato o in un atto scritto separato, né la previa qualificazione dei termini come perentori nel regolamento processuale che gli arbitri si siano dati, né comunque una specifica avvertenza al riguardo rivolta alle parti al momento della concessione di quei termini, in tal modo essendo essi rimasti ingiustificatamente inadempienti al loro dovere di conoscere compiutamente i punti di vista di tutte le parti del procedimento”.

Alla luce di tale principio, da cui la corte territoriale si è discostata, il motivo va accolto.

4. Il rimanenti motivi sono assorbiti.

5. Ne deriva che la sentenza impugnata va cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, perché decida l'impugnazione del lodo, alla stregua del principio sopra enunciato; ad essa demanda pure la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

*(Omissis).*

### **Preclusioni nell'arbitrato nel rispetto del principio di previa conoscibilità contro le decadenze “a sorpresa”, ma con una clausola di salvaguardia e senza timore di usare rigore nei casi di abuso.**

1. La decisione in commento offre un ottimo spunto per una riflessione intorno al problema della natura dei termini nel procedimento arbitrale in rapporto al principio di contraddittorio, con la conseguente possibilità di dedurre tale profilo, in relazione ad eventuali decadenze o

preclusioni oggetto di contestazione, quale possibile motivo di gravame per l'annullamento del lodo ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 4, c.p.c.

Nel caso in esame, infatti, la ricorrente si doleva del fatto che la corte territoriale investita dell'impugnazione per nullità del lodo rituale non avesse annullato la decisione resa in sede arbitrale per violazione del principio del contraddittorio, nello specifico integrata dal rilievo che gli arbitri non avevano precisato alle parti la perentorietà dei termini fissati per la formulazione dei quesiti e per la proposizione delle istanze istruttorie <sup>(1)</sup>, specialmente a fronte del rilievo che la clausola compromissoria prescriveva che gli arbitri avrebbero deciso “senza formalità di rito e secondo equità” <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza del 13 aprile 2012, in punto, aveva invece ritenuto che il collegio arbitrale, esercitando la sua facoltà di regolare lo svolgimento del procedimento, avesse legittimamente fissato termini precisi ed idonei ad assicurare il contraddittorio in relazione alla possibilità di articolare, in particolare, le deduzioni e le prove, assicurando ad entrambe le parti idonee ed equivalenti possibilità di difesa, termini che però non erano stati rispettati dalla parte che aveva incardinato il gravame.

<sup>(2)</sup> L'espressione senza formalità di rito è assai dubbia e non concerne in ogni caso il tema della perentorietà o meno dei termini, sicché l'accostamento delle due tematiche nel gravame proposto, almeno secondo quanto è possibile ricostruire, suscita qualche perplessità, tanto più che, come giova ricordare, in passato, essa è stata associata alla natura irrituale dell'arbitrato, con conseguente inammissibilità proprio dell'impugnazione ex art. 829 c.p.c., cioè il gravame interposto contro la decisione della Corte d'Appello di Napoli: così ad es. Cass. 13 marzo 1989, n. 1253, la quale — dopo aver enunciato che il contenuto di un patto compromissorio, al fine di stabilire la ritualità od irritualità dell'arbitrato, può e deve essere oggetto di esame e valutazione diretta da parte della S.C., ove la relativa questione incida su problemi processuali, quale quello della competenza o dell'ammissibilità dell'impugnazione del lodo per nullità — nel caso si specie aveva ritenuto corretta la pronuncia d'inammissibilità dell'impugnazione del lodo, riscontrando la previsione di un arbitrato irrituale sulla base di un coordinamento delle clause statutarie che evidenziava la volontà di affidare agli arbitri, senza formalità di rito e senza termini prefissati, un accomodamento di tipo negoziale. Vi è da dire, peraltro, che la fattispecie sottesa a tale decisione definiva gli arbitri come “amichevoli compositori” ed era, a parere della scrivente, forse questo, unitamente all'idea di una soluzione di tipo negoziale, l'elemento veramente decisivo per decretare la natura irrituale del procedimento. Vale in ogni caso la pena di soffermarsi in questa sede brevemente sulla locuzione “senza formalità di rito”, visto che viene citata dalla decisione in esame, per chiarire che essa è espressione neutra e che, comunque, giusta il disposto dell'art. 816 *bis* c.p.c. anche nell'arbitrato rituale le parti — o per esse gli arbitri — potrebbero optare per forme procedurali semplificate, senza che questo incida né sul tipo di arbitrato, né sulla possibilità o meno di prevedere eventuali termini perentori. Sul tema v. anche Trib. Milano, 5 aprile 2002, secondo il quale l'espressione “senza formalità di rito” non è decisiva; in termini anche App. Firenze, 2 maggio 2001, che ha addirittura ritenuto nel caso specifico la clausola compromissoria nulla per indeterminatezza dell'oggetto. Per completezza va menzionato, in senso contrario, anche Trib. Padova, 23 febbraio 2004, secondo il quale le espressioni equità, senza formalità di procedura e senza possibilità di impugnazione esprimono la volontà delle parti di deferire le future controversie ad arbitrato irrituale; nella scia di tale ragionamento v. anche Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398. Le due decisioni da ultimo citate, peraltro, sembrano fondare l'assunto più sul carattere ritenuto puramente eccezionale dell'arbitrato rituale, quale deroga alla competenza del giudice ordinario, preferendo per tale motivo, nel dubbio, reputare il procedimento come irrituale; il che però è esattamente l'opposto di quanto ora prevede implicitamente l'art. 808 *ter* c.p.c., che postula la regola “in dubio pro arbitrato rituale”: v. *ex multis* LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 262; SASSANI, *L'arbitrato a modalità rituale*, in questa *Rivista*, 2007, 25 ss. e spec. 31; TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, *ibidem*, 555 ss. e spec. 560. Tutte le sentenze citate sono consultabili in Banca dati Wolters Kluwer.

La S.C. ha ritenuto tale primo motivo di gravame assorbente ed ha accolto il ricorso, enfatizzando la portata del principio del contraddittorio nell'arbitrato, ricordando come, in particolar modo successivamente alla riforma apportata dal d. lgs. 40/2006, l'art. 816 *bis* c.p.c., pur avendo sancito che gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, ha anche precisato *expressis verbis* che questi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa, di talché le parti devono poter essere messe in condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale senza incorrere in decadenze "a sorpresa" (3).

## 2. La decisione in commento, che *prima facie* potrebbe non apparire

---

(3) Così la peculiare espressione utilizzata dalla S.C. La nozione di decadenza ed il correlato concetto di preclusione sono stati variamente interpretati dalla dottrina processual-civilistica: v., in particolare e senza pretesa di esaustività, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 859 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, ristampa anastatica della 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, 321 ss. e II, Napoli, 1936, 478 ss.; Id., *Cosa giudicata e preclusione* (1933), in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1993, 231 ss.; Id., *Del sistema negli studi del processo civile* (1907), ivi, I, 227 ss., spec. 237 ss.; D'ONOFRIO, *Sul concetto di preclusione*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 427 ss.; ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.; Id., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.; ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 567 ss.; PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 229 ss.; TESORIERE, *Contributo allo studio della preclusione nel processo civile*, Padova, 1983, 30 ss. e 51 ss.; BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, 26 ss.; TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794 ss. Per quanto qui di interesse, in relazione ai termini perentori, può essere utile ricordare anche ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, cit., 567, il quale ripercorre il pensiero chiovendiano rammentando come la nozione di preclusione sia legata al concetto di "perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale che si subisce per il fatto o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentori e la successione legale delle attività e delle eccezioni, o di aver compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà, come la proposizione di un'eccezione incompatibile con un'altra o il compimento d'un atto incompatibile con l'intenzione d'impugnare una sentenza, o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta)". Per TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 794 ss., il concetto deve essere ulteriormente dettagliato, distinguendo la nozione di decadenza da quella di preclusione, in quanto "la decadenza fa riferimento alla perdita del diritto non esercitato, mentre la preclusione si riferisce essenzialmente all'impossibilità di esercitare successivamente quel diritto, in conseguenza del fatto che esso non è più 'azionabile' oltre un certo momento del processo": a ben vedere, si tratta di due facce della stessa medaglia o se si preferisce di due diversi approcci al tema, uno più sostanziale e statico, uno più processuale e dinamico. La teoria del c.d. principio di preclusione quale elemento caratterizzante il processo civile, che tanto ha influenzato il nostro ordinamento, è di matrice tedesca (cfr. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. civ. praxis*, 62 (1879), 1 ss., spec. 59 ss.; KLEIN, *Die schuldhaftige Parteihandlung*, Wien, 1885, 42 ss. e 145 ss.; VON CANSTEIN, *Grundlagen des Kontumazialrecht*, in *ZZP*, 16 (1891), 1 ss.), come si evince anche dagli studi inaugurati in Italia già nella vigenza del Codice del 1865, ad es. da REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 67; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 59; ANDRIOLI, voce *Preclusione*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 130 ss.; SEGNI, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Studi sassaresi*, 1937, 71 ss., 338 ss.; Id., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, 364 ss.

particolarmente innovativa in quanto meramente declinante la nozione di rispetto del contraddittorio nell'arbitrato come diritto di difesa per le parti, è particolarmente interessante in quanto riconosce apertamente la possibilità per gli arbitri di assegnare alle parti termini perentori nell'arbitrato <sup>(4)</sup>: e, questo, a patto di rispettare il “vero crisma di legittimità del procedimento e garanzia processuale inderogabile” del contraddittorio, che nella fattispecie si traduce nella necessità di esplicitare preventivamente la natura non ordinatoria dei termini posti per le varie attività processuali <sup>(5)</sup>, legando così il tema del rispetto del contraddittorio alla necessità di evitare possibili “effetti sorpresa” per le parti.

Sta proprio in ciò l'elemento di maggior interesse della pronuncia in esame in quanto tale ultimo profilo è il parametro alla luce del quale notoriamente si giustifica la scelta del legislatore di imporre delle preclusioni a cui corrispondono altrettante decadenze dalla possibilità di porre in essere determinate attività processuali, secondo un'impostazione tradizionale per quanto riguarda il processo ordinario <sup>(6)</sup>, ma che appare inedita per quanto concerne il rito arbitrale <sup>(7)</sup>.

3. La scelta di prendere una posizione tanto netta in favore della possibilità per gli arbitri di introdurre delle decadenze processuali colpisce anzitutto in quanto il rito arbitrale tratteggiato dal legislatore è estremamente fluido ed elastico e l'idea stessa della preclusione è estranea all'arbitrato <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Circostanza comunemente condivisa, ma non senza qualche voce contraria: cfr. ad es. G.F. RICCI, *Sub art. 816 bis c.p.c.*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, 392, il quale ritiene che, difettando gli arbitri di poteri autoritativi, sia ad essi precluso assegnare dei termini perentori, i quali restano una prerogativa del giudice e, quindi, dell'arbitro, solo se la legge attribuisca espressamente tale facoltà.

<sup>(5)</sup> Il che appare conforme anche al principio di legalità, qui da declinare in chiave processuale, quale precetto a sua volta direttamente discendente dall'idea che il giusto processo è solo quello preventivamente regolato dalla legge (e, in questo caso, dal potere assegnato dal Codice di rito agli arbitri di eventualmente disciplinare le regole per lo svolgimento del procedimento), su cui v. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13 ss.; VIGNERA, *Il “giusto processo” nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Informazione prev.*, 2003, 981 ss.; VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, 149, 151-152.

<sup>(6)</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>(7)</sup> Di minore interesse, ai fini dello specifico oggetto del presente commento, ma non meno importante, la ricostruzione teorica della nozione di contraddittorio nel procedimento arbitrale effettuato dalla S.C., quale vizio non formale ma di attività, da verificare dunque in concreto V. *infra*, par. 4.

<sup>(8)</sup> Così secondo la dottrina tradizionale: v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, *sub art. 816, 275*; CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 886; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 53. *Contra* PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, II, 27, il quale ritiene che ai sensi del nuovo art. 816 *bis* c.p.c. sia possibile per gli arbitri stabilire preclusioni e decadenze ed evidenzia anche che la domanda non deve essere compiutamente formulata con l'atto introduttivo, in quanto le parti possono riservarsi di specificare le rispettive posizioni e formulare le

Ciò è particolarmente evidente sin dall'atto con cui la convenzione di arbitrato è attivata dalle parti, ossia la domanda di arbitrato, la quale viene non a caso definita quale fattispecie a formazione progressiva<sup>(9)</sup>: ed invero, sebbene per incardinare il procedimento arbitrale sia sufficiente formulare un atto nel quale la parte dichiara l'intenzione di promuovere l'arbitrato, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri<sup>(10)</sup>, la fissazione del *thema decidendum* in arbitrato è

---

loro domande nei termini fissati dagli arbitri per la formulazione dei quesiti ed eventuali controquesiti. Recentemente, in questa *Rivista*, v. anche S.M. CARBONE, *Per un'interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, 444, chiaramente a favore della possibilità per gli arbitri di introdurre preclusioni e decadenze.

<sup>(9)</sup> Espressione particolarmente indovinata coniata da ANDRIOLI, nel suo *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 848 ss., che la pensò con peculiare riguardo alla disciplina ancor più scarna che esisteva circa la domanda di arbitrato anteriormente alla riforma apportata con la l. 25/1994. La domanda di arbitrato per vero non gode nemmeno ora di una disciplina unitaria, essendo piuttosto contemplata in relazione a taluni effetti o aspetti peculiari che la interessano e che sono a loro volta il portato della riforma dell'arbitrato del 1994, la quale ebbe come obiettivo di delineare in modo più preciso il momento in cui si producono gli effetti del predetto atto introduttivo, sia in relazione agli effetti sostanziali, ad es. in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945 c.c.), sia in rapporto agli effetti processuali, ad es. con riferimento al termine per l'introduzione del giudizio di merito onde evitare di caducare i provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice ordinario (art. 669 octies c.p.c.) e, più in generale con riferimento al tema della trascrizione ai fini dell'opponibilità ai terzi (artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c.; su tale profilo v. spec. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631 e ss.; RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la L. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 809; PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 331 ss.; MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 821 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, 85 ss.; DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, cit., 169 e ss.). Cfr., sul tema della domanda di arbitrato all'indomani della novella del 1994, PADOVINI, sub art. 25, in AA.VV., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di TARZIA- LUZZATTO-E.F. RICCI, Padova, 1995, 290 ss.; DE NOVA, sub art. 25, in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Bernardini-De Nova-Nobili-Punzi, Milano, 1994, 120; MARENGO, sub art. 25 l. 5 gennaio 1994, n. 25, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1995, 121; SALVANESCHI, *Commento all'art. 1*, in *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995, 1 ss.; E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 662 ss. Prima della legge 5 gennaio 1994, n. 25 era invalsa l'idea che per la domanda arbitrale non occorresse rispettare particolari formalità, stante il principio di libertà delle forme, ovviamente nel limite invalicabile del rispetto del principio del contraddittorio: cfr. CECHELLA, *Mancata formulazione della domanda e violazione del contraddittorio nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1991, 848 ss. Anche in seguito alla novella del 1994 rimase comunque fortemente radicata l'idea che in arbitrato siano possibili modalità deformalizzate per l'introduzione del giudizio arbitrale. Cfr. ad es. SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in questa *Rivista*, 2002, 665 ss.; TOMMASEO, *La domanda di arbitrato*, in questa *Rivista*, 2001, 169 ss.; SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss.; Id., *Commento sub art. 25*, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *L. 5 gennaio 1994, n. 25. Le nuove leggi civili e commentate*, Padova 1995, 1 ss.; VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in questa *Rivista*, 1996, 21 ss. In giurisprudenza, sul tema, sempre ante d. lgs. 40/2006, v. Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472, in questa *Rivista*, 2003, 317 ss., con nota di IZZO, *Omessa formulazione dei quesiti e rituale proposizione della domanda di arbitrato*; Coll. Arb. Bologna, 23 febbraio 1996, *ibidem*, 1997, 595 ss., con nota di BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato*; Coll. Arb. Genova, 16 aprile 1997, *ibidem*, 1999, 805 ss., con nota di DALEFFE, *Alcune questioni sulla proponibilità, sulla forma e gli effetti delle domande nuove nel giudizio arbitrale*.

<sup>(10)</sup> SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, loc. ult. cit.

di norma estremamente flessibile, tanto che non va ricondotta solo a quanto si evince dalla definizione generale del tipo di controversia contemplata dalla convenzione di arbitrato <sup>(11)</sup> o dalla domanda di arbitrato, poiché si verifica frequentemente che gli arbitri fissino un termine per la successiva precisazione ed integrazione dei quesiti loro sottoposti dalle parti, attività che concorre a tutti gli effetti a delineare l'oggetto dell'arbitrato <sup>(12)</sup>.

Trattasi di prassi che certo risente dell'esperienza anteriore alla riforma dell'arbitrato operata nel 2006 — e che vede ancor oggi l'impiego del termine “quesiti” in quanto allora il testo dell'art. 823 c.p.c. <sup>(13)</sup> utilizzava tale parola in luogo dell'espressione “conclusioni” <sup>(14)</sup> — e che, pure, è diffusa ancor oggi posto che la novella di cui al d. lgs. 40/2006 non ha in realtà inciso sulla peculiare caratteristica dell'assenza di preclusioni nell'arbitrato: anche attualmente l'art. 810 c.p.c. non prevede infatti che l'atto con il quale una parte rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri, contenga anche la precisa formulazione dei quesiti (*rectius* delle domande) sicché è ben possibile — e spesso accade — che la domanda di arbitrato contenga soltanto una sommaria indicazione di quale sia la materia del contendere, da cui la consequenziale e consolidata pratica dell'assegnazione da parte degli arbitri di un termine per la precisazione dei quesiti <sup>(15)</sup>. Non a caso, proprio in relazione alla necessità di completamento delle domande in un momento successivo, la domanda di arbitrato viene definita anche più semplicemente, e con espressione particolarmente indovinata, come mero “atto di accesso” <sup>(16)</sup>.

I quesiti, quindi, servono ad individuare in concreto le domande,

---

<sup>(11)</sup> V. FERRO, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, Torino, 1999, II, 582; REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 800.

<sup>(12)</sup> Cfr. Cass. 22 marzo 2013, n. 7282, secondo la quale il *thema decidendum* è quello specificato nei quesiti posti agli arbitri. V. anche Cass. 11 maggio 2007, n. 10872, la quale enuncia che i quesiti integrano il *petitum* e la *causa petendi* delle domande poste agli arbitri.

<sup>(13)</sup> Che infatti prevedeva che « Il lodo è deliberato a maggioranza di voti dagli arbitri riuniti in conferenza personale ed è quindi redatto per iscritto. Esso deve contenere: 1. l'indicazione delle parti; 2. l'indicazione dell'atto di compromesso o della clausola compromissoria e dei quesiti relativi, ecc.”.

<sup>(14)</sup> Ma del termine quesiti faceva uso anche il previgente art. 825 c.p.c.

<sup>(15)</sup> Cfr. ad es. Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201, la quale in ossequio a tale principio ha enunciato che l'art. 810 c.p.c., che disciplina la nomina degli arbitri, non prevede che l'atto con il quale una parte rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri, contenga anche la precisa formulazione dei quesiti. Pertanto, qualora il cd. atto di accesso contenga soltanto una sommaria, ma inequivoca indicazione di quale sia la materia del contendere, ben può il collegio arbitrale fissare un termine per la precisazione dei quesiti, termine che non deve necessariamente essere sfalsato tra le parti, purché sia dato a ciascuna di esse modo di replicare all'avversario in applicazione del principio del contraddittorio.

<sup>(16)</sup> V. ad es. Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472.

esplicitandone meglio il *petitum* e la *causa petendi* <sup>(17)</sup>, che nell'atto introduttivo possono essere solo semplicemente abbozzati <sup>(18)</sup>, e contribuiscono ad attribuire al rito arbitrale quell'elasticità che lo caratterizza, integrando un tipo di attività che viene compiuta in un momento successivo.

Tutto ciò deve poi essere ricordato con un'altra nota distintiva del rito arbitrale, ossia la possibilità di proporre in ogni momento domande nuove — che come tali pure concorrono a modificare e ad allargare l'oggetto dell'arbitrato —, tema questo che a sua volta s'intreccia con la disciplina di cui all'art. 817 c.p.c. per il caso di mancato rilievo dell'incompetenza degli arbitri e conseguente estensione del *thema decidendum*. Difatti, se le domande successive sono ricomprese entro i confini del patto compromissorio, la modifica così compiuta è ammissibile sol che l'altra parte sia stata posta nella condizione di poter contraddire sulla stessa; ma, anche quando si sia al cospetto di una domanda che esula dai limiti tracciati dalla convenzione di arbitrato, essa può trovare ingresso nel procedimento se la controparte non eccepisca l'incompetenza degli arbitri ai sensi dell'art. 817 c.p.c., fermo naturalmente il limite invalicabile della non compromettibilità in arbitri di una determinata controversia, pena l'annullamento del lodo *ex art. 829, n. 1, c.p.c.*

In sostanza, quindi, si può ben enunciare che il rito arbitrale abbia un oggetto certamente elastico, che vede una sua prima generica individuazione nella convenzione di arbitrato, salvo essere poi meglio precisato nella domanda di arbitrato, la quale però è a sua volta ulteriormente specificabile e modificabile anche attraverso la successiva precisazione dei c.d. quesiti, attività che può ben spingersi sino ad una vera e propria *mutatio libelli* che è ammissibile anche oltre i limiti tracciati dal patto compromissorio, se l'altra parte non ne eccepisce prontamente il superamento <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> V. Coll. Arb. Catania, 1 febbraio 1996, in questa *Rivista*, 1997, 599 con nota di BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato, loc. ult. cit.*, in cui si chiarisce che per la domanda d'arbitrato non vi è alcuna norma nel codice di rito che disponga requisiti minimi, come accade invece per l'atto di citazione *ex art. 163 c.p.c.* V. anche Cass., 27 maggio 1957, n. 1947 in cui si enuncia che non occorre una esposizione analitica e formale dei fatti come avviene per l'atto di citazione e che i quesiti possono essere sviluppati anche nel corso del giudizio.

<sup>(18)</sup> VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale*, cit., 25; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1997, 63, in punto enunciava che la prassi di articolare il *petitum* mediante la formulazione di quesiti, senza parlare apertamente di domande, era da leggersi quale sintomo della ritrosia a riconoscere agli arbitri un potere di decisorio paragonabile a quello dei giudici statali.

<sup>(19)</sup> Contro una generale ammissibilità delle domande nuove nel giudizio arbitrale tranne che nell'ipotesi in cui l'avversario accetti il contraddittorio su di esse v. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., 37 ss.; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, 236 ss.; DALEFFE, *Alcune questioni sulla proponibilità, la forma e gli effetti delle domande nuove nel giudizio arbitrale*, cit., 808. *Contra*, invece, ossia nel senso che ai fini dell'ammissibilità della domanda nuova non occorre che la controparte accetti il contraddittorio

Le cennate conclusioni valgono naturalmente non solo per le allegazioni in fatto e per la formulazione delle domande, ma anche per le attività istruttorie. Nell'arbitrato, infatti, i termini, anche istruttori, non hanno mai natura perentoria. Anche in questo caso, ovviamente gli arbitri possono, se lo reputano necessario, fissare per la produzione dei documenti <sup>(20)</sup> o per la deduzione della prova contraria termini perentori opportunamente scanditi; tuttavia, allorché ciò non avvenga *expressis verbis*, i medesimi devono essere considerati ordinatori, con la conseguenza di lasciare alle parti maggior agio, seppur rallentando il giudizio <sup>(21)</sup>.

4. Si capisce che, in un simile contesto, la possibilità per gli arbitri di fissare delle preclusioni per il compimento di determinate attività processuali integra una vera e propria deviazione rispetto a quello che è l'assetto del rito come delineato dal legislatore.

La sentenza in esame, in particolare, lega tale possibile opzione al tema del necessario rispetto del principio del contraddittorio, il quale viene enfatizzato e definito quale principale crisma di legalità a cui gli arbitri devono ispirarsi nel dettare le norme di procedimento.

Tale argomento è tradizionale nella giurisprudenza della S.C., che riprende sul punto il classico orientamento alla luce del quale ove le parti compromittenti non abbiano fissato regole procedurali, gli arbitri possono regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno purché, come è espressamente stabilito dall'art. 816 *bis* c.p.c., sia rispettato il principio del contraddittorio; ossia, in altri termini, deve essere consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni e la collaborazione nell'accertamento dei fatti o di esporre i relativi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di

---

VECCHIONE, *L'arbitrato nel processo civile*, Milano, 1971, 370; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale* a cura di VERDE, Torino, 2005, 215; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 64 e ss.

<sup>(20)</sup> Rispetto ai quali, come è noto, in generale non vige, come per le prove orali, un giudizio preventivo di ammissibilità e di rilevanza, sicché per la loro acquisizione al processo operano soltanto limiti temporali, ossia le preclusioni istruttorie, che nel rito ordinario sono ad es. segnate dall'art. 183 c.p.c. e in appello dall'art. 345 c.p.c.; in ogni caso, anche nel processo avanti al giudice statale, è evidente come il problema di arginare la produzione tardiva di documenti sia avvertito, come si evince dalla progressiva chiusura dei *nova* anche con riferimento alla prova documentale, e come i tentativi per ovviare a tale criticità siano poco efficaci: la stessa S.C., 20 maggio 2005, n. 8203, che per prima ha anticipato la novella dell'art. 345 c.p.c., per enunciare che correttamente il giudice del secondo grado aveva escluso certi documenti in quanto tardivi, si è premurata di chiarire che in ogni caso detti documenti non erano rilevanti ai fini del decidere: con un evidente "corto circuito concettuale", che conferma che gli stessi giudici di legittimità sono disposti ad estromettere dal fascicolo un documento abusivamente entrato solo dopo averlo comunque valutato nel merito ed essersi sincerati che esso non fosse di alcuna utilità: così CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, *loc. ult. cit.*

<sup>(21)</sup> Cfr. per tutti MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, 85.

presentare entro i termini prefissati memorie, repliche e documenti, nonché di conoscere in tempo utile le istanze e richieste delle parti (22).

In sostanza la possibilità per gli arbitri di fissare termini perentori è ricondotta comunemente nell'alveo del potere degli arbitri di disciplinare liberamente le regole di procedura in difetto di scelta previamente operata dalle parti (23) e quindi, per questa via, al tema dello svolgimento del procedimento con il limite ultimo del rispetto del contraddittorio tra le parti, inteso come diritto di difesa, secondo quanto prospettato dall'art. 816 *bis* c.p.c.

Ne segue la piena possibilità per gli arbitri di organizzare il procedimento discostandosi anche dagli schemi più battuti del rito ordinario, a patto che non vi sia mai la negazione della possibilità di dedurre o contraddire (24), da assicurarsi beninteso in concreto, in quanto, come anche la decisione in commento ricorda, nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio non è un vizio formale, ma di attività: con la logica conseguenza che, ai fini della eventuale declaratoria di nullità, è necessario accertare la menomazione effettiva del diritto di difesa, tenuto conto della modalità del confronto tra le parti e della possibilità, per le stesse, di esercitare le facoltà processuali loro attribuite su un piano di uguaglianza (25).

Il principio non è invalso solo nell'arbitrato, per vero, ma è di portata talmente generale che vale anche per il giudizio ordinario: ad es., l'art. 360 c.p.c. n. 4, nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non è inteso a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma presidia e tutela un diritto all'eliminazione di eventuali *vulnera* subiti in concreto al diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato *error in procedendo*, con la conseguenza che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a

---

(22) Così Cass. 13 luglio 1994, n. 6579. Tale principio è pertanto violato, con conseguente nullità del lodo (art. 829 c.p.c.) e necessità di pronuncia nel merito da parte della Corte di Appello presso la quale il lodo è stato impugnato (art. 830 c.p.c.), nel caso in cui, concessa ad una parte la facoltà di depositare memorie e documenti anche dopo la chiusura dell'istruttoria, non sia data comunicazione all'altra parte del deposito né assegnato termine per eventuali osservazioni.

(23) Il che, in realtà, non avviene quasi mai, dando quindi pressoché quasi sempre modo agli arbitri di dettare essi stessi le regole di procedimento.

(24) V. Cass., 8 gennaio 2014, n. 131 e Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, secondo le quali allorché le parti non abbiano previsto l'applicazione nel procedimento arbitrale del rispetto delle forme del giudizio ordinario, la questione della lesione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto l'aspetto della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva negazione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte.

(25) Cass. 27 dicembre 2013, n. 28660.

determinarle segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa <sup>(26)</sup>.

5. La decisione in esame, oltre a spendere i surrichiamati tradizionali argomenti, enuncia però anche che uno degli indefettibili corollari del principio del contraddittorio è che ciascuna parte sia messa nella condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale, senza incorrere in decadenze “a sorpresa”.

In tal senso i giudici di legittimità richiamano, innanzi tutto, il condizionale insegnamento alla luce del quale la natura perentoria dei termini assegnati deve essere assoggettata ad un principio di conoscibilità, con la conseguenza che “è precluso di dichiarare inammissibile un atto o un'istanza, per inosservanza di uno di quei termini, ove non fosse anteriormente, nel modo e nel tempo congruo, stabilito e reso nota alle parti la regola in tal senso adottata”.

Ciò che peraltro appare innovativo è il ricollegare tale esigenza a quella di evitare un “effetto sorpresa”, approccio che apre la via ad una possibilità di speculazione teorica che, questa volta sì, è meno usuale in arbitrato, e che concerne la possibilità di richiamare quei principi che comunemente nel rito ordinario sono utilizzati per sostenere la scelta del legislatore di configurare il procedimento di cognizione secondo uno schema per fasi, scandite da chiare e rigide preclusioni (schema rispetto al quale l'arbitrato, come si è visto, è in generale lontano).

È noto come il tema più generale della modifica ammissibile della domanda, e del correlato divieto di domande nuove nel rito ordinario, sia stato sovente ricondotto al tema dell'introduzione del sistema delle preclusioni, il quale a sua volta ha attribuito valenza pubblicistica <sup>(27)</sup> all'esigenza, sottesa al divieto di *mutatio libelli*, di garantire il diritto di difesa ed il contraddittorio, nel senso di non disorientare l'avversario, assicurando in tal modo un celere e razionale svolgimento del giudizio <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630.

<sup>(27)</sup> In arg. v. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, 73 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.*, 2002, V, 24 ss.; ID., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 455 ss.; MONTELEONE, *L'attuale dibattito sugli orientamenti pubblicistici del processo civile*, 2005, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CEA, *Valori e ideologie del processo civile: le ragioni di un “terzista”*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 87 ss.

<sup>(28)</sup> Proprio al fine di criticare l'assetto del processo civile all'esito delle riforme che, dopo le rigide preclusioni introdotte con il Codice del 1942, condusse nel 1948 e sino al 1995 all'introduzione del regime opposto, la dottrina ha spesso richiamato un triplice ordine di argomenti, tra cui la concezione eccessivamente privatistica dell'oggetto del processo, i limiti posti dai principi del contraddittorio e del diritto di difesa, tutelati da norme costituzionali e radicalmente inderogabili, nonché il valore dell'ordinato e celere svolgimento del giudizio. La stessa Relazione al Senato della riforma del 1995 (v. la relazione sul d.d.l. n. 1288/S/X presentata dai senatori Acone e Lipari, per conto della Commissione giustizia del Senato, all'Aula)

È stato sulla scorta di tali ragionamenti che nel rito ordinario la modifica della domanda, un tempo di fatto ammissibile senza limiti se non quello dell'eccezione avversaria<sup>(29)</sup>, è stata criticata fino ad essere espunta dall'ordinamento, in quanto il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio portavano con sé il corollario della necessità di evitare "effetti sorpresa" in grado di disorientare la difesa della controparte<sup>(30)</sup>.

---

chiarisce che la finalità perseguita dalla riforma non era tanto imporre "alle parti una accelerazione dell'iter processuale non richiesta", ma proprio "consentire alla parte che abbia interesse ad una sollecita decisione sul merito di ottenerla, sventando ogni tattica dilatoria dell'avversario o l'eventuale inerzia del giudice". Sul punto, in giurisprudenza, seppure per vero in relazione al rito del lavoro ma in senso analogo, è interessante notare come sia stato enunciato anche che modello processuale fondato sulle preclusioni "risponde ad esigenze di ordine pubblico attinenti al funzionamento stesso del processo, in aderenza ai principi di immediatezza, oralità e concentrazione che lo informano": così Cass. sez. un. 13 luglio 1993, n. 7708, e, in motivazione, Cass. 15 gennaio 1986, n. 196, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1185. Sul d.l. 238/95 v. in generale COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 321 ss.; LUIO, *Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, c. 31 ss.; CONSOLO, *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, in *Corriere giur.*, 1995, 867 ss.; CAPPONI, *"L'ultimo" decreto-legge sulla riforma del rito civile*, *ibidem*, 771 ss.; CALIFANO, *Prima lettura del d.l. 21 giugno 1995, n. 238: i nuovi artt. 180 e 183 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 363 ss. Sulla novella di cui alla l. n. 353/90 v., sempre in via di commento ed inquadramento generale, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, spec. 66 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 130 ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 78 ss.; CONSOLO-LUIO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, I, Milano, 1991, 82 ss.; AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di Cipriani e Tarzia, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 71 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 86 ss.; AA.VV., *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 161 ss. In modo specifico circa il tema delle preclusioni dopo le cennate riforme, v. CAPPONI, *Atti introduttivi, prima udienza e preclusioni nel nuovo processo civile*, in *Documenti giust.*, 1995, c. 351 ss.; FRASCA, *Il giudizio civile di primo grado: la prima udienza e le preclusioni*, *ibidem*, 1994, c. 973 ss.; e LAPERTOSA, *Le preclusioni istruttorie nel giudizio di primo grado secondo la legge 353/90*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1086 ss.

<sup>(29)</sup> Con riguardo a procedimenti pendenti alla data del 30 aprile 1995, per i quali trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c. nel testo vigente anteriormente alla novella del 1990, cfr. Cass. 2 maggio 1997, n. 3813; Cass. 28 agosto 1993, n. 9133; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2091. In dottrina v. PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1973, 561. Prima della novella del 1990, il divieto della *mutatio libelli* non era inteso come assoluto, ma condizionato alla contestazione, ad opera dell'altra parte, dell'inammissibilità della domanda mutata di talché la mancata eccezione impediva al giudice di dichiarare l'inammissibilità della domanda nuova. Critico avverso la giurisprudenza maturata in quegli anni era CONSOLO, *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costruito giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 620 e ss., che evidenziava invece come dovesse essere prestata attenzione all'altro valore ispirativo del divieto di domande nuove dopo la prima udienza ossia la *ratio* pubblicistica dell'ordinato e celere corso del giudizio.

<sup>(30)</sup> Come da ultimo ribadito anche Cass. 28 gennaio 2015, n. 1585, nonostante la criticatissima Cass. 16 giugno 2015, n. 12310, secondo la quale *la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (petitum e causa petendi)*, quando tale modifica costituisca la soluzione più adeguata agli interessi della parte in relazione alla vicenda sostanziale dedotta in lite, con l'unico limite l'originario elemento identificativo soggettivo delle persone rimanga immutato e che la vicenda sostanziale sia uguale, o quantomeno "*connessa a vario titolo*" a quella dedotta in giudizio con l'atto introduttivo. Cfr. sul tema MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, 3190-3198; CEA, *Tra « mutatio » ed « emendatio libelli »: per una diversa interpretazione*, *ibidem*, 255 ss.; L.P.

L'effetto sorpresa che la decisione in esame vuole evitare, peraltro, a ben vedere non è quello creato dall'iniziativa della parte, bensì da quella degli arbitri, che non possono pertanto dichiarare decadenze e ritenere precluse attività processuali alle parti senza aver previamente chiarito che i termini da essi fissati avevano carattere perentorio.

In tale accezione, si può quindi enunciare di essere al cospetto di un profilo del principio del contraddittorio nuovo e diverso, che viene declinato in favore delle parti tutte e che è volto a tutelarle da scelte improvide degli arbitri piuttosto che dalla controparte.

Per conseguire tale risultato, molto condivisibilmente, è imposto dalla decisione un regime di pubblicità delle eventuali preclusioni introdotte, che si spiega e si comprende molto chiaramente alla luce del carattere di norma elastico, e non aduso a tali schemi, tipico del rito arbitrale.

6. La scelta di fissare alle parti termini perentori, espressamente stabiliti a pena di decadenza nel rispetto del contraddittorio, può essere utile per delineare il *thema decidendum* ed il *thema probandum* e poter così organizzare lo svolgimento del procedimento arbitrale con un maggiore controllo dei tempi dell'arbitrato, profilo assai rilevante in relazione al termine per la pronuncia del lodo.

Il problema è che la prassi mostra come, anche ove vi sia stata una precisa e manifesta opzione in tal senso, sovente le parti chiedano di essere ammesse a produrre nuovi documenti o formulino nuove istanze, anche istruttorie, in un momento successivo.

In simili ipotesi, per gli arbitri si apre uno scenario assai delicato, in quanto un'eccessivamente rigida applicazione delle preclusioni previamente fissate potrebbe rischiare di tradursi in una compressione del diritto di difesa delle parti, idoneo a prestare il fianco a possibili censure sotto il profilo del rispetto del contraddittorio nell'arbitrato, motivo per il quale il lodo è sempre impugnabile<sup>(31)</sup>.

La conseguenza è che, per evitare di esporsi a tale pericolo, gli arbitri, modificando il proprio precedente provvedimento, potrebbero essere portati a riaprire i termini e ad ammettere qualsiasi produzione, deposito od istanza successiva, con ciò però vanificando il senso delle regole di procedimento dagli stessi poste a suo tempo e consentendo alle parti — e più spesso a quella che ha interesse a procrastinare la decisione — di rimettere tutto in discussione: ed invero, consentire il deposito tardivo di

---

COMOGLIO, *Modificazione della domanda, tutela effettiva ed economia dei giudizi (nuovi poteri per il giudice?)*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 653 ss. Anche tale decisione, pur con tutte le criticità evidenziate dalla dottrina, ha per lo meno ribadito la *ratio* di fondo della modifica inammissibile, ossia evitare che la controparte possa esser "sorpresa" e veda compromesso il proprio diritto di difesa.

<sup>(31)</sup> E ciò vale sia per l'arbitrato rituale, sia per quello irrituale, giusta il disposto rispettivamente degli artt. 829 e 808 *ter* c.p.c.

un documento o di una memoria, ovvero ammettere la formulazione di qualche altro tipo di istanza, significa anche assegnare alla controparte un congruo termine a difesa per poter contro dedurre e contro produrre, ossia in una parola assicurare il diritto a contraddire. Il tutto, naturalmente, con allungamento dei tempi del procedimento arbitrale e creando una situazione non sempre semplice da conciliare con il rispetto del termine per la pronuncia del lodo e che rende necessario chiedere la proroga del termine <sup>(32)</sup>.

Per tale ragione, ad avviso di chi scrive, va salutata con favore la scelta di introdurre preclusioni nell'arbitrato, seppure nel solco del principio di previa conoscibilità richiamato dalla decisione in commento e volto ad evitare decadenze "a sorpresa", precetto che merita quindi piena adesione e che, tuttavia, deve essere integrato da una sorta di clausola di salvaguardia: ossia la precisazione che il rito arbitrale può essere sì considerato pienamente compatibile anche con un sistema fondato su nette (e previamente note) preclusioni, ma solo a patto che sia sempre consentito alle parti di poter produrre documenti o formulare istanze la cui esigenza è sorta in epoca successiva al decorso dei termini perentori. Diversamente, infatti, si avrebbe una lesione del diritto di difesa delle parti e, dunque, del principio del contraddittorio.

Per converso, quale logico e necessario corollario, va però enunciato anche che è sempre lo stesso principio del contraddittorio, declinato questa volta come necessità di evitare "effetti sorpresa" legati a tardive e strumentali iniziative della controparte, ad imporre agli arbitri di usare tale clausola di salvaguardia con grande parsimonia.

Il predetto principio deve essere infatti inteso anche come necessità di garantire, proprio a presidio del diritto di difesa di tutte le parti, un corretto e lineare svolgimento del procedimento, consentendo a ciascuna di esse la definizione del *thema decidendum* e lo svolgimento dell'attività di allegazione, eccezione e prova su di un piano di parità <sup>(33)</sup>: di talché esso va di necessità interpretato anche nel senso che gli arbitri non possono, né devono, ammettere la riapertura dell'istruttoria in relazione ad un documento o ad un'istanza che ben potevano essere prodotti o formulati in precedenza <sup>(34)</sup>.

Ed invero, rispetto del contraddittorio significa anche presidiare il

---

<sup>(32)</sup> Pericolo, questo, ricordato anche da CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1036 ss.

<sup>(33)</sup> Arg. ex Cass. 15 luglio 2014, n. 16164.

<sup>(34)</sup> Ovvero in relazione a documenti anche formati dopo, ma palesemente non rilevanti ai fini del decidere. Il "corto circuito concettuale" di cui parlava CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, cit., è in effetti sempre in agguato anche in questo ambito, ma nel caso del rito arbitrale probabilmente questo tipo di premura in più — ossia la verifica dell'utilità del documento stesso — è necessitato dal peculiare rilievo che la violazione del contraddittorio è sempre motivo di impugnazione del lodo.

corretto svolgimento del procedimento arbitrale — a maggior ragione in un contesto dove è lo stesso Codice di rito a prevedere che possano essere gli arbitri a dettare le regole per lo svolgimento del procedimento <sup>(35)</sup> — e prevenire possibili abusi ad opera delle parti <sup>(36)</sup>; con la conseguenza di non temere, se tali situazioni ricorrono, di usare rigore e ribadire le preclusioni ormai maturate, giusta anche il chiaro tenore della decisione in esame, che le sdogana completamente se utilizzate nel rispetto di alcune garanzie minime fondamentali.

FRANCESCA LOCATELLI

---

<sup>(35)</sup> Sicché è possibile dire che, nell'arbitrato forse ancor più che nel rito di cognizione ordinaria avanti al giudice dello Stato, in un certo senso sia forte e presente quel potere di direzione del processo che in Germania o in Austria è noto con il nome di *Prozessleitung*: cfr., ad es., i §§ 136-139, 140-150, 272-273 della ZPO tedesca, su cui v. anche ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 1969, § 62, I-IV, 295-300, nonché i §§ 180-192 della ZPO austriaca, che tradizionalmente si legano al concetto di *Prozeßökonomie*; in argomento v. anche, per il nostro ordinamento, L.P. COMOGLIO, « *Moralizzazione* » del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 131 ss., con *Postilla* di CAVALLONE, *ivi*, 158 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, cit., I, 25 ss., 40 ss., 129 ss. e 177 ss.

<sup>(36)</sup> Sul tema, in generale, v. L.P. COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, a commento di Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 26373, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1686 ss.



CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI civile, ordinanza 21 gennaio 2016, n. 1119;  
RAGONESI *Pres.*; MERCOLINO, *Est.*; ZENO *P.G.* (concl. conf.); Energo s.r.l. (avv.ti  
Latella e Caracciolo) c. UBI Leasing S.p.A.

### **Disponibilità del diritto - Compromettibilità in arbitri - Interessi usurari.**

*L'azione per l'accertamento della natura usuraria degli interessi dovuti in base ad un contratto di leasing, con la conseguente condanna della controparte alla restituzione di quanto indebitamente percepito a tale titolo, è suscettibile di deferimento alla decisione degli arbitri ai sensi dell'art. 806 cod. proc. civ., in quanto ha ad oggetto un diritto disponibile, senza che la dedotta nullità del contratto posto a base della domanda, che concerne, invece, il merito della pretesa, sia sufficiente ad escludere la competenza arbitrale, risultando illogico fare dipendere l'operatività della convenzione di arbitrato dalla decisione sul merito della controversia.*

CENNI DI FATTO. — 1. L'Energo s.r.l. in qualità di avente causa della Telecommunication & System s.r.l. da essa incorporata tramite la Global Service s.r.l., conviene in giudizio l'UBI Leasing S.p.A., per sentire accertare il carattere usurario degli interessi previsti dal contratto di leasing immobiliare stipulato dalla società incorporata con la convenuta, con la condanna di quest'ultima alla restituzione delle somme pagate ed al risarcimento dei danni.

La convenuta, eccipisce l'incompetenza del giudice adito invocando la clausola compromissoria contenuta nel contratto di leasing.

Con ordinanza del 27 ottobre 2014, il Tribunale di Roma declina la propria competenza in favore del collegio arbitrale, condannando l'attrice al pagamento delle spese processuali.

Avverso la predetta ordinanza l'Energo propone istanza di regolamento di competenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. A sostegno dell'istanza, la ricorrente contesta l'applicabilità dell'art. 806 cod. proc. civ., nel testo introdotto dal D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, osservando che, ai sensi dell'art. 27, comma 3 medesimo D. Lgs., esso si riferisce alle sole convenzioni di arbitrato stipulate dopo la sua entrata in vigore, mentre la clausola compromissoria in questione è stata stipulata il 9 gennaio 2001.

La domanda proposta dinanzi al Tribunale di Roma è volta infatti ad ottenere l'accertamento della natura usuraria degli interessi corrisposti sulle somme dovute in adempimento di un contratto di *leasing* stipulato dalla dante causa della ricorrente, con la conseguente condanna della resistente alla restituzione delle maggiori somme indebitamente percepite al predetto titolo: il fondamento della pretesa è pertanto costituito dall'inosservanza del limite oltre il quale, ai sensi dell'art. 644 cod. pen., come modificato dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, gli interessi devono considerarsi usurari, la cui verifica, in quanto attinente alla *causa petendi*, non ha carattere meramente incidentale, ma costituisce l'oggetto principale della controversia, in ordine al quale la decisione è destinata ad acquistare autorità di giudicato tra le parti. A dispetto delle sanzioni penali comminate per l'inosservanza delle norme in base alle quali deve aver luogo il predetto accertamento, la

cui violazione comporta la nullità della pattuizione relativa agli interessi, per illiceità dell'oggetto, la controversia ha peraltro riguardo ad un diritto disponibile, e deve pertanto considerarsi suscettibile di deferimento alla decisione degli arbitri, ai sensi dell'art. 806 cod. proc. civ.

Benvero, non può condividersi l'affermazione contenuta nell'ordinanza impugnata, secondo cui la compromettibilità della controversia dev'essere valutata sulla base del nuovo testo dell'art. 806 cit., introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 20 che esclude il deferimento agli arbitri delle controversie non aventi ad oggetto diritti disponibili, anziché alla stregua della formulazione previgente, secondo cui non erano suscettibili di definizione in via arbitrale le controversie che non potevano formare oggetto di transazione. Ai sensi del D.Lgs. n. 40 cit., art. 27, comma 3, le disposizioni dell'art. 20 si applicano infatti alle sole convenzioni di arbitrato stipulate dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo: esse non risultano pertanto applicabili alla controversia in esame, disciplinata dalla clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato il 9 gennaio 2001. Alla diversità delle due formulazioni non fa tuttavia riscontro, almeno per la parte che qui interessa, una sostanziale modificazione del significato della disposizione, il cui precedente riferimento alle controversie non suscettibili di transazione è stato sempre interpretato pacificamente nel senso emergente dall'art. 1966 cod. civ., il quale esclude la transigibilità delle controversie aventi ad oggetto diritti che, per natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

Ai fini dell'individuazione dei predetti diritti, non assume un rilievo determinante la circostanza che la disciplina del rapporto sia dettata da norme inderogabili, esistendo una pluralità di materie disciplinate da norme imperative, nell'ambito delle quali è riconosciuta alle parti la facoltà di disporre dei propri diritti, magari a determinate condizioni oppure nel rispetto delle modalità previste dalla legge (cfr. Cass., Sez. 1, 27 febbraio 2004, n. 3975).

La natura cogente delle disposizioni che disciplinano il rapporto non risulta d'altronde incompatibile con la volontarietà del deferimento delle relative controversie al giudizio degli arbitri, i quali sono comunque tenuti a farne applicazione ai fini della decisione: in tal senso depongono anche l'art. 829 cod. proc. civ., commi 3 e 4 che prevedono l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, sia pure in presenza di un'espressa determinazione delle parti o di legge, ammettendola in ogni caso nelle controversie di cui all'art. 409 cod. proc. civ. o quando la violazione riguardi la soluzione di questioni pregiudiziali su materie che non possono costituire oggetto di convenzione di arbitrato.

L'inderogabilità delle disposizioni che disciplinano la determinazione del tasso d'interesse, stabilendo condizioni e limiti per la pattuizione d'interessi extralegali e comminando sanzioni penali per l'imposizione d'interessi usurari, pur comportando la nullità dei patti stipulati in violazione delle stesse, non è dunque sufficiente ad escludere la deferibilità agli arbitri delle controversie riguardanti il pagamento di somme dovute a tale titolo, ovvero, come quella in esame, la restituzione di quelle al medesimo titolo corrisposte, trattandosi di domande che trovano fondamento in diritti disponibili. Nessun rilievo può assumere, in contrario, la circostanza che la relativa pronuncia presupponga un apprezzamento in ordine alla validità delle predette pattuizioni, da condursi alla stregua della

disciplina legale del rapporto, ed in particolare delle norme che limitano l'autonomia negoziale delle parti, dal momento che l'art. 1972 cod. civ., nel prevedere l'invalidità della transazione relativa ad un titolo nullo, non esclude affatto la transigibilità delle controversie riguardanti la nullità del contratto o coinvolgenti comunque un accertamento in ordine alla sua validità, ma si limita a comminare, a posteriori ed a determinate condizioni, la nullità o l'annullabilità della transazione che abbia avuto ad oggetto un contratto effettivamente viziato. Il comma 2 di tale disposizione, prevedendo che la nullità del titolo è causa d'invalidità della transazione soltanto se non era conosciuta da colui che ha transatto, esclude d'altronde la possibilità d'invocarla nel caso in cui le parti abbiano inteso, attraverso la transazione, porre fine ad una controversia avente ad oggetto proprio l'eccepita nullità del titolo (cfr. Cass., Sez. lav., 2 novembre 1992, n. 11871; Cass., Sez. 2, 11 maggio 1977, n. 1834; Cass., Sez. 1, 26 aprile 1969, n. 1356): ma se alle parti è consentito di prevenire o risolvere le contestazioni riguardanti la nullità attraverso la definizione in via transattiva delle pretese reciprocamente vantate sulla base del titolo nullo, non vi è ragione di negare alle stesse la facoltà di rimettere agli arbitri ogni determinazione in ordine alle rispettive spettanze, previo accertamento dell'effettiva sussistenza della causa di nullità. In contrario, non vale sottolineare il fondamento volontario dell'arbitrato, il quale, come già precisato da questa Corte, non consente di limitarne l'ambito applicativo alle sole controversie aventi natura squisitamente economica, non essendo configurabile, in ordine a quelle di carattere giuridico, un monopolio della giurisdizione statale: rispetto a quest'ultima, l'arbitrato rituale svolge peraltro una funzione sostitutiva, con la conseguente estensione della cognizione degli arbitri a tutte le questioni la cui risoluzione si presenta necessaria per giungere alla decisione, ivi comprese, ai sensi dell'art. 819 cod. proc. civ. (nel testo, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 22), quelle pregiudiziali vertenti su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, e restando escluse soltanto quelle che per legge debbano essere decise con efficacia di giudicato (cfr. Cass., Sez. 1, 27 febbraio 2004, n. 3975, cit; 10 maggio 1999, n. 4622; Cass., Sez. 3, 19 dicembre 2000, n. 15941).

Nel contestare tali conclusioni, la ricorrente ribadisce che, in quanto sanzionata anche penalmente, la pattuizione d'interessi usurari deve ritenersi nulla per illiceità dell'oggetto, ed invoca pertanto il dettato dell'art. 1972 c.c., comma 1, evidenziando che, a differenza del comma 2, tale disposizione dichiara nulla la transazione relativa ad un contratto illecito, anche nel caso in cui le parti abbiano avuto conoscenza di tale illiceità. In dottrina, si è peraltro rilevato che la predetta nullità trova giustificazione non già nell'intento d'impedire la definizione in via transattiva di rapporti derivanti da titoli in ordine ai quali sia stata sollevata una questione di nullità per illiceità, ma nella volontà dell'ordinamento di escludere, in presenza di un'effettiva illiceità del contratto, la possibilità di ricollegarvi qualsiasi effetto, ivi compresi quelli che potrebbero eventualmente derivare dalle concessioni reciprocamente effettuate dalle parti nell'ambito di una transazione. In quest'ottica, l'illiceità del contratto dal quale deriva la controversia deferita al giudizio degli arbitri non è necessariamente destinata a ripercuotersi sulla validità del lodo, il cui contenuto può anche esaurirsi nella dichiarazione di nullità del contratto e nella rimozione degli effetti dallo stesso prodotti *contra legem*; per converso, l'eventuale attribuzione di effetti al contratto illecito da parte degli

arbitri non si pone senz'altro in contrasto con l'art. 1972, comma 1, cit., in quanto, comportando la violazione di una norma di diritto, si traduce in un vizio del lodo che può essere fatto valere come motivo d'impugnazione ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 3.

In definitiva, la nullità (per illiceità o per altra causa) del contratto posto a fondamento della domanda attiene al merito della pretesa avanzata in giudizio, e la sua allegazione non può quindi considerarsi sufficiente ad escludere la competenza degli arbitri in ordine alla controversia loro deferita, come nella specie, sulla base di un patto compromissorio valido, neppure nel caso in cui tale allegazione si riveli fondata, non apparendo logico far dipendere l'operatività della convenzione di arbitrato dalla decisione sul merito della controversia.

(*Omissis*).

3. Il ricorso va pertanto rigettato, senza che occorra provvedere al regolamento delle spese processuali, avuto riguardo alla mancata costituzione dell'intimata.

### **Sulla compromettibilità in arbitri della lite avente ad oggetto il pagamento di interessi usurari.**

1. La Corte di Cassazione è stata chiamata a definire se la lite avente ad oggetto il pagamento di interessi usurari possa essere validamente decisa dagli arbitri. A tale fine, secondo la formulazione applicabile *ratione temporis*, l'art. 806 c.p.c. prevedeva: « *le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle (...) che non possono formare oggetto di transazione* ». In adesione al dato letterale la Corte avrebbe potuto dire: l'art. 1972 c.c. comma 1° sancisce la nullità della transazione relativa a un titolo illecito; la pattuizione e la corresponsione di interessi usurari integra la fattispecie di reato di cui all'art. 644 c.p. ed è quindi illecita<sup>(1)</sup>; pertanto, la controversia avente ad oggetto la pattuizione e la dazione di interessi usurari, essendo intransigibile, non è suscettibile di essere devoluta agli arbitri<sup>(2)</sup>. La Cassazione invece ha adottato un approccio più articolato ed è giunta ad una soluzione diametralmente opposta; la stessa alla quale a suo dire sarebbe giunta se avesse

---

<sup>(1)</sup> Secondo la sentenza in commento l'illiceità atterrebbe all'oggetto del contratto di *leasing*; secondo un'altra ricostruzione la pattuizione di interessi usurari darebbe luogo ad illiceità della causa, v. Cass. Sez. III, 16 settembre 2013, n. 21098; Cass. Sez. III, 3 aprile 2009, n. 8138; Cass. Sez. III, 7 marzo 2002, n. 3326; Cass. Sez. II, 27 agosto 1994, n. 7553; Cass. Sez. II, 26 agosto 1993, n. 9021. La divergenza di vedute sembrerebbe dipendere da una diversa ricostruzione della nozione di causa del contratto, cfr. DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 337; RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, fasc. 5, 581; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2014, 384 e ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. Trib. Roma 5 febbraio 1962, citata in SATTÀ S., *Commentario al codice di procedura civile*, Libro IV, parte II, Milano, 1971, 208.

applicato l'art. 806 c.p.c. nella sua formulazione successiva alla riforma di cui al D.Lgs. n. 40/2006 <sup>(3)</sup>.

La prima considerazione attiene al metodo seguito. Subito dopo aver ricapitolato brevemente i fatti della vicenda, la Suprema Corte qualifica espressamente come diritto disponibile quello azionato con la domanda tesa alla declaratoria della natura usuraria degli interessi pattuiti e alla restituzione delle somme pagate a tale titolo. Fatto ciò, la Suprema Corte argomenta e motiva la dedotta disponibilità del diritto azionato, escludendo che lo stesso sia « indisponibile » sotto due peculiari profili: l'inderogabilità della normativa e l'intransigibilità del diritto.

Con tale approccio la Cassazione pare dare ragione a coloro che ritengono che la disponibilità del diritto sia la norma, la non arbitrabilità l'eccezione <sup>(4)</sup>. È quindi onere della parte che sostiene l'indisponibilità del diritto dimostrare fondatamente incompromettibilità della lite.

Quanto alla definizione in negativo di « diritti disponibili » <sup>(5)</sup> la Corte di Cassazione afferma che non sono necessariamente indisponibili i diritti che scaturiscono da norme inderogabili. Con ciò si sostiene che l'inderogabilità della disciplina sull'usura non valga ad escludere la cognizione degli arbitri sulla controversia. La Corte però non fa un elenco completo di quali diritti non siano indisponibili, né fornisce un'analisi complessiva dei vari orientamenti attorno alla nozione di « indisponibilità » di cui all'art. 806 c.p.c.

La seconda considerazione attiene ai rapporti tra la transazione e l'arbitrato e mette in luce come l'illiceità del titolo dedotto escluda la possibilità della prima, non della seconda. Più nello specifico, la transazione si caratterizza per l'*aliquid datum aliquid retentum* e quindi, proprio per mezzo di queste reciproche concessione, porta alla realizzazione delle finalità anti giuridiche sottese alla illiceità della causa o dell'oggetto <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Si esprimeva in termini scettici sulla effettiva portata innovativa della riforma del 2006 CORSINI F., *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, fasc. 5, 516; diversamente metteva in risalto la portata innovativa della riforma RICCI G. F., *La convenzione arbitrale e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, fasc. 3, 760; ID., *Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. Nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 2, 268 e 271; così anche ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 806*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., Padova, 2010, 5.

<sup>(4)</sup> In dottrina RUFFINI G., *sub art. 806 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C., Milano, 2013, 1470 § 104; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 806*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, 6; dello stesso avviso sembrerebbe MOTTO A., *sub art. 806 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio A. e Capponi B., Padova, 2009, Vol. III.2, 472.

<sup>(5)</sup> SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato: art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura civile*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2014, 14: « è molto più facile indicare quando (...) il diritto non è indisponibile, che trovare una definizione di disponibilità capace di adattarsi alle diverse situazioni o materie »; così anche ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato*, *op. cit.*, 22; ID., *sub art. 806 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, 6.

<sup>(6)</sup> Cfr. ROVELLI L., *La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento*, in *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA G., VIGORITI V.,

L'arbitrato invece ha funzione decisoria e ben potrebbe limitarsi ad accertare la nullità per illiceità. Inoltre, qualora per errore ciò non dovesse avvenire, rimarrebbe aperta la via dell'impugnazione (7).

Nel complesso però la Cassazione non fornisce alcuna argomentazione a sostegno della disponibilità del diritto azionato con la domanda di accertamento della usurarietà degli interessi pattuiti e di restituzione delle somme versate a tale titolo, né esclude compiutamente che tale diritto sia indisponibile sulla base dei criteri variamente elaborati. La Suprema Corte, in conformità con l'approccio per cui la disponibilità del diritto sarebbe la norma e l'indisponibilità l'eccezione, si limita a contrastare le tesi addotte dalla parte ricorrente a sostegno dell'istanza di regolamento di competenza. Lo scopo delle pagine che seguono allora è quello di provare a saggiare la dedotta disponibilità del diritto azionato con la domanda attorea.

2. Che l'inderogabilità della normativa applicabile alla controversia non escluda di per sé la compromettibilità della lite è cosa certa in dottrina (8), meno in giurisprudenza (9). La ritenuta arbitrabilità delle

---

Torino, 2013, 80 il quale rileva come l'elemento delle reciproche concessioni dimostra soltanto « che il regolamento transattivo è diverso dalla situazione giuridica prospettata dalle parti nella pretesa e, rispettivamente, nella contestazione; ma non dimostra che è diverso dalla situazione reale » cit. FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 508.

(7) Concordi con la riferita caratterizzazione del rapporto tra transazione e arbitrato: FESTI F., *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. Giur.*, 1997, fasc. 12, 1444; RICCI G. F., *La convenzione arbitrale e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, op. cit., 760; ID., *Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. Nuovi orizzonti dell'arbitrato*, op. cit., 267; RUFFINI G., sub art. 806 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Benedettelli M.V., Radicati di Brozolo L., Padova, 2010, 32, § 6; ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub art. 806 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di Carpi F., 2007, Bologna, 18; ID., sub art. 806 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini S., Padova, 2010, 5. Diversamente invece DE NOVA G., *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, fasc. 1, 406, sembrerebbe ritenere estraneo al novero delle liti compromettibili in arbitri, anche rituali, le controversie aventi ad oggetto l'illiceità del contratto. Così anche CRISCUOLO F., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, nota a Trib. Milano 14 aprile 1997, in questa *Rivista*, 1997, fasc. 2, 280, 281; ID., *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, 360.

(8) Concordi in dottrina BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, 61 e ss.; BOVE M., *Il patto commissorio rituale*, *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 3, 406; DANOVÌ F., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 142; LICCI P., sub art. 806 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio L.P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R., Torino, 2014, 56; GALLETTO T., *La clausola compromissoria e il compromesso*, in *Arbitrato, ADR e conciliazione*, a cura di Rubino Sammartano M., Bologna, 2009, 122 e ss.; MOTTO A., sub art. 806 c.p.c., op. cit., 472 e ss. specialmente 482; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, 116, 117; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2012, 447; RUFFINI G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, fasc. 1, 142, 143 ivi ulteriori riferimenti sub nota n. 25; ID., sub art. 806 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo C., Milano, 2013, 1485, § 160; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, op. cit., 4; VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde G., Torino, 2005, 93 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub art. 806, op. cit., 6. CONSOLO C., MARINUCCI E., *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e*

controversie regolate da norme inderogabili si fonda sulla distinzione tra le nozioni di inderogabilità e indisponibilità. La prima attiene alla possibilità che le parti configurino un determinato diritto in un certo modo piuttosto che in un altro; l'indisponibilità pertiene invece alla facoltà delle parti di privarsi di detto diritto<sup>(10)</sup>, ovvero di disporre liberamente della relativa azione<sup>(11)</sup> — in qualunque modo il diritto controverso sia configurato. Posta questa distinzione, pare chiaro che il “modo” di configurarsi di un diritto dice poco o nulla sulla possibilità che il titolare se ne disfi, ovvero disponga della relativa azione.

Seguendo una diversa linea argomentativa, parte della giurisprudenza ritiene di dedurre dalla natura inderogabile della norma la sussistenza di interessi superindividuali, indicatori della indisponibilità del diritto. Più precisamente, si argomenta che quando l'infrazione di tale interessi determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsivoglia iniziativa di parte, in tal caso, è possibile qualificare il diritto in capo alle parti come indisponibile<sup>(12)</sup>. Simile impostazione, specificamente riferita alle controversie societarie, è da tempo oggetto di una triplice critica che si ritiene ne abbia sconfessato l'errore di base<sup>(13)</sup>.

Si è infatti contestato che nel novero delle controversie societarie si possa propriamente distinguere tra interessi del singolo e interessi sociali<sup>(14)</sup>; inoltre, la rilevanza superindividuale degli interessi dedotti nel-

---

*arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 2, 226 mettono in luce come l'inderogabilità della normativa non esclude la compromettibilità della lite sia alla base degli articoli 2 e 12 del D. Lgs. n. 28/2010.

<sup>(9)</sup> Diversamente dalla sentenza in commento v. Cass. Sez. VI, Ord. 25 giugno 2014, n. 14437; Cass. Sez. VI, Ord. 30 ottobre 2012, n. 18671, con nota di SALVANESCHI L., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla « competenza » a deciderle*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, 914 e ss.; sentenza commentata anche da CONSOLO C., MARINUCCI E., *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, *op. cit.*, 217 e ss. Con la sentenza da ultimo citata la Corte afferma che « perché l'interesse possa essere qualificato come “indisponibile” è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte »; così anche Cass. Sez. I, 23 febbraio 2005, n. 3772, v. *amplius* SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, 29; v. anche Cass. Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27; Cass. Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 928. Tra le più recenti v. Trib. Milano, 12 gennaio 2010, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Ai confini dell'arbitrabilità: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. Comm.*, 2011, fasc. 6, II, 1433 e ss. In termini solo apparentemente innovativi, recentemente Trib. Firenze, Sez. III Civ., 21 marzo 2016, n. 1129.

<sup>(10)</sup> BIAMONTI L., *Arbitrato (dir. proc. civ.: rituale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 899 e ss., specialmente nota n. 49; BARBERO D., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1955, 109; VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, 67 e ss.

<sup>(11)</sup> V. *infra* note n. 17 e 18.

<sup>(12)</sup> Cfr. la giurisprudenza di cui *supra* nota n. 9.

<sup>(13)</sup> Le critiche di seguito trasposte sono riportate in RUFFINI G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *op. cit.*, 141 e ss.

<sup>(14)</sup> Oltre alla nota precedente v. anche VERDE G., *La convenzione di arbitrato*, *op. cit.*, 6 e ss.; RICCI G. F., *La convenzione arbitrale e le materie arbitrabili nella riforma*, 764; *Id.*, *Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. Nuovi orizzonti dell'arbitrato*, *op. cit.*, 270; ZOPPINI A., *I « diritti disponibili relativi al rapporto sociale » nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2006, fasc. 5, 1180.

l'arbitrato non inciderebbe sulla oggettiva compromettibilità degli stessi — al limite richiederebbe il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati; infine, gli interessi di eventuali creditori sociali e di terzi troverebbero nell'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 c.p.c. lo strumento di tutela. Si è così obiettato che, applicando la tesi criticata, si sarebbe arrivati a considerare incompromettibili controversie che invece ben avrebbero potuto essere devolute alla cognizione arbitrale <sup>(15)</sup>.

Eliminato il dubbio che la eventuale sussistenza di interessi superindividuali sottesi alla materia controversa possa portare alla indisponibilità del diritto, la conclusione per cui l'inderogabilità della norma non implica l'indisponibilità del diritto è pienamente condivisibile.

Parimenti condivisibile è l'assunto per cui la dedotta illiceità del titolo azionato non esclude di per sé la *potestas iudicandi* degli arbitri. Assunzione questa apprezzabile in ragione delle nette differenze tra la transazione e l'arbitrato, tuttavia difficilmente spiegabile alla luce della chiara disposizione dell'art. 806 c.p.c. *ante* riforma. Detta norma escludeva testualmente l'arbitrabilità delle controversie non transigibili e quindi, ai sensi dell'art. 1972 c.c., escludeva l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto un titolo illecito. L'affermazione per cui, in costanza del testo *ante* riforma dell'art. 806 c.p.c., la *potestas iudicandi* degli arbitri non è esclusa dalla pretesa illiceità del titolo dedotto, presuppone quindi una lettura della norma epurata dal riferimento alla transazione <sup>(16)</sup>.

Posta quindi la condivisibilità dei motivi che hanno portato la Cassazione a rigettare il regolamento di competenza proposto, rimane però indimostrata la concreta disponibilità del diritto azionato. A tal fine, occorre ricapitolare brevemente e senza alcuna pretesa di completezza le principali interpretazioni di « indisponibilità » elaborate in dottrina.

### 3. È doveroso premettere che si tratta di una nozione di « indispo-

---

<sup>(15)</sup> Così RUFFINI G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *op. cit.*, 142, 143, cfr. anche ulteriori fonti *sub* note n. 27, 28, 29, 30 e 31. Critico anche RICCI E., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, *op. cit.*, 763; tra i più recenti v. MOTTO A., *sub* art. 806 c.p.c., *op. cit.*, 473, nota n. 27: « i giudizi sulla compromettibilità si risolvono, in realtà, in valutazioni contingenti (...) il che conduce inevitabilmente ad esiti contraddittori connotati da un alto grado di empirismo »; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, Vol. I, 446; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, 17 e ss.

<sup>(16)</sup> Il richiamo alla transazione contenuto nel testo previgente dell'art. 806 c.p.c. poteva vantare una certa dignità storica ma appariva poco coerente con il diritto positivo. V. la ricostruzione storica compiuta da HENKE A., *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, fasc. 4-5, 1030; PARINI VINCENTI S., *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile*, Milano, 2011, 212. Ulteriori cenni storici in TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità, modelli, regole e prassi*, Milano, 2006, 91, specialmente *sub* nota n. 101, ove si riportano le fonti a sostegno del brocardo riferibile a Baldo degli Ubaldi: « *arbitramentum est quedam transactio* ».

nibilità » peculiare e propria rispetto alla fattispecie dell'art. 806 c.p.c. <sup>(17)</sup>; nozione che alcuni ascrivono al profilo del potere abdicativo del diritto <sup>(18)</sup>, oppure alla facoltà delle parti di demandare agli arbitri la decisione sulla controversia <sup>(19)</sup>. Altri ancora ritengono che la previsione della obbligatorietà dell'intervento del Pubblico Ministero sia chiaro indice della indisponibilità del diritto <sup>(20)</sup>.

Le riferite interpretazioni della nozione di indisponibilità sono state oggetto di critica in via generale e l'impressione è che, all'atto pratico, non riescano a fornire chiari indicazioni rispetto all'arbitrabilità della controversia in oggetto.

Rispetto alla soluzione da ultimo prospettata, si è obiettato che la previsione della obbligatorietà dell'intervento del Pubblico Ministero possa in caso giustificare un limite legislativo all'arbitrabilità. Non sussisterebbe invece una equivalenza biunivoca tra intervento del P.M. e indisponibilità del diritto <sup>(21)</sup>. Infatti, vi sarebbero diverse controversie su diritti indisponibili nelle quali non sarebbe necessario l'intervento del Pubblico Ministero, il quale tuttavia può intervenire in tutte le cause nelle quali ravvisi un interesse pubblico <sup>(22)</sup>.

Anche le ulteriori definizioni di « indisponibilità » sopra ricordate non sembrano in grado di fornire un sicuro appoggio per definire concretamente quali controversie siano arbitrabili. Così, se si ha riguardo al potere abdicativo del diritto e si dice che sono arbitrabili le controversie aventi ad oggetto diritti cui le parti possono validamente rinunciare, si rischia di appiattire la disciplina dell'arbitrato su quella della transazione. Cosa non auspicabile per i motivi sopra esposti.

Né varrebbe sostenere che sarebbero arbitrabili tutte le controversie aventi ad oggetto diritti che le parti possono decidere di non tutelare o di non azionare. Per un verso la scelta di tutelare o meno i propri diritti attiene ai moti interni dello spirito. Per altro verso, risulterebbero escluse

---

<sup>(17)</sup> Cfr. MOTTO A., *sub art. 806 c.p.c., op. cit.*, 481 e ss.; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato, op. cit.*, 11; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 806, in La nuova disciplina dell'arbitrato, op. cit.*, 9.

<sup>(18)</sup> VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, 67 e ss.

<sup>(19)</sup> MOTTO A., *sub art. 806 c.p.c., op. cit.*, 487.

<sup>(20)</sup> FESTI F., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 133 e ss.; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, op. cit.*, Vol. I, 402, ivi ulteriori riferimenti in dottrina. Critico BERLINGUER A., *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA G., VIGORITI V., Torino, 2013, 354.

<sup>(21)</sup> BERLINGUER A., *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, op. cit.*, 354; LICCI P., *sub art. 806 c.p.c., op. cit.*, 33; LUISO F.P., *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc. 3, 710; MOTTO A., *sub art. 806 c.p.c., op. cit.*, 482; RUFFINI G., *sub art. 806 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato, op. cit.*, 1482; ID., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, fasc. 2, 505.

<sup>(22)</sup> CONSOLLO C., *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in questa *Rivista*, 2003, fasc. 2, 247.

dalla cognizione arbitrale solamente quelle controversie per le quali il Pubblico Ministero risulti munito del potere di azione<sup>(23)</sup>. Così però si arriverebbe a considerare arbitrabili controversie rispetto alle quali, sebbene il Pubblico Ministero non risulti munito del potere di azione, i diritti contesi sono sicuramente indisponibili — ad esempio i diritti all'immagine e al nome.

Le interpretazioni sopra proposte della nozione di « indisponibilità », oltre ad essere oggetto di critica a livello generale<sup>(24)</sup>, paiono di scarso aiuto anche nella soluzione del caso in commento. L'impressione è che se la Corte avesse preso come punto di riferimento la disponibilità dell'azione<sup>(25)</sup> anziché il rapporto tra l'arbitrato e la transazione, probabilmente sarebbe giunta a conclusioni diametralmente opposte. Infatti, se da un lato è certo che gli arbitri possano pronunciarsi sulle conseguenze economiche derivanti dalla commissione di un reato<sup>(26)</sup>, meno certo è se gli arbitri possano giudicare sulla domanda di parte diretta all'accertamento della violazione dell'art. 644 c.p. Ciò perché, se si dovesse dire che sono compromettibili le controversie per le quali le parti mantengono il potere di disporre della relativa azione, potrebbe sorgere il dubbio che, essendo l'usura un reato, per di più perseguibile d'ufficio, il potere delle parti di disporre dell'azione sia escluso. A ciò si aggiunga che, data la rilevanza d'ufficio dell'usurarietà degli interessi pattuiti<sup>(27)</sup>, si potrebbe ulteriormente dubitare della possibilità di disporre liberamente dell'azione diretta all'accertamento del superamento del tasso soglia.

Fermo l'apprezzamento per la soluzione posta dalla Cassazione al caso concreto, ispirata a pragmatismo e coerente con il metodo esposto in

---

<sup>(23)</sup> Anche l'adozione del criterio che ravvisa l'indisponibilità del diritto nell'esclusione di qualsiasi forma di autonomia privata pare porti al medesimo risultato. Ciò in quanto l'autonomia privata alla quale si riferisce è proprio quella relativa alla disposizione dell'azione, cfr. MOTTO A., *sub* art. 806 c.p.c., *op. cit.*, 487.

<sup>(24)</sup> Cfr. VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, 5, il quale ipotizza che la *ratio* della disposizione di cui all'art. 806 c.p.c. sia quella di riaffermare, seppure in maniera ridotta, il monopolio della giurisdizione statale. Se così fosse, la rilevanza del requisito della disponibilità del diritto sarebbe destinata a perdere rilevanza con la tendenziale equiparazione funzionale dell'arbitrato e del processo innanzi l'autorità statale. Di contrario avviso RUFFINI G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, *op. cit.*, 149 e 150; dubbioso CONSOLO C., *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, *op. cit.*, 253, v. *ivi* nota n. 23.

<sup>(25)</sup> *Contra* Cass. Sez. VI, Ord. 25 giugno 2014, n. 14437, la quale afferma: « la disponibilità va riferita non all'azione, ma al contenuto del diritto, che deve ritenersi nel caso di specie esclusa, dato che non può certamente affermarsi che il socio possa rinunciare alla chiarezza, verità e correttezza della situazione patrimoniale sociale ». Diversamente dalla sentenza citata v. SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato: art. 806-840*, *op. cit.*, 23.

<sup>(26)</sup> PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2012, 430; RUFFINI G., *sub* art. 806 c.p.c., *op. ult. cit.*, 1483; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub* art. 806, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, 14. Così anche la giurisprudenza v. Cass. Sez. I, 26 gennaio 1988, n. 664; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3505.

<sup>(27)</sup> Da ultimo v. Cass. Sez. I, 30 ottobre 2015, n. 22180; Cass. Sez. I, 30 ottobre 2013, n. 24483; Cass. Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350.

apertura, rimane però aperto il quesito di come qualificare il diritto azionato con la domanda di accertamento dell'usurarietà e di restituzione delle somme versate *sine causa*. A tal fine, più che sulla nozione di indisponibilità *ex art. 806 c.p.c.*, sembra opportuno soffermarsi sulla sostituzione automatica della clausola usuraria ai sensi dell'art. 1815 c.c. <sup>(28)</sup>.

4. Come noto, la nullità o l'illiceità di una singola clausola non porta alla nullità dell'intero contratto, salvo il caso in cui essa clausola rappresenti il momento essenziale del regolamento negoziale voluto dalle parti <sup>(29)</sup>. Eventualità questa esclusa *a priori* ai sensi dell'art. 1419 comma 2° c.c., qualora la clausola nulla venga sostituita di diritto da norme imperative <sup>(30)</sup>. Tanto porta a dire che la pattuizione di interessi in misura usuraria non affligge l'intero contratto di *leasing*, data comunque la sostituzione automatica del tasso usurario con la norma di cui all'art. 1815 comma 2° c.c. <sup>(31)</sup>, per cui nulla è dovuto a titolo di interessi. Tale norma sottende alla migliore tutela del debitore, il quale, in caso di dichiarazione di nullità dell'intero contratto, si troverebbe soggetto all'obbligo di restituire quanto ottenuto in forza del titolo dichiarato nullo <sup>(32)</sup>. Posta la *ratio*, alcuni Autori danno una spiegazione "volontaristica" del meccanismo di funzionamento della sostituzione automatica. In quest'ottica il legislatore porrebbe una presunzione per cui, se le parti avessero cono-

---

<sup>(28)</sup> Per ragioni di sintesi è necessario dare per scontata l'applicabilità dell'art. 1815 comma 2° c.c. al contratto di *leasing*. Per un approccio problematico cfr. DAGNA P., *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, 64 e ss.

<sup>(29)</sup> DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, fasc. 3-4, 435 e ss.; DE NOVA G., SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di De Nova G., Sacco R., Torino, 1993, 500; VASSALLI F., *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, fasc. 3-4, 467 e ss.; cfr. sul tema specifico dell'usura QUADRI E., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 62 e ss.

<sup>(30)</sup> DE NOVA G., SACCO R., *Il contratto*, *op. cit.*, 508.

<sup>(31)</sup> V. INZITARI B., *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, fasc. 3, 257 e ss.; DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, fasc. 12, 479 e ss.; MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, fasc. 1, 1 e ss.; PALMIERI A., *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato?*, nota a Trib. Velletri, (ord.) 30 aprile 1998, Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 1609 e ss. Altri esempi di sostituzione automatica della disposizione pattizia contraria a norma imperative sono dati dall'art. 41 L. 1150/1942 — in materia di vincoli di destinazione urbanistica — e dall'art. 79 L. 392/1978 — in materia di locazione di immobili urbani; cfr. Cass. Sez. II, 10 luglio 1991, n. 7631; Cass. Sez. III, 5 giugno 2009, n. 12996. Rimane controversa — ed esorbita dai limiti della presente analisi — la questione circa la sostituzione del tasso di interessi di cui si lamenta l'usura sopravvenuta con il cd. "tasso soglia".

<sup>(32)</sup> L'affermazione è pacifica, così BONILINI G., *La sanzione civile dell'usura*, in *I contratti*, 1996, fasc. 3, 223 e ss., specialmente *sub* nota n. 20. In riferimento alla disciplina generale della sostituzione automatica *ex multis* DE NOVA G., *op. ult. cit.*, 451; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 919; RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 40 e ss.; SARACINI E., *Nullità e sostituzione automatica di clausole*, Milano, 1971, 41 e ss.

sciuto il motivo di invalidità, avrebbero rettificato il contratto <sup>(33)</sup>. Inoltre, a seguito della sostituzione automatica della clausola nulla, il vizio che astrattamente avrebbe dovuto invalidare l'intero contratto invece fa sì che questo produca effetti — seppur parzialmente diversi da quelli voluti <sup>(34)</sup>. I tre elementi appena visti — il *favor debitoris* sotteso al meccanismo di sostituzione automatica, il fondamento volontaristico dello stesso, nonché la circostanza per cui il contratto produca effetti, seppur diversi da quelli originariamente previsti — dovrebbero allora condurre a riconoscere una qualche rilevanza ed efficacia alla volontà negoziale trasfusa nel contratto di *leasing* con tasso usurario; proprio quella volontà negoziale la cui rilevanza giuridica e meritevolezza sono alla base dell'arbitrabilità della controversia <sup>(35)</sup>. Se così è, pare si possa affermare con un discreto margine di sicurezza che, ai fini dell'art. 806 c.p.c., il diritto avente ad oggetto l'accertamento della natura usuraria degli interessi e la restituzione delle somme versate a tale titolo abbia natura disponibile.

BEKA TAVARTKILADZE

---

<sup>(33)</sup> SARACINI E., *Nullità e sostituzione automatica di clausole contrattuali*, *op. cit.*, 352 e ss. Circa la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto di diritto lamentando l'ignoranza della norma imperativa sia consentito rinviare a DE NOVA G., SACCO R., *Il contratto*, *op. cit.*, 409.

<sup>(34)</sup> DE NOVA G., SACCO R., *Il contratto*, *op. cit.*, 511.

<sup>(35)</sup> LUISSO F.P., *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, 355; MOTTO A., *sub Art. 806 c.p.c.*, *op. cit.*, 487.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sentenza 16 marzo 2016, n. 1053; CARINGELLA *Pres.*; FRANCONIERO *Est.*; Provincia di Bergamo (avv.ti Vavassori, Pasinelli, Nava e Petretti) c. F. A. I. s.r.l. (avv. Vezzoli).

**Controversie nascenti dagli accordi di programma - Giurisdizione amministrativa esclusiva - Deferibilità ad arbitri - Art. 12 c.p.a. - Ammessa - Limiti.**

*Quando la domanda del soggetto privato coinvolto nell'accordo di programma riguarda semplicemente questioni di interpretazione e di esecuzione dell'accordo di programma, relative al mancato adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni di obblighi patrimoniali, la posizione giuridica dell'interessato ha natura di diritto soggettivo, e quindi rientra pienamente nel campo di applicazione dell'articolo 12 del Cpa ed è deferibile ad arbitri.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Deve preliminarmente essere disposta la riunione degli appelli principali ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., poiché proposti nei confronti della stessa sentenza. 2. Stante il suo carattere necessariamente pregiudiziale, deve essere esaminata la questione di giurisdizione, riproposta da tutti gli enti appellanti (cfr. Ad. plen. 3 giugno 2010, n. 11). 3. Al riguardo, occorre precisare che la pretesa azionata dalla Pedroniimmobili trae fondamento dall'accordo di programma da essa stipulato con le amministrazioni odierne appellanti ai sensi dell'art. 34 t.u.e.l., vale a dire di quello strumento convenzionale con cui più enti pubblici definiscono opere di interesse comune, la cui realizzazione richieda da parte loro un'« azione integrata e coordinata », e la cui conclusione sia quindi necessaria per « assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento ». 4. Che la domanda proposta nel presente giudizio tragga origine dall'accordo non è in alcun modo dubitabile, malgrado le contrarie asserzioni degli enti territoriali appellanti. Nel proprio ricorso di primo grado, la Pedroniimmobili ha infatti chiesto la condanna delle medesime amministrazioni al pagamento delle opere aggiuntive realizzate in esecuzione del progetto definitivo allegato all'accordo, instando in via subordinata per il riconoscimento delle stesse a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ., sul presupposto dell'avvenuto riconoscimento dell'utilità in seguito al collaudo ed alla consegna dei lavori. 5. Ciò precisato, muovendo da questa premessa il TAR ha correttamente tratto la conseguenza dell'esistenza della giurisdizione amministrativa sulla presente controversia. Più precisamente si configura nel caso di specie la giurisdizione esclusiva sugli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e tra amministrazioni pubbliche ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, cod. proc. amm., la quale comprende ogni questione inerente alla « formazione, conclusione ed esecuzione » di tali strumenti convenzionali. In questi termini si sono infatti espresse le Sezioni unite della Cassazione con riguardo ad un domanda proposta da un privato parte di un accordo di programma nei confronti degli enti pubblici (ordinanza 14 giugno 2005, n. 12725). La Suprema Corte ha al riguardo evidenziato che questa tipologia di accordo (allora previsto dall'art. 27 l. n. 142 del 1990) costituisce una specie del paradigma generale di accordo ex art. 15 della citata legge n. 241 del 1990, il quale si sostanzia « in un provvedimento amministrativo adottato dalle amministrazioni pubbliche e dai soggetti pubblici che vi partecipano — con esclusione quindi dei

privati eventualmente coinvolti nella sua attuazione — al fine di assicurare l'azione integrata e coordinata di più amministrazioni per la realizzazione di un programma comune », rispetto al quale la posizione dei soggetti privati « comunque interessati all'attuazione dell'accordo » a fronte del « cattivo uso del potere pubblicistico nei loro confronti » ha consistenza di « interesse legittimo ». Nella pronuncia in esame le Sezioni unite hanno ulteriormente specificato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie nascenti dagli accordi di programma trae il proprio fondamento dal fatto che con questo modello convenzionale l'amministrazione « esercita una funzione pubblica », e che tutte le pretese nascenti da tali accordi e che in essi « trovano la propria regolamentazione » devono essere concentrate presso un unico ordine giurisdizionale, ai sensi dell'(allora vigente) art. 11, comma 5, l. n. 241 del 1990 [ed ora ai sensi del citato art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, cod. proc. amm.]. 6. Deve ancora segnalarsi che nella stessa ordinanza la Suprema Corte ha escluso la possibilità di pervenire a diverse conclusioni in termini di giurisdizione per il caso in cui all'accordo partecipino privati, nella veste di attuatori dell'accordo di programma. Le Sezioni unite hanno infatti inquadrato queste pattuizioni nella « tipologia degli accordi tra amministrazione e privati previsti nel primo comma dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 », con il (medesimo) corollario della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'ultimo comma della medesima disposizione della legge generale sul procedimento amministrativo. Per concludere sul punto, i principi affermati nel precedente in esame sono ancora di recente stati ribaditi dalle Sezioni unite (sentenze 21 maggio 2007, n. 11667, 7 gennaio 2016, n. 64, ordinanza 29 luglio 2013, n. 18192) e ad essi deve darsi continuità in questa sede, donde il rigetto dei motivi d'appello diretti a contestare la giurisdizione amministrativa. 7. Affermata quest'ultima, occorre a questo punto verificare se sulla controversia sussista la competenza del giudice amministrativo o se in virtù della clausola compromissoria contenuta nell'art. 7 dell'accordo di programma questa sia invece devoluta ad arbitri. 8. Sul punto, va premesso che la clausola in questione stabilisce che « tutte le controversie eventualmente insorgenti in rapporto al presente accordo, comprese quelle relative alla sua validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione saranno risolte, in via definitiva, da arbitrato rituale di diritto ai sensi dell'art. 6 comma 2 L. 205/2000 ». Nel ritenere tuttavia non applicabile la clausola in questione il TAR ha affermato, da un lato, che la presente controversia ha « contenuto pubblicistico » e che in virtù della clausola in questione gli arbitri « non sono legittimati a decidere sul contenuto pubblicistico dell'accordo di programma, ma solo sulla corretta esecuzione delle obbligazioni del soggetto privato e sul diritto al corrispettivo », e dall'altro lato che, stante il disaccordo insorto tra le amministrazioni in ordine alla nomina di un solo loro arbitro in rappresentanza unitaria delle stesse, si sono conseguentemente realizzati i presupposti previsti dall'art. 816-*quater*, comma 3, cod. proc. civ. per la dichiarazione di improcedibilità dell'arbitrato, « ossia la mancanza di un accordo sulla nomina degli arbitri e la presenza di un litisconsorzio necessario » (così ancora nella sentenza appellata). A quest'ultimo riguardo, il giudice di primo grado ha specificato che « il litisconsorzio necessario è una conseguenza dell'utilizzo dello schema del partenariato pubblico-privato. Se in un accordo di programma si bilanciano, da un lato, interessi pubblici omogenei, ripartiti tra più amministrazioni solo in base alla rispettiva competenza territoriale, e dall'altro interessi privati parimenti omogenei

(ad esempio, perché appartenenti a un unico soggetto, come nel caso in esame), è evidente che le parti sostanziali sono solo due, quella pubblica e quella privata », soggiungendo che nei casi in cui occorre « definire il livello di onerosità degli impegni assunti dalla parte privata le amministrazioni che compongono la parte pubblica sono necessariamente coalizzate, in quanto non possono decidere in modo contraddittorio o non coordinato sul medesimo interesse pubblico, di cui ciascuna detiene un frammento nella propria competenza istituzionale ». 9. Questo capo di sentenza è fondatamente censurato dalle amministrazioni appellanti. 10. Non è innanzitutto corretta la prima parte del ragionamento del TAR, secondo cui la presente controversia avrebbe contenuto pubblicistico. In realtà il titolo della domanda della Pedroniimmobili consiste nella realizzazione di lavori aggiuntivi rispetto al progetto approvato in sede di accordo di programma ed ha dunque carattere meramente patrimoniale, risolvendosi nella pretesa al pagamento del corrispettivo per tali opere. L'accertamento richiesto involge esclusivamente questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo di programma, secondo quanto previsto nella clausola compromissoria in esso contenuta, senza alcuna verifica circa il corretto esercizio di potestà amministrative. Pertanto, la posizione giuridica azionata ha natura di diritto soggettivo, emergente dalla prospettazione di un'asserita non conformità rispetto alle regole generali dei contratti del rifiuto degli enti pubblici di riconoscere alcun corrispettivo per le opere aggiuntive o, alternativamente, dall'ingiustificato arricchimento ai sensi del citato art. 2041 che gli stessi conseguirebbero. 11. Di ciò si ha evidenza proprio dalla lettura della motivazione della pronuncia qui appellata, laddove, nell'affermare l'irragionevolezza della tesi negatrice della responsabilità degli enti pubblici, il TAR afferma che questa « presupporrebbe l'accettazione da parte della ricorrente di un rischio imprenditoriale eccessivo e non controllabile, quando invece, verosimilmente, la previsione di spesa era dimensionata sul progetto definitivo allegato all'accordo di programma ». Così esternata, l'indagine del giudice di primo grado è consistita nella ricerca dell'equilibrio commutativo nell'ambito di una relazione bilaterale paritetica a contenuto patrimoniale, condotta sulla base dell'interpretazione dell'accordo di programma e sulla ricostruzione degli obblighi da esso nascenti, con il precipuo fine di ricondurre ad equità la posizione della parte privata ricorrente rispetto a conseguenze, quali l'assunzione di un'alea illimitata, ritenute non ragionevoli. L'approccio seguito è quello tipico del giudice civile nella definizione del contenuto degli obblighi nascenti dall'incontro di volontà contrattuale e dei relativi effetti *ex art. 1374 cod. civ.*, secondo il quale il contratto obbliga le parti non solo a quanto in esso previsto ma « anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo (...) l'equità ». 12. Chiarito quindi l'errore della premessa argomentativa posta dal TAR a base del proprio ragionamento, risulta conseguentemente non condivisibile la conclusione cui lo stesso è pervenuto, secondo cui le amministrazioni pubbliche sarebbero « necessariamente coalizzate » (così in sentenza) e dunque poste in situazione di litisconsorzio necessario rispetto alla pretesa *ex adverso* azionata. Una simile affermazione di principio non è innanzitutto corretta in generale. Infatti, anche dopo la stipula di un accordo *ex art. 34 t.u.e.l.*, e la conseguente assunzione di obblighi di coordinamento delle rispettive attività funzionali, ciascuna amministrazione rimane titolare degli interessi pubblici affidati dalla legge alla sua cura e quindi del potere di rivalutare le condizioni che hanno condotto alla conclusione dell'accordo, salva l'assunzione delle relative

responsabilità nei confronti delle altre parti. Pertanto, nella fase di esecuzione di un accordo di programma ben possono verificarsi situazioni di contrapposizione tra amministrazioni, oltre che tra privato e singola amministrazione, rispetto obbligazioni di natura pubblicistica (come ad esempio nel caso di mancata adozione di una variante urbanistica da parte di un solo Comune), tali da escludere l'ontologica convergenza di interessi pubblici prefigurata dal TAR. 13. Tanto meno, quindi, una posizione di litisconsorzio necessario può configurarsi rispetto ad una domanda ad una condanna pecuniaria in via solidale (cfr. le conclusioni a pag. 3 del ricorso di primo grado) per il mancato pagamento del corrispettivo asseritamente dovuto per lavori realizzati in esecuzione dell'accordo di programma. Infatti, la costante e pacifica giurisprudenza della Cassazione esclude che tra condebitori solidali sussista un litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 cod. proc. civ., affermandone invece il carattere meramente facoltativo (solo per citare le più recenti pronunce di legittimità affermative di questo incontrastato principio: Sez. I, 14 dicembre 2015, n. 25178; 20 dicembre 2012, n. 23650; Sez. II, 30 agosto 2013, n. 19985; Sez. III, 10 aprile 2014, n. 8413; Sez. VI, ord. 30 ottobre 2014, n. 23117). Del resto, oltre che quanto sopra rilevato a proposito delle obbligazioni a contenuto pubblicistico, occorre sottolineare che ogni amministrazione soggettivamente intesa è titolare di una propria capacità di agire di diritto privato (art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241 del 1990), di un proprio patrimonio e di un proprio bilancio, ed è pertanto personalmente responsabile per il mancato soddisfacimento di obblighi di natura patrimoniale secondo le regole di imputazione di diritto comune (artt. 1218 e ss. cod. civ.), le quali non sono derogate dalle norme di azione proprie dell'attività di cura degli interessi pubblici. Conseguentemente, anche laddove alcune di esse versino in posizione di solidarietà passiva rispetto ad obblighi convenzionalmente assunti nei confronti di un privato, sono in ogni caso applicabili le regole civilistiche su tale categoria di obbligazioni (artt. 1292 e ss. cod. civ.), delle quali il litisconsorzio facoltativo *ex art.* 103 cod. proc. civ. costituisce il precipitato sul piano processuale. 13. Da quanto finora affermato consegue che è errato il rilievo dell'improcedibilità della domanda di arbitrato. Infatti, presupposto necessario di tale condizione ai sensi del più volte citato comma 3 dell'art. 816-*quater* è che sussista una situazione di litisconsorzio necessario tra le parti convenute davanti agli arbitri. Al di fuori di questa ipotesi, il disaccordo insorto tra la Provincia ed i Comuni odierni appellanti in ordine alla nomina del loro arbitro comporta le conseguenze disciplinate dal comma 2 della medesima disposizione e cioè « il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime ». 14. Pertanto, in accoglimento degli assorbenti motivi con cui le parti appellanti hanno eccepito l'incompetenza del TAR in forza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 7 dell'accordo di programma azionato nel presente giudizio, la sentenza di primo grado deve essere annullata. Inoltre, ai sensi dell'art. 15, comma 4, cod. proc. amm. l'arbitrato rituale di diritto previsto da tale clausola va indicato quale giudice (privato) competente sulla presente controversia, davanti al quale quest'ultima potrà essere riassunta nel termine parimenti individuato dalla disposizione del codice del processo ora citata. Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere integralmente compensate tra tutte le parti, stante la complessità delle questioni controverse.

## **Devoluzione ad arbitrato delle controversie relative ad accordi di programma.**

1. Con la sentenza che si annota, si è stabilito che — nei limiti e nei casi di cui alla motivazione —, anche l'accordo di programma può essere devoluto all'arbitrato rituale di diritto, disciplinato in via generale dall'articolo 12 del C.p.a. <sup>(1)</sup>. In particolare, il giudice di appello nel riformare la sentenza del Tar Lombardia, sezione distaccata di Brescia, sez. I, n. 499/2015, ha stabilito dal punto di vista sostanziale, che quando la domanda del soggetto privato coinvolto nell'accordo di programma riguarda semplicemente questioni di interpretazione e di esecuzione dell'accordo di programma, relative al mancato adempimento da parte delle pubbliche amministrazioni di obblighi patrimoniali, la posizione giuridica dell'interessato ha natura di diritto soggettivo; e quindi rientra pienamente nel campo di applicazione dell'articolo 12 del C.p.a.

Inoltre, dal punto di vista processuale, ha ritenuto che le pubbliche amministrazioni, parti dell'accordo di programma, non versano in una posizione di litisconsorzio necessario ai sensi dell'articolo 102 C.p.c., ma — poiché esse si trovano in posizione di solidarietà passiva rispetto ad obblighi convenzionalmente assunti nei confronti del privato stesso — essendo in ogni caso applicabili, in tale fattispecie, le regole civilistiche su tali categoria di obbligazioni (art. 1292 C.c. e ss.) il litisconsorzio facoltativo *ex art.* 103 C.p.c. ne costituisce il precipitato sul piano processuale.

In ultima analisi non è quindi applicabile l'art. 816 *quater* comma 3 del medesimo C.p.c., secondo cui è improcedibile la domanda di arbitrato qualora sussista una situazione di litisconsorzio necessario fra le parti convenute davanti agli arbitri, ma al contrario, il disaccordo intervenuto tra alcune delle parti pubbliche, in ordine alla nomina del loro arbitro, comporta l'applicazione del medesimo articolo 816 *quater* comma 2, e cioè che il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

Di conseguenza, nell'annullare la sentenza appellata il Consiglio di Stato ha indicato, ai sensi dell'art. 15 comma 4 C.p.a., l'arbitrato rituale di diritto previsto dall'accordo di programma oggetto della controversia quale giudice competente sulla medesima.

Tale interessante sentenza offre lo spunto per alcune riflessioni sulla natura giuridica degli accordi di programma e specialmente di quelli ai quali partecipano soggetti privati; e sui limiti della loro devolvibilità in arbitrato rituale di diritto ai sensi dell'articolo 806 e ss. C.p.c., in combinato disposto con l'articolo 12 C.p.a.

---

<sup>(1)</sup> Vedi sul tema A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 205 e ss. e bibliografia ivi citata, 2/2013, Milano.

2. L'accordo di programma, come sottolinea lo stesso termine, è un metodo consensuale di programmazione di interventi, (prevalentemente, ma non esclusivamente riguardanti opere e lavori pubblici), di natura complessa per il perfezionamento del quale occorre il consenso di una pluralità di amministrazioni, soprattutto territoriali. Si tratta, quindi, di un accordo pubblicistico teso a sostituire, anche ai fini della semplificazione amministrativa, modelli di procedimenti complessi di programmazione (2).

Normalmente la partecipazione all'accordo di programma è riservata ai soli soggetti pubblici, anche nell'ampia accezione di pubblica amministrazione che ne dà il diritto comunitario (3). Questa tesi si fonda, da un punto di vista dogmatico, sulla persistente applicazione della c.d. teoria dell'integrazione politica (4) secondo cui, in ultima analisi, l'esercizio di funzioni pubblicistiche sarebbe riservato alle persone giuridiche pubbliche che hanno la capacità speciale di diritto pubblico, ed in particolare a quelle dotate del potere di rappresentanza politica o politico amministrativa. Ma ciò non appare più valido nel momento in cui è emerso, dapprima a livello di costituzione materiale, e poi con l'art. 118 quarto comma Cost., il c.d. principio di sussidiarietà orizzontale, ricollegabile sotto un profilo generale ai diritti e doveri di solidarietà di cittadini e di imprese affermato dall'art. 2 Cost. (5). Del resto già alcuni decenni or sono l'istituto dell'accordo o contratto di programma era stato allargato alla partecipazione dei privati (6), e più recentemente con l'articolo 27 del D.L. 83/2012 (7). Inoltre, alcune leggi regionali hanno espressamente previsto la partecipazione di soggetti privati all'accordo di programma, così come specularmente l'abrogato codice dei contratti pubblici consentiva la partecipazione del soggetto privato, proponente una fattispecie di finanza di progetto, alle conferenze di servizio.

Nella prassi comunque, (come nella fattispecie in oggetto), il pro-

---

(2) Sulla natura giuridica e le problematiche inerenti l'accordo di programma vedi già S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordo di programma* in *Enciclopedia del diritto*, Aggiorn. n. III, Milano, 1999, 9 e ss e bibliografia pag. 24. Successivamente si debbono ricordare quanto meno A. CIMELLARO, A. FERRUTI, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma*, Rimini, 2000; G. GRECO, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, C. SGUBIN, *Crisi industriali complesse ed accordi di programma*, Torino, 2013.

(3) Vedi in proposito E. PICOZZA, *Il concetto di pubblica amministrazione tra arbitrato e giudizio di ottemperanza*, in questa *Rivista*, 3/2015, 449 e ss.

(4) Vedi già R. SMEND *Costituzione e diritto costituzionale*, Arcana Imperi, traduzione italiana Milano, 1988 ed in particolare *dottrina dell'integrazione*, 271 e ss.

(5) Sul principio vedi, tra gli altri, AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze e confronto*, Padova, 1999; AA.VV., *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, 2000; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002; C. MILLON DELSOL, *Il principio di sussidiarietà*, trad. it., Milano, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; G.P. CALABRÒ, P. B. H. RENDE, *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, Napoli, 2009; M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, Milano, 2012.

(6) Vedi S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 10 nota 1.

(7) Vedi C. SGUBIN, *op. cit. passim*.

blema è stato risolto attraverso la figura dell'accordo *ex art. 11* legge 241/90, quale accordo attuativo ed operativo dell'accordo di programma stesso: in altri termini, mentre alle pubbliche amministrazioni resta riservato l'esercizio dei poteri amministrativi necessari per consentire l'adempimento delle obbligazioni privatistiche (infatti molto spesso si rende necessario l'adozione di varianti a piani territoriali per realizzare le opere e i lavori previsti dall'accordo stesso), con l'accordo *ex art. 11*, che ha natura sinallagmatica, il privato si obbliga a realizzare tali opere ed interventi e le amministrazioni pubbliche a pagarne il corrispettivo e/o ad assicurare al privato attuatore ulteriori utilità. Anche questo modello ha avuto un antesignano negli istituti della programmazione negoziata<sup>(8)</sup>, come articolata soprattutto dalla legge finanziaria 662/1996. A livello giurisprudenziale sono particolarmente importanti le pronunce delle Sezioni Unite: ordinanza n. 12725/2005, sentenza n. 18192 del 29.07.2013, sentenza n. 64 del 27.01.2016, nella quale tra l'altro si condivide la ricostruzione della Corte di appello di Napoli circa la qualificazione dell'accordo nel suo complesso come accordo di programma ai sensi dell'art. 27 della legge 142/1990 (ora articolo 34 del Tuel 267/2000); nonché degli impegni accessivi dei privati come accordi di cui all'articolo 11 comma 1 della legge 241/1990.

Non vi è dubbio che la praticabilità di tale modello complesso sia stata favorita dalle modifiche introdotte alla legge del procedimento amministrativo dalla legge 15/2005, ed in particolare dall'articolo 11 che, eliminando l'inciso "nei casi previsti dalla legge", ha introdotto il principio di atipicità degli accordi sostitutivi di provvedimenti tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati, con il solo limite del rispetto del principio di legalità<sup>(9)</sup>.

3. Tanto premesso la Corte di Cassazione ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi ed in materia di accordi tra le pubbliche amministrazioni. La norma, già prevista dall'articolo 11 comma 5 in combinato disposto con l'art. 15 comma 2, è stata poi codificata dall'art. 13, comma 1, lettera n. 2 del C.p.a.

In particolare, per quanto riguarda la devoluzione alla medesima giurisdizione esclusiva dell'accordo di programma, già le Sezioni Unite,

---

<sup>(8)</sup> Vedi A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000.

<sup>(9)</sup> Vedi già F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. Amm.*, Milano, 1993, n. 1, 124 e ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

con la citata ordinanza n. 12725/2005, avevano stabilito che *“Il rapporto tra tale fattispecie (accordo di programma) e quella delineata dall’articolo 15 della legge 241/90 si delinea come un rapporto di genere a specie, configurando quest’ultima disposizione, contenuta in un testo normativo che ha carattere di legge generale sul procedimento amministrativo, un modulo convenzionale di valenza generale attraverso il quale le amministrazioni che partecipano all’accordo rendono possibile e disciplinano il coordinato esercizio di funzioni proprie, nella prospettiva di un risultato di comune interesse, individuato attraverso uno specifico procedimento amministrativo. Per effetto dell’espresso richiamo contenuto nel secondo comma dell’articolo 15, all’accordo ivi disciplinato è applicabile l’art. 11 della stessa legge (ora modificato dall’articolo 7 della legge n. 15/2005), che al quinto comma dispone che le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così delineando una ipotesi di giurisdizione esclusiva di detto giudice correlata non ad una determinata materia, ma ad una specifica tipologia di atto, qualunque sia la materia che ne costituisce oggetto”*.

*“Ed invero, come queste Sezioni Unite hanno più volte osservato, tale disposizione, nel presupposto che attraverso l’accordo l’amministrazione esercita una funzione pubblica, individua il criterio di attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel fatto che essa attenga alla formazione, conclusione ed esecuzione dell’accordo, così attribuendo alla cognizione di detto giudice una serie di rapporti individuati non già con riferimento alla materia, ma per il fatto che essi trovano la propria regolamentazione nell’ambito dell’accordo (vedi sul punto, tra le altre, SSUU 2005 n. 732; 2001 n. 15608; 2001 n. 105; 2000 n. 1174; 2001 n. 87; 1999 n. 8; 1998 n. 8593; 1997 n. 7452)”*.

A mio personale avviso la tesi della Suprema Corte di Cassazione è condivisibile solo fino ad un certo punto, e cioè essenzialmente, nell’aspetto strutturale che accumuna l’accordo di programma agli accordi in generale tra pubbliche amministrazioni. Data la generalissima portata dell’articolo 15 della legge 241/90 (*“anche al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*), non vi è dubbio che, tra le attività amministrative rientrino anche quelle di programmazione. Però si deve osservare che, la genericità della formulazione operata dalla legge, non consente certamente di immettere nella devoluzione all’arbitrato degli accordi tra privati e pubblica amministrazione anche gli accordi tra pubbliche amministrazioni, ed in particolare gli accordi di programma. In primo luogo, la categoria degli accordi tra pubbliche amministrazioni può riguardare tanto funzioni e servizi pubblici, quanto obbligazioni pubbliche e persino obbli-

gazioni private<sup>(10)</sup>. Occorre quindi compiere una approfondita analisi, caso per caso, nella impossibilità di trovare una regola generale applicabile a priori sulla compromettibilità di tale controversia nell'arbitrato, infatti l'unica regola generale è quella di carattere sostanziale e processuale dettata appunto dall'articolo 12 del C.p.a. Dal punto di vista sostanziale la controversia deve concernere diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dal punto di vista processuale la forma obbligatoria è quella dell'arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e ss. c.p.c. (Giustamente quindi la giurisprudenza ha negato l'applicabilità a tali controversie del c.d. arbitrato irrituale o libero, vedi ad esempio Tar Molise, sez. I, 16.12.2010 n. 1552). Sul punto occorre ricordare la lungimiranza di un grande maestro del diritto amministrativo, Feliciano Benvenuti il quale osservava che spesso la tutela offerta dalla giurisdizione esclusiva si sostanzia in una migliore specificazione della tutela degli interessi legittimi e non nella soddisfazione di pretese qualificabili come diritti soggettivi<sup>(11)</sup>.

Infatti la multiforme figura degli accordi fra pubbliche amministrazioni copre tutto lo spettro dell'azione amministrativa, dall'esercizio di poteri politici in forma amministrativa (quali le intese istituzionali di programma proprie della programmazione negoziata o riguardanti le aree in crisi complessa industriale), fino ad accordi riguardanti posizioni di diritto soggettivo di natura sinallagmatica, concernenti obblighi di diritto tributario ed attribuiti dalla suprema Corte di Cassazione addirittura alla categoria giuridica delle obbligazioni di diritto privato<sup>(12)</sup>. Così parimenti detti accordi possono essere sia di natura organizzativa, (ad esempio per l'esercizio in comune, ma ripartito, del servizio di smaltimento dei rifiuti urbani) ovvero di natura funzionale, (per esempio come nel caso di adesione ai patti territoriali). Del resto, è pacifica perfino per gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, la possibilità, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di recedere unilateralmente, e quindi a maggior ragione per gli accordi tra pubblica amministrazione, soprattutto quando si tratti dell'esercizio di poteri pubblicistici inerenti l'esercizio della funzione di programmazione territoriale, ambientale e paesaggistica direttamente collegata al principio di rappresentanza politica delle collet-

---

<sup>(10)</sup> Vedi in particolare G. MANFREDI, *Accordi e azioni amministrative*, Torino, 2001; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa* in *Pol. Dir.*, n. 2, 1993, Bologna, 237 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordo di programma*, Milano, 1992, ma ancor prima G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche - Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; più recentemente ed in termini generali F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

<sup>(11)</sup> F. BENVENUTI, *Giudicato* (dir. amministrativo), in *Enc. del diritto*, 893 e ss., Vol. XVIII, Milano, 1969.

<sup>(12)</sup> Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, n. 3122 del 14 febbraio 2006.

tività locali. In ultima analisi quindi, anche ai fini dell'accertamento della devolvibilità di tali controversie all'arbitrato rituale di diritto, si deve applicare il canone costituzionale di riparto tra posizioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo o di interesse legittimo, ancorché entrambe confluiscono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per completezza potrebbe ipotizzarsi l'eventualità che, consensualmente, le amministrazioni partecipanti all'accordo di programma sanzionino la parte pubblica inadempiente con una misura di risarcimento del danno. Come è noto, tale questione si è posta con riferimento all'arbitrabilità delle controversie risarcitorie ivi comprese quelle collegate al risarcimento di interessi legittimi<sup>(13)</sup>. La dottrina ritiene di doversi dare in tal caso risposta negativa<sup>(14)</sup>, e tale impostazione sembra da condividere anche in base alla possibile autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento secondo quanto prescrive l'articolo 30 del C.p.a.

Un'altra complessa questione riguarda la possibilità per l'arbitrato rituale di diritto di accertare incidentalmente la legittimità di atti amministrativi che costituiscono presupposto delle posizioni di diritto soggettivo. Sotto questo profilo soccorre l'articolo 819 C.p.c., (questioni pregiudiziali di merito), secondo cui 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 e di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.

Il secondo comma prescrive però che, 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<sup>(15)</sup>. Ai fini della circoscrizione del campo di applicazione di questa norma nella fattispecie in oggetto non è di aiuto l'adesione alla tesi sulla natura sostanzialmente giurisdizionale dell'arbitrato rituale di diritto ovvero della sua natura negoziale in quanto l'accertamento con efficacia di giudicato è rimesso dalla stessa Costituzione al solo giudice amministrativo sia nella giurisdizione di legittimità, sia nella giurisdizione esclusiva

---

<sup>(13)</sup> Vedi A. SANDULLI, *op. cit.*, 208/209.

<sup>(14)</sup> Vedi A. PAJNO, *La giurisdizione, in diritto processuale amministrativo*, a cura di A. SANDULLI, II ed., Milano, 2013, 47 e ss.

<sup>(15)</sup> Sull'articolo 819 c.p.c. vedi in particolare *Arbitrato*, Commentario diretto da F. CARPI, II ed., Bologna, 2007; AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2005; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000. Vedi anche M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004 ed in particolare 107 e ss.; G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, ed ivi E. TAMBURRINO, *L'arbitrato*, 1577 e ss.; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015 ed ivi commento all'art. 12 di A. DAIDONE, *Rapporto con l'arbitrato*, 278 e ss., ma particolarmente 280 e ss.

(vedi combinato disposto degli articoli 24, 103 e 113 Cost.). Di conseguenza si ritiene che gli arbitri non possano, neanche su richiesta delle parti, decidere con efficacia di giudicato questioni pregiudiziali inerenti alla legittimità dell'accordo di programma come anche alla legittimità del provvedimento *ex art. 11 comma 4 bis della legge 241/90* (“*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste dal comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*”). Sono infatti questioni strettamente riservate alla medesima giurisdizione di legittimità e/o esclusiva del giudice amministrativo per cui in tal caso il collegio arbitrale non può che applicare la sospensione obbligatoria *ex art. 819 bis c.p.c.* (sospensione del procedimento arbitrale) “*n. 2 se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione ed arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato*”. A tale limite si sottrae, a mio personale avviso, l'ipotesi in cui vi sia una fattispecie di nullità dell'accordo amministrativo e/o di programma, la cui cognizione appartenga al giudice ordinario, in virtù di quanto implicitamente disposto dall'articolo 21 *septies* della legge 241/90. Infatti, anche in base alle relativamente recenti sentenze delle Sezioni Unite, la n. 25242 e la n. 26243 del 12 dicembre 2014, l'arbitro giudice deve sollevare, anche d'ufficio, le questioni di nullità che esulino, ben inteso, dalla giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo <sup>(16)</sup>.

4. Infine, l'aspetto forse più interessante della sentenza del Consiglio di Stato che qui si annota è costituito dalla soluzione data al problema di diritto processuale. Sul punto la sentenza di appello, contro l'affermazione del giudice di primo grado, secondo cui negli accordi di programma le amministrazioni pubbliche sarebbero *necessariamente coalizzate* e dunque poste in situazione di litisconsorzio necessario rispetto alla pretesa *ex adverso* azionata, ha ritenuto il contrario <sup>(17)</sup>. La posizione assunta va

---

<sup>(16)</sup> Sulla nullità tra le opere più recenti A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. TIBERI, *La nullità e l'illecito*, Napoli, 2003; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; L. MAZZAROLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi* in *Dir. Proc. Amm.* n. 3, Milano, 2006, 543 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, Annali I, 2007, Milano, 855 e ss.

<sup>(17)</sup> “*Una simile affermazione di principio non è anzitutto corretta in generale. Infatti anche dopo la stipula di un accordo ex art. 34 t.u.e.l., e la conseguente assunzione di obblighi di coordinamento delle rispettive attività funzionali, ciascuna amministrazione rimane titolare degli interessi pubblici affidati dalla legge alla sua cura e quindi del potere di rivalutare le condizioni che hanno condotto alla conclusione dell'accordo, salva l'assunzione delle relative responsabilità nei confronti delle altre parti. Pertanto, nella fase di esecuzione di un accordo di programma ben possono verificarsi situazioni di contrapposizione tra amministrazioni, oltre che tra privato e singola amministrazione, rispetto obbligazioni di natura pubblicistica (come ad esempio nel caso di mancata adozione di una variante urbanistica da parte di un solo Comune), tali da escludere*

condivisa perché il Tar si è posto in un'ottica del tutto erronea circa la stessa natura giuridica dell'accordo di programma. Se infatti, alla base dell'istituto è posto il principio del volontario consenso, che permea il principio generale dell'art. 1321 c.c., e se si tiene conto che ogni amministrazione rimane titolare degli interessi pubblici affidati dalla legge alla sua competenza, non può pretendersi una unitarietà di comportamento successivo, ma tale comportamento in base all'articolo 1372 c.c. sarà valutabile ai fini dell'accertamento di eventuali responsabilità. Ad abundantiam, quando la contestazione cade su una domanda di condanna pecuniaria in via solidale e quindi, laddove ogni amministrazione agisce con la capacità di diritto privato secondo l'articolo 1 comma 1 *bis* della legge 241/90, la natura rituale dell'arbitrato comporta l'applicazione dell'articolo 816 *quater* c.p.c. comma 2, e non del comma 3, con conseguente scissione in una pluralità di procedimenti arbitrali. In futuro però, ampliandosi il campo di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, con il diretto coinvolgimento del privato anche nella formazione dell'azione amministrativa, le regole sostanziali e processuali potrebbero cambiare. Già abbiamo una rappresentativa casistica nel campo dell'urbanistica negoziata e dell'urbanistica solidale che sono però temi la cui portata non è possibile trattare in questa sede <sup>(18)</sup>.

Infatti il punto di equilibrio dipende essenzialmente dalla affermazione o meno del modello di stato sociale di mercato. Fino ad ora, soprattutto in materia di accordi di programma, si è teso ad escludere la possibilità di considerare il privato, anche se promotore dell'accordo stesso, come un soggetto direttamente partecipante all'accordo ed in

---

*l'ontologica convergenza di interessi pubblici prefigurata dal Tar. Tanto meno, quindi, una posizione di litisconsorzio necessario può configurarsi rispetto ad una domanda ad una condanna pecuniaria in via solidale (cfr. le conclusioni a pag. 3 del ricorso di primo grado) per il mancato pagamento del corrispettivo asseritamente dovuto per lavori realizzati in esecuzione dell'accordo di programma. Infatti, la costante e pacifica giurisprudenza della Cassazione esclude che tra condebitori solidali sussista un litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 cod. prov. civ., affermandone invece il carattere meramente facoltativo (solo per citare le più recenti pronunce di legittimità affermative di questo incontrastato principio: sez. I, 14.12.2015 n. 25178; 20.12.2012 n. 23650; sez. II 30.08.2013 n. 19985; sez. III 10.04.2014 n. 8413; sez. IV ord. 30.10.2014 n. 23117). Del resto, oltre che quanto sopra rilevato a proposito delle obbligazioni a contenuto pubblicistico, occorre sottolineare che ogni amministrazione soggettivamente intesa è titolare di una propria capacità di agire di diritto privato (art. 1, comma 1-bis, l. n. 241 del 1990), di un proprio patrimonio e di un proprio bilancio, ed è pertanto personalmente responsabile per il mancato soddisfacimento di obblighi di natura patrimoniale secondo le regole di imputazione di diritto comune (artt. 1218 e ss. cod. civ.), le quali non sono derogate dalle norme di azione proprie dell'attività di cura degli interessi pubblici. Conseguentemente, anche laddove alcune di esse versino in posizione di solidarietà passiva rispetto ad obblighi convenzionalmente assunti nei confronti di un privato, sono in ogni caso applicabili le regole civilistiche su tale categoria di obbligazioni (artt. 1292 e ss. cod. civ.), delle quali il litisconsorzio facoltativo ex art. 103 cod. proc. civ. costituisce il precipitato sul piano processuale".*

<sup>(18)</sup> Vedi sul tema comunque P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; M. V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

posizione di parità sinallagmatica con le pubbliche amministrazioni sottoscrittrici dell'accordo stesso.

Come si è ben visto nelle ordinanze e sentenze della Corte di Cassazione citate dalla decisione del Consiglio di Stato che qui si commenta e sopra riportate, la Cassazione — per salvare la fattispecie reale sottoposta a suo giudizio — ha dovuto scindere l'accordo unitario in due fattispecie: l'accordo di programma vero e proprio sottoscritto e perfezionato tra le sole amministrazioni pubbliche, e l'accordo tra di esse ed il privato attuatore riportato alla figura generale dell'art. 11 della legge 241/90 e non alla figura specifica dell'accordo di programma di cui all'articolo 34 del TU 267/2000. Ma se prevale la linea di tendenza già presente negli articoli 58 e 64 dell'originario trattato di Roma sulla Comunità Economica Europea — secondo cui in determinati casi anche il soggetto privato può direttamente partecipare all'esercizio di pubblici poteri —, non vi sono ostacoli dogmatici per negare, quanto meno *de jure condendo*, che in tali casi il privato, in quanto partner della Pubblica Amministrazione, possa partecipare anche all'esercizio di poteri pubblici, gestendo in co-amministrazione la cura di interessi pubblici specifici. Del resto questo già avviene nelle operazioni di partenariato pubblico-privato<sup>(19)</sup>; la posizione del soggetto privato e di quello pubblico — soprattutto nei partenariati di tipo istituzionale — è in linea di principio del tutto paritaria. Dal punto di vista processuale dunque ne conseguirebbe il risultato opposto a quello cui è pervenuto il Consiglio di Stato nella sentenza qui commentata e cioè che, — qualora all'accordo partecipino una pluralità di soggetti pubblici e/o di soggetti privati dovrebbe essere senza deroghe applicabile l'istituto del litisconsorzio necessario: di conseguenza o ricorre l'ipotesi dell'art. 816 *quater* c.p.c. (Pluralità di parti), primo comma secondo cui: “Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione di arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale, *se la convenzione di arbitrato devolve ad un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti — dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri nominino d'accordo un egual numero di arbitri o ne affidino ad un terzo la nomina*”. Viceversa se non è possibile applicare alcuna delle ipotesi previste dall'art. 816 *quater* c.p.c. dovrebbe essere appunto applicata la misura di cui al terzo comma del medesimo

---

<sup>(19)</sup> Vedi in materia tra i molti scritti AA.VV., *Il partenariato pubblico privato ed il diritto europeo delle concessioni*, in *Atti del convegno IISA SPISA*, Bologna, 2005; R. DI PACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, 2006; G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico privato, modelli e strumenti*, Torino, 2011; AA.VV., *Il partenariato pubblico privato*, (a cura di M.P. CHITTI), Napoli, 2009; AA.VV., *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme* (a cura di F. MASTRAGOSTINO), Torino, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

articolo e cioè l'arbitrato dovrebbe essere dichiarato improcedibile e la controversia rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo i principi generali del combinato disposto degli articoli 7, 12 e 133 del C.p.a. In tal caso peraltro si avrebbe di necessità un'ipotesi di litisconsorzio necessario anche sul lato attivo e non passivo del processo amministrativo, innovandosi quella giurisprudenza, ancora attualmente molto restia ad applicare l'istituto del litisconsorzio necessario, anche per quanto riguarda gli attori o ricorrenti <sup>(20)</sup>.

EUGENIO PICOZZA

---

<sup>(20)</sup> Vedi tra gli altri F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1, Milano, 1985, 5 e ss.; F. BASSI, *Litisconsorzio necessario e processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 2, Milano, 1987, 171 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988; L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996. Vedi ANCHE M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, II ed., (a cura di E. PICOZZA), Padova, 2003.

## II) STRANIERA

### Sentenze annotate

SVIZZERA - TRIBUNAL FÉDÉRAL, I<sup>er</sup> Cour de droit civil; 4A\_374/2014, sentenza 26 febbraio 2015; Club A. c. A e B.

#### **Lodo arbitrale estero - Mancata impugnazione - Preclusione all'opposizione al riconoscimento all'estero - Non sussiste.**

*L'omessa impugnazione di un lodo estero davanti all'autorità giudiziaria della sede dell'arbitrato non impedisce che i motivi di impugnazione che integrano altrettante condizioni ostative al riconoscimento di cui alla Convenzione di New York siano fatti valere per impedirne il riconoscimento in Svizzera, salvo che, qualora i motivi ostativi siano rilevabili su istanza di parte, il giudice del riconoscimento riscontri in capo alla parte che si oppone al riconoscimento un comportamento contrario al principio di buona fede processuale.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — A. A.a. B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ (ci-après désignés collectivement: les entraîneurs ou les intimés) sont des entraîneurs professionnels de football, de nationalité argentine.

Club A.\_\_\_\_\_ (ci-après: le club ou le recourant) est un club de football professionnel mexicain, membre de la Fédération Mexicaine de Football (FMF), laquelle est affiliée à la Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Le club, qui évolue en première division dans le championnat national, est administré par une société dénommée D.\_\_\_\_\_ SA de CV (ci-après: D.\_\_\_\_\_).

Par contrat de travail du 25 février 2009 conclu pour lui par D.\_\_\_\_\_, le club a engagé les entraîneurs afin qu'ils assument la direction technique de sa première équipe jusqu'au 30 juin 2009, date marquant la fin du tournoi dit de "clôture 2009". Une clause arbitrale, insérée dans ce contrat, invitait les parties à soumettre les différends pouvant les opposer à l'avenir aux tribunaux en matière de travail de l'Etat de ... et à la FMF.

Au terme de la durée dudit contrat, le club, qui s'était maintenu en première division, a engagé un nouvel entraîneur.

A.b. Le 24 juillet 2009, les entraîneurs ont saisi la Commission de Conciliation et de Résolution des Conflits (ci-après: la CCRC) de la FMF d'une réclamation

pécuniaire dirigée contre le club. Ils alléguaient, à son appui, avoir conclu avec le club, le 25 février 2009 également, un second contrat, comportant la même clause arbitrale, pour la période du 1er juillet 2009 au 30 juin 2011, contrat dont l'entrée en vigueur dépendait du maintien du club en première division. Selon eux, dès lors que cette condition s'était accomplie, le club avait rompu illégalement leurs rapports de travail en engageant un nouvel entraîneur, si bien qu'il devait répondre à leur égard de cette violation contractuelle.

Le club défendeur a conclu au rejet des prétentions élevées par les entraîneurs. Il a nié l'existence du second contrat de travail invoqué par ceux-ci, arguant de faux la signature prétendument apposée au pied du contrat par le président du club, ce qui l'avait du reste poussé à saisir la justice pénale en date du 12 juin 2009.

Ayant pris connaissance de ce moyen de défense, la CCRC a rendu, le 9 septembre 2009, une décision (ci-après: la décision CCRC 2009) au terme de laquelle elle a déclaré ce qui suit (traduction française du texte espagnol, tirée de la traduction officielle de la sentence attaquée produite par le recourant sous pièce 2bis):

« La [CCRC] de la [FMF] étant dûment constituée et le premier vote ayant été fait concernant les positions respectives des parties; compte tenu des documents produits et vu que ceux-ci attestent de la plainte du [club] sur des faits qui constituent peut-être un délit, cette Commission décide de suspendre la procédure concernant ce différend vu que l'examen, la matière et la décision sur l'existence des délits dépassent la connaissance et la juridiction de cette autorité, de sorte que les droits des parties sont réservés pour qu'elles les fassent valoir dans la forme et les termes qu'elles estiment convenables... ».

Deux ans plus tard, plus précisément le 6 octobre 2011, la CCRC a rendu la décision suivante (ci-après: la décision CCRC 2011; même remarque que plus haut concernant la traduction française du texte espagnol):

« Durant son temps de parole, [le président de la CCRC] indique que: vu l'état de la procédure ainsi que l'attestation du secrétaire de cette commission; vu que la procédure a été interrompue pendant un laps de temps supérieur à six mois et que n'est en cours aucune décision sur une quelconque action, diligence, réception de rapports ou de copies ayant été demandées; vu que la forclusion opère rien que par le temps qui s'écoule, sur la base des dispositions de l'article 773 de la loi fédérale du travail, il est considéré que la partie demanderesse est désistée tacitement de toutes et chacune des actions qu'elle exerce dans la présente procédure, celle-ci devant être classée en tant qu'affaire totalement et définitivement close. »

A.c. Entre-temps, le 1er octobre 2009, soit moins d'un mois après la notification de la décision CCRC 2009, les entraîneurs avaient saisi la Commission du Statut du Joueur de la FIFA (ci-après: la CSJ), lui soumettant les mêmes conclusions que celles qu'ils avaient formulées devant la CCRC.

Dans une lettre du 18 mars 2011, suivie d'un autre courrier du 25 avril 2011, le club a fait savoir à la CSJ, par le truchement de la FMF, qu'il contestait sa compétence, motif pris de la procédure pendante, quoique suspendue, devant la CCRC. Invitée, le 12 avril 2012, par la CSJ à l'informer sur l'état de ladite procédure, la CCRC lui a indiqué, le lendemain, qu'elle avait ordonné le classement du dossier par décision du 6 octobre 2011.

Statuant le 11 mai 2012, le juge unique de la CSJ a admis sa compétence de jugement sur la base de l'art. 22 let. c du Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs (ci-après: le RSTJ), eu égard au caractère international du litige. Il a cependant rejeté la demande des entraîneurs au motif que les contrats de travail litigieux signés par chacun d'eux l'avaient été non pas avec le club défendeur, qui ne possédait donc pas la légitimation passive, mais avec la société D.\_\_\_\_\_, laquelle, n'étant pas affiliée à la FIFA, n'entraîne pas dans le champ d'application ratione personae de la juridiction sportive instituée par cette association.

B. B.a. Le 10 janvier 2013, les entraîneurs ont interjeté appel auprès du Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Ils ont conclu à l'annulation de la décision précitée, qui leur avait été notifiée le 21 décembre 2012, et à l'allocation des montants réclamés par eux.

Une formation composée de trois avocats sud-américains (ci-après: la Formation) a été constituée le 12 mars 2013.

Dans ses moyens de défense, le club a soulevé l'exception de litispendance, motif pris de la procédure pénale en cours à l'origine de la décision CCRC 2009, et l'exception de prescription en raison du temps qui s'était écoulé entre la date, alléguée, de résiliation des rapports de travail — le 25 mai 2009 — et celle de la saisine du TAS.

Après avoir invité les parties à produire un certain nombre de documents, la Formation a ordonné, le 10 septembre 2013, l'exécution d'une expertise graphologique indépendante.

Le 8 octobre 2013, le TAS a envoyé une ordonnance de procédure aux deux parties, lesquelles l'ont signée sans élever aucune objection quant à la compétence de cette juridiction arbitrale.

Une audience d'instruction a été tenue le 18 octobre 2013 à São Paulo (Brésil).

Le 17 décembre 2013, l'experte désignée a remis son rapport.

B.b. La Formation a rendu sa sentence le 28 mars 2014. Admettant partiellement l'appel des entraîneurs, elle a annulé la décision du juge unique de la CSJ du 11 mai 2012 et condamné le club à indemniser ses anciens employés à différents titres. En tant qu'ils intéressent la présente procédure, les motifs sur lesquels repose ladite sentence peuvent être résumés comme il suit.

*(Omissis).*

Cela étant, il convient de déterminer, en premier lieu, si la CSJ était compétente pour connaître de l'action ouverte devant elle le 1<sup>er</sup> octobre 2009 par les entraîneurs. Afin de résoudre ce problème, il faut se demander, d'abord, si les entraîneurs auraient dû poursuivre la procédure qu'ils avaient introduite le 24 juillet 2009 devant la CCRC au lieu de saisir un organe juridictionnel de la FIFA. Devra être examinée ensuite, en cas de réponse négative à cette question préalable, l'incidence sur la compétence de la CSJ du fait que l'un des signataires du contrat de travail litigieux, à savoir D.\_\_\_\_\_, n'est pas affilié à la FIFA.

La réponse à la première question dépend de l'interprétation de la décision CCRC 2009. Les parties divergent d'opinions sur ce point: pour les entraîneurs, cette décision les laissait libres d'agir comme bon leur semblait et, partant, de saisir la FIFA; pour le club, en revanche, la seule possibilité offerte aux entraîneurs, s'ils étaient mécontents de ladite décision, eût été de la soumettre au TAS par la voie de l'appel. La Formation considère que le texte de la décision CCRC 2009 n'est

pas suffisamment clair, dans un sens ou dans l'autre, si bien qu'il doit être interprété. Considéré à la lumière du principe de protection du salarié, ce texte doit être compris en ce sens que la CCRC a choisi de ne pas exercer sa compétence, tout en faisant en sorte que les entraîneurs puissent continuer à faire valoir leurs prétentions, non plus auprès d'elle, mais devant une autre juridiction pouvant être compétente. Aussi bien, la thèse inverse, selon laquelle la procédure suspendue aurait dû être reprise par la CCRC après droit connu sur l'action pénale en cours, apparaît contraire au principe sus-indiqué car elle impliquerait qu'à l'heure actuelle, plus de quatre ans après la saisine de la CCR, les entraîneurs ne pourraient toujours pas exercer leurs droits afférents à leur statut d'anciens salariés du club, ce qui reviendrait à leur refuser l'accès à la justice. Quant à la décision CCRC 2011, dans laquelle il était pris acte du désistement tacite des entraîneurs, faute d'avoir continué à exercer leurs droits devant la CCRC, elle n'était pas compatible avec la décision CCRC 2009, laquelle leur interdisait de le faire en raison de la procédure pénale pendante. Dès lors, la déclaration de désistement contenue dans la décision du 6 octobre 2011 ne pouvait pas empêcher les entraîneurs de chercher une nouvelle instance susceptible de trancher le différend les opposant au club.

Sur le second point, force est d'admettre, par application du principe de primauté de la réalité des faits et à défaut de toute objection du club relativement à sa légitimation passive, que la Formation est compétente pour connaître du litige opposant les parties, nonobstant le fait que les contrats de travail des entraîneurs ont été formellement signés avec D.\_\_\_\_\_.

[Suit l'examen des prétentions matérielles élevées par les entraîneurs, partie de la sentence qui est sans incidence sur le sort de la présente procédure de recours.]

C. Le 16 juin 2014, le club a formé un recours en matière civile assorti d'une requête d'effet suspensif. Dénonçant une violation de l'art. 190 al. 2 let. b et e LDIP, il y invite le Tribunal fédéral à annuler la sentence du 28 mars 2014. Au mémoire de recours étaient annexées, entre autres pièces, une expertise juridique, établie le 6 juin 2014 en espagnol par l'avocat et professeur d'université mexicain E.\_\_\_\_\_, portant sur la question de l'autorité de la chose jugée de la décision CCRC 2011, ainsi qu'une traduction française officielle de cet avis de droit.

Sur requête ad hoc déposée par les entraîneurs intimés, la présidente de la Ire Cour de droit civil a invité le recourant à fournir des sûretés en garantie de leurs dépens, par ordonnance du 21 août 2014, ce qu'il a fait.

Dans sa réponse du 10 octobre 2014, le TAS, qui a produit le dossier de la cause, a conclu au rejet du recours.

Le 21 octobre 2014, les entraîneurs ont déposé leur réponse commune au greffe du Tribunal fédéral, concluant au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. A leur mémoire, ils ont joint un avis de droit en espagnol, accompagné d'une traduction française, que leur avait délivré l'avocat et professeur de droit mexicain F.\_\_\_\_\_ au sujet de l'interprétation des décisions CCRC 2009 et CCRC 2011. (*Omissis*).

4.1. Dans son principal moyen, le recourant, se fondant sur l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, soutient que la Formation a méconnu l'ordre public en rendant la sentence attaquée sans égard à l'autorité de la chose jugée attachée à la décision CCRC 2011. Selon lui, la CSJ aurait déjà dû décliner sa compétence pour connaître de la demande que les entraîneurs lui avaient soumise le 1er octobre

2009, une cause relative à la même demande étant pendante devant la CCRC depuis le 24 juillet 2009. Quant au TAS, il aurait dû se déclarer incompétent pour se saisir de l'appel formé par les intimés contre la décision du juge unique de la CSJ du 11 mai 2012 ou, à tout le moins, déclarer cet appel irrecevable, dès lors que la CCRC avait rendu, le 6 octobre 2011, une décision en force, susceptible d'être reconnue en Suisse.

4.2.1. Un tribunal arbitral viole l'ordre public procédural, inclus dans la notion plus générale d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, s'il statue sans tenir compte de l'autorité de la chose jugée d'une décision antérieure ou s'il s'écarte, dans sa sentence finale, de l'opinion qu'il a émise dans une sentence préjudicielle tranchant une question préalable de fond (ATF 140 III 278 consid. 3.1 p. 279 et les arrêts cités).

L'autorité de la chose jugée vaut également sur le plan international et régit, notamment, les rapports entre un tribunal arbitral suisse et un tribunal étatique ou arbitral étranger. Si donc une partie saisit un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse d'une demande identique à celle qui a fait l'objet d'un jugement ou d'une sentence en force rendu (e) entre les mêmes parties par un tribunal étatique ou arbitral ayant son siège sur un territoire autre que la Suisse, le tribunal arbitral suisse devra déclarer cette demande irrecevable, pour autant que le jugement étranger ou la sentence étrangère soit susceptible d'être reconnu (e) en Suisse en vertu de l'art. 25 LDIP ou de l'art. 194 LDIP (ATF 140 III 278 consid. 3.1 p. 279; arrêt 4A\_508/2010 du 14 février 2011 consid. 3.1; Berger/Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd. 2015, n. 1664). A ce défaut, il s'exposera au grief de violation de l'ordre public procédural.

4.2.2. La reconnaissance d'une sentence étrangère est l'acte du juge qui accorde à une telle sentence les mêmes effets juridiques qu'à un jugement local. La partie qui entend s'opposer à l'introduction, devant un tribunal étatique ou arbitral ayant son siège en Suisse, d'une action ayant le même objet que la sentence étrangère soulèvera l'exception de chose jugée et demandera la reconnaissance de cette sentence à titre incident, une procédure de reconnaissance autonome n'étant pas requise à cette fin (arrêt 4A\_508/2010, précité, *ibid.*; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *Arbitrage international*, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n. 867).

Conformément à l'art. 194 LDIP, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12; ci-après: CNY).

L'art. V CNY énonce de manière exhaustive les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère (ATF 135 III 136 consid. 2.1 p. 139). Ces motifs doivent être interprétés restrictivement pour favoriser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale (ATF 135 III 136 consid. 3.3). Il appartient à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exequatur d'établir que l'un des motifs de refus de l'art. V ch. 1 CNY existe (ATF 135 III 136 consid. 2.1 p. 139), alors que le juge pourra retenir d'office les deux motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exequatur indiqués à l'art. V ch. 2 de ladite convention (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, n. 897).

Aux termes de l'art. V ch. 2 let. b CNY, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate que la reconnais-

sance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. En tant que clause d'exception, la réserve de l'ordre public s'interprète de manière restrictive, spécialement en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers, où sa portée est plus étroite que pour l'application directe du droit étranger (effet atténué de l'ordre public). Il y a violation de l'ordre public lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence étrangère heurte de manière intolérable les conceptions suisses de la justice. Une sentence étrangère peut être incompatible avec l'ordre juridique suisse non seulement à cause de son contenu matériel, mais aussi en raison de la procédure dont elle est issue. A cet égard, l'ordre public suisse exige le respect des règles fondamentales de la procédure déduites de la Constitution, telles que le droit à un procès équitable et celui d'être entendu (arrêt 4A\_124/2010 du 4 octobre 2010 consid. 5.1; arrêt 4A\_233/2010 du 28 juillet 2010 consid. 3.2.1; arrêt 4P.173/2003 du 8 décembre 2003 consid. 4.1 et les précédents cités).

Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (cf. art. 52 du Code de procédure civile [CPC]; RS 272). Le principe de la bonne foi, ainsi énoncé pour la procédure civile ordinaire, est de portée générale, si bien qu'il régit aussi la procédure arbitrale, et ce dans le domaine de l'arbitrage interne comme en matière d'arbitrage international (arrêt 4A\_606/2013 du 2 septembre 2014 consid. 6.2.1; arrêt 4A\_214/2013 du 5 août 2013 consid. 4.3.1). En vertu de ce principe, il n'est pas admissible de garder en réserve des griefs concernant des vices de procédure qui auraient pu être rectifiés immédiatement pour ne les soulever qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale. Cette règle s'oppose aussi à ce que des motifs de refus de reconnaissance de la sentence étrangère prévus par la CNY en raison de l'existence de tels vices puissent être valablement invoqués s'ils ne l'ont pas déjà été en temps utile alors que la procédure arbitrale était pendante (Präklusionswirkung, selon la terminologie allemande). En revanche, la CNY n'exige pas que la partie intimée à la requête de reconnaissance, qui s'est prévalu pendente lite d'une irrégularité de procédure bien que sans succès, ait contesté, de surcroît, la sentence par les recours disponibles au siège de l'arbitrage (arrêt 4A\_124/2010, précité, consid. 6.3.3.1 et les références). Il n'est du reste pas certain que l'effet de déchéance s'applique également à un vice relevant de l'ordre public procédural, tel le non-respect du droit d'être entendu, qui constitue à la fois un motif de refus à invoquer par les parties (art. V ch. 1 let. b CNY) et un motif de refus à examiner d'office (art. V ch. 2 let. b CNY) (Patocchi/Jermini, in *Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n<sup>o</sup> 90 ad art. 194 LDIP; voir aussi: Franz Satmer, *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln*, 1994, p. 94, ch. V). Au demeurant et sur un plan plus général, la question de l'effet de déchéance, simplement évoquée ici, est fortement disputée dans la doctrine et la jurisprudence spécialisées. De plus, elle n'est guère dissociable des circonstances du cas particulier, de sorte qu'il paraît présomptueux de vouloir la résoudre dans l'abstrait et de manière définitive (sur cette problématique, cf., parmi d'autres: Borris/Hennecke, in *New York Convention Commentary*, Reinmar Wolff [éd.], 2012, nos 46 ss ad art. V CNY; Christian Josi, *Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz*, 2005, p. 137 ss.; Satmer, *op. cit.*, p. 94 ss.; Poudret/Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n. 943 ss). La Cour de céans optera, dès lors, pour une approche concrète de la question,

fondée sur l'analyse du comportement respectif des parties sous l'angle des règles de la bonne foi.

Un jugement étranger reconnu ne produit pas plus d'effet en Suisse que ne lui en attribue le système juridique dont il émane et il n'a en Suisse que l'autorité qui serait la sienne s'il émanait d'un tribunal suisse (ATF 140 III 278 consid. 3.2). L'étendue, en Suisse, de l'autorité de la chose jugée dont est revêtue une sentence étrangère susceptible d'être reconnue dans ce pays obéit au même principe jurisprudentiel (arrêt 4A\_508/2010, précité, consid. 3.3; Patocchi/Jermini, *op. cit.*, n° 136 ad art. 194 LDIP).

4.2.3. Le Tribunal fédéral examinera librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui pourraient se poser s'agissant de déterminer si la Formation a passé outre à l'autorité de la chose jugée de la décision CCRC 2011. Au besoin, il reverra aussi l'application du droit mexicain pertinent. Il n'en deviendra pas pour autant une cour d'appel. Aussi ne recherchera-t-il pas lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. e LDIP et que le recourant ne lui aurait pas présentés, contrairement aux exigences de l'art. 77 al. 3 LTF. Cependant, le Tribunal fédéral statuera, en toute hypothèse, sur la base des faits établis par le Tribunal arbitral (art. 105 al. 1 LTF), y compris ceux ayant trait au déroulement de la procédure arbitrale (cf. ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références), sauf exceptions prévues par la jurisprudence ad hoc (ATF 140 III 278 consid. 3.4 p. 283).

Par ailleurs et en dépit de l'objection soulevée à cet égard par le TAS dans sa réponse au recours, rien ne s'oppose à la prise en compte de l'avis de droit émanant de l'avocat et professeur E. \_\_\_\_\_, que le recourant a annexé à son mémoire (arrêt 4A\_146/2013 du 10 janvier 2013 consid. 2.6 et le précédent cité), voire, sous les réserves sus-indiquées (cf. consid. 3.2, dernier §), de l'expertise juridique complémentaire, établie par la même personne, que le recourant a produite avec sa réplique.

4.3.1. Dans sa réponse au recours, le TAS affirme que le recourant n'a jamais soulevé l'exception de chose jugée devant lui, mais s'est prévalu d'un cas de litispendance en relation avec la décision CCRC 2009 ainsi que de la prescription de l'action ouverte par les intimés. Selon lui, il eût été parfaitement contradictoire, de la part de l'intéressé, de soutenir à la fois que la cause était pendante devant la CCRC, d'une part, et que les entraîneurs, en saisissant la CSJ, n'avaient pas tenu compte de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision rendue le 6 octobre 2011 par la CCRC, d'autre part. Cette décision, ajoute le TAS, n'est du reste apparue qu'au moment où la CSJ, ayant invité la FMF à l'informer sur l'état de la procédure en cours devant la CCRC, s'est vu répondre par la fédération mexicaine, et non par le club recourant, que le dossier avait été classé par la décision en question, réponse intervenue le 13 avril 2012 (cf. let. A.c, 2e §, ci-dessus), soit six mois après la notification de cette décision aux parties.

Il appert des constatations figurant dans la sentence attaquée quant au déroulement de la procédure arbitrale mise en oeuvre par la Formation et des motifs exposés dans cette sentence, tels qu'ils ont été résumés plus haut (cf. let. B.), que le recourant n'a effectivement fait valoir, dans cette procédure, que les exceptions de lis pendens et de prescription. Quant à la décision CCRC 2011, il ne s'en est pas prévalu à l'appui d'une exception de chose jugée, mais pour étayer son

exception de prescription et soutenir que le désistement d'instance de la part des entraîneurs, constaté dans cette décision, avait rétabli la situation juridique existant avant l'introduction de la demande auprès de la CCRC, si bien que l'action des entraîneurs était prescrite (sentence, n. 94). Les constatations relatives à ces faits procéduraux lient le Tribunal fédéral. D'ailleurs, le recourant n'invoque pas l'une des rares exceptions qui permettent à la Cour de céans de les revoir. Sans doute soutient-il, références à l'appui, avoir bel et bien allégué l'existence de la décision CCRC 2011 et le fait que cette décision empêchait le TAS de statuer à nouveau sur la demande des intimés (réplique, p. 22 s., n. 2), raison pour laquelle il invite le Tribunal fédéral à demander au TAS l'enregistrement de l'audience du 18 octobre 2013 (Act. 10). Toutefois, hormis le fait que cette offre de preuve n'est pas suffisamment précise, en ce qu'elle se réfère en bloc à un enregistrement sans en indiquer le passage déterminant, et que les extraits d'écritures invoqués par le recourant ne sont pas concluants, à l'exception du contenu d'un courrier de l'intéressé du 3 janvier 2014 dont la Formation a jugé le dépôt tardif (cf. recours, p. 14 s., n. 33 et 34 et les pièces citées), la démarche du recourant ne consiste qu'en une remise en cause inadmissible des susdites constatations.

Dans ces conditions, on voit déjà mal comment reprocher à la Formation d'avoir méconnu l'autorité de la chose jugée de la décision CCRC 2011 et, partant, d'avoir rendu une sentence incompatible avec l'ordre public procédural, alors même qu'elle n'était pas saisie de l'exception correspondante. Quoi qu'il en soit, dût-on admettre, par hypothèse, que cette exception avait été soulevée par le recourant, voire que la Formation était tenue de constater d'office l'autorité de la chose jugée dont était prétendument revêtue la décision CCRC 2011, le sort du recours ne s'en trouverait pas modifié pour les motifs énoncés ci-après.

4.3.2.1. La CNY ne définit pas ce qu'il faut entendre par sentence arbitrale (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, n. 874). Tout au plus assimile-t-elle expressément l'arbitrage institutionnel à l'arbitrage ad hoc sous ce rapport (art. I ch. 2 CNY; Andreas Bucher, in *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano*, 2011, n° 20 ad art. 194 LDIP). Pour le reste, savoir si la qualification de sentence arbitrale, au sens de la CNY, dépend du droit de l'Etat d'origine de la décision, du droit de l'Etat requis ou d'une définition autonome propre à la Convention est une question disputée (à ce sujet, cf., parmi d'autres: Bernd Ehle, in *New York Convention Commentary*, Reinmar Wolff [éd.], 2012, nos 12 ss ad art. I CNY), même si la dernière approche semble avoir la préférence au sein de la doctrine (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, n. 877). Quoi qu'il en soit, pour être qualifiée de sentence arbitrale, une décision d'origine privée doit être comparable à celle d'un tribunal étatique (Poudret/Besson, *op. cit.*, ibid. et les exemples cités au n. 878). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une véritable sentence, assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal qui la rend offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance. A cet égard, la décision prise par l'organe d'une association sportive ayant qualité de partie au procès, cet organe fût-il dénommé tribunal arbitral, ne constitue qu'une simple manifestation de volonté émise par l'association intéressée; il s'agit d'un acte relevant de la gestion et non d'un acte judiciaire (ATF 119 II 271 consid. 3b p. 275 s.).

Le TAS exprime de sérieux doutes quant à la possibilité d'assimiler la décision CCRC 2011 à une véritable sentence arbitrale, au motif que le Tribunal

fédéral considère que les organes juridictionnels de la FIFA ne constituent pas de véritables tribunaux arbitraux (réponse, n. 12 avec une référence à l'arrêt publié aux ATF 136 III 345 consid. 2.2.1). Pareils doutes ne sont pas légitimes en l'espèce, s'agissant du statut juridique de la CCRC et abstraction faite de la procédure qui a été conduite par cet organisme in casu. Du reste, le TAS lui-même a conféré, dans une sentence du 21 décembre 2011 (n. 21 à 25; cause CAS 2010/A/2091 Dennis Latcher c. Derek Boateng Owusu), la qualité de véritables sentences arbitrales, susceptibles d'être reconnues et exécutées selon la CNY, aux décisions rendues par le tribunal arbitral de l'Association Israélienne de Football (IFA) — association comparable à la FMF —, en opposant ces décisions-là à celles rendues par la CSJ de la FIFA (n. 26).

L'art. 22 let. c RSTJ attribue à la FIFA la compétence pour trancher, notamment, les litiges de dimension internationale entre un club et un entraîneur relatifs au travail, à moins qu'un tribunal arbitral indépendant garantissant une procédure équitable existe au niveau national. Selon le commentaire du RSTJ publié par la FIFA, la dimension internationale du litige vient de ce que l'entraîneur est étranger dans le pays concerné. La FMF a fait usage de la réserve formulée dans la disposition citée. L'art. 77 de ses Statuts attribue à la CCRC la connaissance de toutes les réclamations que ses membres auraient entre eux. L'art. 91 des mêmes Statuts limite cette compétence aux disputes nationales internes, à savoir celles opposant les membres de la FMF, tels le club recourant, en tant qu'affilié direct, et les entraîneurs intimes, indépendamment de leur nationalité, en qualité d'affiliés indirects (art. 12 des Statuts). D'après son règlement, la CCRC est un organe paritaire permanent constitué d'un président, désigné par la Commission du Joueur et par le représentant des clubs — président assisté d'un secrétaire nommé par le conseil national —, d'un représentant des clubs désigné par les clubs professionnels ainsi que d'un représentant des joueurs choisi par les joueurs professionnels et chargé également d'y faire valoir les intérêts des entraîneurs. Le règlement de la CCRC prévoit une phase de conciliation suivie, le cas échéant, d'un véritable procès contradictoire avec administration de preuves. La décision, rendue par la CCRC à la majorité de ses membres à l'issue de la procédure d'instruction, peut faire l'objet d'un appel au TAS après épuisement des instances juridictionnelles internes (art. 92 des Statuts). Dans son avis de droit solidement motivé (n. 30 à 82), l'avocat et professeur E. \_\_\_\_\_, après avoir analysé en détail le fonctionnement de cet organe juridictionnel, arrive à la conclusion que la CCRC est un véritable tribunal arbitral, selon le droit mexicain, et que les décisions rendues par elle sont des sentences arbitrales au sens de l'art. I ch. 2 CNY. Il n'y a pas lieu de mettre en doute le résultat de cette analyse, laquelle n'est pas critiquée comme telle par le TAS.

4.3.2.2. En principe, seul un jugement au fond définitif jouit de l'autorité de la chose jugée, tandis qu'un jugement de procédure en force ne peut en être revêtu, tout au plus, qu'en rapport avec la condition de recevabilité dont le tribunal a admis ou nié l'existence (ATF 134 III 467 consid. 3.2 p. 469; 115 II 187 consid. 3a; François Bohnet, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 112 ad art. 59 CPC; Simon Zingg, in *Commentaire bernois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. I, 2012, n° 107 ad art. 59 CPC). Cependant, le droit de procédure civile suisse assimile certains actes unilatéraux des parties au jugement (Bohnet, *op. cit.*, n° 120 ad art. 59 CPC). Ainsi en va-t-il du désistement d'action (art. 241

al. 2 CPC; voir aussi l'art. 208 al. 2 CPC pour la procédure de conciliation), par opposition au désistement d'instance, dont les conditions sont fixées à l'art. 65 CPC. Bien que la loi ne fasse pas de distinction terminologique à cet égard, il ne faut pas confondre les deux institutions (Denis Tappy, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 22 ad art. 241 CPC; pour la situation antérieure à l'entrée en vigueur du CPC, voir l'arrêt 4A\_124/2014, précité, consid. 3.2 et les références). Le désistement d'action à proprement parler, qui constitue l'une des formes du passé-expédient, est l'acte par lequel le demandeur abandonne les conclusions qu'il a prises au procès; il porte sur l'action et bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Le désistement d'instance ou retrait de la demande, en revanche, qui n'en est pas revêtu, est un acte qui met exclusivement fin à l'instance et qui ne fait pas obstacle à la réintroduction de l'action à certaines conditions (Fabienne Hohl, *Procédure civile*, tome I, 2001, n. 1346 à 1348; Bohnet, *op. cit.*, n° s 1 à 7 ad art. 65 CPC; Tappy, *ibid.*).

Il ressort des explications de l'expert E. \_\_\_\_\_ (avis de droit, n. 83 à 106) que le droit de procédure civile mexicain distingue, lui aussi, le désistement d'action du désistement d'instance et attribue à ces deux actes de procédure unilatéraux des effets comparables à ceux qu'ils sortissent d'après le droit de procédure civile suisse; qu'en principe, la déclaration de caducité qu'entraîne l'inactivité procédurale durant une période déterminée n'équivaut qu'à un désistement d'instance; que, toutefois, par exception à la règle générale, lorsqu'une telle déclaration intervient en application de l'art. 773 de la loi fédérale sur le travail, comme dans le cas de la décision CCRC 2011, elle est considérée comme un désistement d'action revêtu de l'autorité de la chose jugée; partant, que ladite décision s'opposait à ce que les entraîneurs fissent valoir leurs prétentions en introduisant une nouvelle action où que ce fût, y compris devant un organe juridictionnel de la FIFA.

Il y a lieu d'admettre, sur le vu de ces explications, que, contrairement à l'avis exprimé par le TAS (réponse, n. 10), la décision CCRC 2011 en force n'a pas uniquement mis un terme à l'instance pendante devant le tribunal arbitral sportif de la FMF, mais a eu pour effet d'exclure toute nouvelle action portant sur le même objet. Or, il n'est pas contestable, ni contesté d'ailleurs, que l'action ouverte le 1er octobre 2009 par les entraîneurs devant la CSJ était identique, quant à ses auteurs et à son objet (sur cette dernière notion, cf. l'arrêt publié aux ATF 140 III 278 consid. 3.3 et les arrêts cités), à celle qui avait été soumise, le 24 juillet 2009, à la CCRC. Par conséquent, le juge unique de la CSJ, lorsqu'il avait statué sur cette action, le 11 mai 2012, en ayant connaissance de la décision définitive rendue le 6 octobre 2011 par la CCRC, aurait dû la déclarer irrecevable pour cause de chose jugée. Le TAS, pour sa part, n'aurait pas dû entrer en matière sur l'appel des entraîneurs ni rendre une sentence sur le fond, sauf à violer l'ordre public procédural.

Encore faut-il, pour pouvoir reprocher au TAS d'avoir méconnu l'autorité de la chose jugée de la décision CCRC 2011, que cette décision soit susceptible d'être reconnue en Suisse sur la base de la CNY. C'est ce qu'il reste à examiner.

4.3.2.3. L'ordre public du pays où la reconnaissance de la sentence est requise, dont l'art. V ch. 2 let. b CNY érige la violation en motif de refus à retenir d'office, exige, lorsque ce pays est la Suisse, le respect des règles fondamentales de la procédure déduites de la Constitution, tel le droit d'être entendu (cf. consid.

4.2.2, 4e §, ci-dessus). Ce droit, qui s'applique aussi en matière d'arbitrage, suppose que chaque partie ait le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour la sentence à rendre, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral (arrêt 4A\_606/2013 du 2 septembre 2014 consid. 4.1 et les arrêts cités).

En l'espèce, la décision CCRC 2011 a été rendue en violation manifeste du droit d'être entendu des intimés. De fait, elle a été prise le 6 octobre 2011, par le président de la CCRC, sur la seule base d'un rapport de la secrétaire de ce tribunal arbitral attestant qu'aucune démarche n'avait été effectuée par les parties depuis le 9 septembre 2009, date à laquelle la CCRC avait ordonné la suspension de la cause (décision CCRC 2009). Il n'est pas établi, ni allégué du reste, que les parties aient été convoquées à cette séance, qui n'a duré qu'une demi-heure, ni même qu'elles aient simplement été informées de sa tenue. Pourtant, comme le relève l'expert E. \_\_\_\_\_ dans son avis de droit (n. 101 et note de pied 62), en vertu des art. 772 et 773 de la loi fédérale sur le travail, le désistement d'action ne peut être constaté par la CCRC que sur requête d'une des parties et après une interpellation préalable du travailleur resté inactif rendant ce dernier attentif aux conséquences de son inaction. Concrètement, on a affaire, dans le cas présent, à deux travailleurs argentins, représentés par un avocat argentin, à qui l'on voudrait opposer une disposition figurant dans la loi mexicaine en matière de travail qui les priverait définitivement de la possibilité de faire valoir leurs droits en justice, par la fiction juridique — contraire à la règle générale ne prévoyant que la caducité d'instance — d'un désistement d'action consécutif à leur simple inactivité, et ce sans qu'ils aient été mis en mesure de se défendre de quelque façon que ce fût, alors que le même tribunal arbitral avait rendu deux ans plus tôt une décision ambiguë les invitant, sinon à mieux agir, du moins à ne pas agir avant droit connu sur la procédure pénale pour faux dans les titres ouverte antérieurement sur plainte du recourant. Qui plus est, les entraîneurs, n'étant pas parties à la procédure pénale en question, n'étaient pas en mesure de faire avancer celle-ci, si bien que le recourant pouvait obtenir une sentence constatant la caducité de l'action introduite contre lui par les intimés en laissant simplement la procédure pénale pendante suivre son cours et en s'abstenant d'entreprendre toute démarche propre à la faire avancer.

Force est d'admettre, dès lors, que la violation crasse du droit d'être entendu des entraîneurs par la CCRC constitue un motif de refus de la reconnaissance de la décision CCRC 2011.

Les intimés n'ont pas eu l'occasion de se défendre contre cette violation de leur droit d'être entendus pendente lite puisqu'ils n'ont appris l'existence de la décision CCRC qu'après son prononcé. Ils ne sauraient donc être considérés comme forclos pour n'avoir pas réagi avant que ce tribunal arbitral ait statué. Sans doute n'ont-ils pas interjeté appel auprès du TAS contre la décision CCRC 2011, alors qu'il leur était théoriquement possible de le faire. Toutefois, étant donné les circonstances, le recourant leur reproche à tort de n'avoir pas emprunté cette voie de droit. Comme on l'a déjà souligné, la question de l'effet de déchéance, motif pris du non-usage d'un moyen de droit disponible, est fort controversée, et il est loin d'être acquis que semblable effet vaille aussi pour des vices de procédure, telle la violation du droit d'être entendu, qui constituent des motifs de refus de

reconnaissance à examiner d'office sous l'angle de la CNY (cf. consid. 4.2.2, § 5, ci-dessus). D'autre part, il paraît délicat, au regard du principe de l'économie de la procédure, de vouloir reprocher aux intimés de ne pas avoir appelé de la décision CCRC 2011 auprès du TAS. Exiger d'eux qu'ils introduisissent, devant cet organe, une procédure arbitrale pouvant s'avérer longue et coûteuse, à la seule fin de faire constater que la décision les concernant, prise par le tribunal arbitral sportif mexicain, violait les dispositions pertinentes du droit mexicain, quitte à permettre encore à leur adverse partie, ce faisant, d'attaquer devant le Tribunal fédéral la sentence qui eût été par hypothèse favorable aux appelants, tout ceci pour les autoriser, le cas échéant, à réactiver, une ou plusieurs années plus tard, la procédure close à tort par la CCRC, en vue d'obtenir un examen au fond de leurs prétentions, n'aurait guère de sens. Il ne faut pas oublier non plus que les intéressés n'ont pas adopté une attitude illogique en saisissant la CSJ sans égard au fait qu'ils avaient introduit leur demande en premier lieu devant la CCRC, attendu que le TAS a interprété comme eux la décision CCRC 2009 en ce sens que le tribunal arbitral mexicain avait choisi de ne pas exercer sa compétence et les avait laissés libres de faire valoir leurs prétentions devant un autre organe juridictionnel. Par conséquent, les intimés ne peuvent pas se voir opposer un effet de déchéance pour ne pas avoir entrepris la décision CCRC 2011.

4.4. Il appert de cet examen que la sentence rendue le 6 octobre 2011 par la CCRC, quoique revêtue de l'autorité de la chose jugée selon le droit mexicain, est contraire à l'ordre public de la Suisse, si bien que sa reconnaissance doit être refusée en vertu de l'art. V ch. 2 let. b CNY. Aussi le juge unique de la CSJ et, à sa suite, le TAS, en entrant en matière sur la demande des entraîneurs, nonobstant la décision CCRC 2011, n'ont-ils pas violé l'ordre public procédural au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Le moyen soulevé de ce chef par le recourant tombe ainsi à faux.

5. Dans un moyen subsidiaire, fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, le recourant soutient que le TAS s'est déclaré à tort compétent. Il ne soulève, toutefois, ledit moyen qu'en raison de l'incertitude qui régnerait, à ses yeux, sur le point de savoir si l'autorité de la chose jugée est une question de recevabilité ou une question de compétence. Pour le reste, il développe son raisonnement en partant de la prémisse selon laquelle la décision CCRC 2011 jouirait de l'autorité de la chose jugée et serait opposable aux intimés. Or, comme on vient de le démontrer, cette décision, même si elle constitue une sentence bénéficiant de l'autorité de la chose jugée au regard du droit mexicain, ne peut pas être reconnue en Suisse. Dès lors, les déductions que le recourant voudrait en tirer du point de vue de la compétence du TAS s'en trouvent privées de fondement.

Au demeurant, le recourant ne met pas en cause la compétence juridictionnelle de la FIFA, dont est issue celle du TAS, à un autre titre, en particulier au regard du contenu même de la clause arbitrale insérée dans les contrats de travail qu'il avait conclus avec les entraîneurs. Il n'est donc pas possible d'examiner la question de la compétence sous un autre angle que celui qu'il a choisi (art. 77 al. 3 LTF).

6. Au terme de cet examen, il y a lieu de rejeter le recours. (*Omissis*).

## **I rapporti fra impugnazione del lodo arbitrare nello Stato d'origine e giudizio di riconoscimento ed esecuzione del lodo estero.**

1. La sentenza del Tribunale federale svizzero in epigrafe appare meritevole di attenzione, in quanto si confronta con una questione ampiamente discussa, ben oltre, peraltro, i confini dell'ordinamento elvetico. In particolare, la decisione si è soffermata sul quesito se i motivi di annullamento del lodo, che potrebbero essere fatti valere attraverso un'impugnazione nel Paese d'origine, possano essere dedotti nel giudizio di riconoscimento o esecuzione del lodo all'estero, pur a seguito del decorso dei termini previsti per l'impugnazione, senza che la stessa sia stata esperita <sup>(1)</sup>.

A tal fine si procederà anzitutto a un breve esame di tale dibattito come sviluppatosi in alcuni ordinamenti, quali quello tedesco, inglese, di Hong Kong e svizzero, ove esso ha suscitato particolare attenzione, tanto da costituire anche oggetto di un recente studio monografico <sup>(2)</sup>, per poi tentare di offrire una soluzione dal punto di vista dell'ordinamento italiano, nel quale, invece, la questione risulta affrontata solo di sfuggita.

2. Una breve sintesi dei fatti oggetto della controversia decisa dal Tribunale federale è peraltro necessaria al fine di cogliere il percorso argomentativo seguito nella sentenza in rassegna, avente ad oggetto l'impugnazione di un lodo del Tribunale Arbitrale dello Sport, che, a sua volta, era stato adito per l'annullamento di una sentenza arbitrale resa dal *Players' Status Committee* della FIFA.

La controversia ha tratto origine dalle pretese risarcitorie di due allenatori di calcio nei confronti del *Club* che a loro avviso li avrebbe assunti e che si sarebbe reso responsabile della violazione del contratto con loro stipulato. Le domande venivano originariamente proposte nell'ambito di un arbitrato amministrato dalla Federazione Messicana di Calcio. Eccepita dal *Club* convenuto l'inesistenza del contratto, in ragione della asserita falsità della sottoscrizione, il tribunale arbitrale sospendeva il giudizio, in attesa della definizione del procedimento penale che si era aperto in relazione a tale fatto. Due anni dopo il provvedimento di sospensione, il tribunale arbitrale rendeva una decisione — senza previamente sentire le parti — con la quale dichiarava definito il procedimento

---

<sup>(1)</sup> Qualora invece i termini per proporre l'impugnazione nello Stato d'origine non siano ancora decorsi non sembrano esservi ragioni per dubitare che i motivi ostativi all'efficacia del lodo estero siano deducibili in sede di riconoscimento o esecuzione: cfr. KRÖLL, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Germany*, in *Int. A.L.R.*, 2002, 175.

<sup>(2)</sup> In argomento, si veda la recente indagine comparata di STEGER, *Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Tübingen, 2015.

arbitrale, sulla scorta del fatto che la sospensione perdurava da oltre sei mesi senza aver ricevuto alcuna notizia sulla pendenza o sull'esito del procedimento penale.

Dopo la notifica del provvedimento di sospensione gli allenatori decidevano di agire in altra sede, proponendo le medesime domande in un secondo arbitrato davanti al *Players' Status Committee* della FIFA<sup>(3)</sup>. Tale giudizio si concludeva con il rigetto delle pretese risarcitorie, cui seguiva un giudizio di impugnazione davanti al Tribunale arbitrale dello Sport con sede a Losanna<sup>(4)</sup>, il quale, in riforma della decisione impugnata, condannava il *Club* al risarcimento dei danni.

La decisione del TAS veniva quindi impugnata dal *Club* soccombente davanti al Tribunale federale svizzero<sup>(5)</sup>, sull'assunto che essa sarebbe stata resa disconoscendo l'efficacia di *res iudicata* che avrebbe dovuto essere attribuita alla pronuncia con cui il tribunale arbitrale messicano aveva definito il procedimento arbitrale originariamente intrapreso dai due allenatori. In tal prospettiva il lodo del TAS sarebbe stato annullabile ai sensi dell'art. 190, comma 2, lett. e), LDIP in quanto contrastante con l'ordine pubblico o, in subordine, ai sensi dell'art. 190, comma 2, lett. b), LDIP in quanto reso in difetto di competenza.

3. Al fine di decidere sull'impugnazione, il Tribunale federale si è dovuto confrontare con varie questioni: a) se, in astratto, il contrasto fra un lodo svizzero e un precedente giudicato possa integrare un motivo di annullamento ai sensi dell'art. 190, comma 2, lett. e) LDIP<sup>(6)</sup>; b) se sia necessario, qualora il giudicato sia costituito da una decisione arbitrale straniera, che la stessa sia suscettibile di essere riconosciuta nell'ordinamento svizzero<sup>(7)</sup>; c) se la decisione straniera pronunciata dal tribunale arbitrale messicano potesse qualificarsi come lodo arbitrale<sup>(8)</sup>, se potesse esserle attribuita efficacia di *res iudicata* e se fosse idonea a precludere la riproposizione delle domande oggetto di quel giudizio<sup>(9)</sup>; d) infine, se assunta rilevanza, nella valutazione della sussistenza di motivi ostativi al

---

<sup>(3)</sup> Per la competenza del *Players' Status Committee* a decidere controversie fra un *Club* ed i suoi allenatori, cfr. art. 22, comma 1, lett. c), *Regulations on the Status and Transfer of Players*.

<sup>(4)</sup> Cfr. art. 67, par. 1 *FIFA Statutes*.

<sup>(5)</sup> Il TAS ha sede a Losanna e trovano pertanto applicazione le disposizioni di legge svizzere sull'arbitrato, peraltro differenziate secondo che l'arbitrato rientri nel campo d'applicazione della legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) o del codice di procedura civile: cfr. RIGOZZI, *Arbitrati e tribunale internazionale sportivo*, in RUBINO SAMMARTANO (diretto da), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Torino, 2009, 1128.

<sup>(6)</sup> Cfr. punto 4.2.1 della sentenza.

<sup>(7)</sup> Cfr. punto 4.2.2 della sentenza.

<sup>(8)</sup> Cfr. punto 4.3.2.1 della sentenza.

<sup>(9)</sup> Cfr. punto 4.3.2.2 della sentenza.

riconoscimento del lodo straniero, il fatto che la parte soccombente in arbitrato non abbia impugnato il lodo davanti ai giudici dello Stato d'origine, lasciando decorrere i termini previsti per l'impugnazione<sup>(10)</sup>.

Anzitutto, il Tribunale federale ha affermato che un lodo arbitrale contrario ad un precedente giudicato è suscettibile di annullamento per violazione dell'ordine pubblico<sup>(11)</sup>. Nel caso di specie è stato poi ritenuto che il lodo messicano costituisse *res iudicata*<sup>(12)</sup> e fosse pertanto idoneo ad impedire la riproposizione delle domande con esso decise. Tuttavia, la sentenza ha soggiunto che, affinché una decisione resa in Svizzera possa contrastare con un giudicato straniero, statale o arbitrale, è necessario che essa sia riconoscibile in Svizzera. A tal fine, dunque, risulta necessario esaminare, in via incidentale e senza necessità di un autonomo procedimento<sup>(13)</sup>, se essa soddisfi i requisiti per il riconoscimento, previsti dalla Convenzione di New York del 1958, richiamata dall'art. 194 LDIP.

Nel caso di specie, il Tribunale federale ha rilevato che il lodo messicano era stato pronunciato in violazione del principio del contraddittorio, non essendo stati sentiti gli attori prima della pronuncia. Di conseguenza, non poteva essere data ad esso efficacia in Svizzera, sussi-

---

<sup>(10)</sup> Cfr. punti 4.2.2 e 4.3.2.3 della sentenza. La particolarità del caso di specie si può ravvisare nel fatto che la pronuncia del tribunale arbitrale messicano sarebbe stata impugnabile davanti al TAS, vale a dire davanti ad un organismo arbitrale con sede in Svizzera e non nell'ordinamento d'origine del lodo, la cui decisione, a sua volta, avrebbe potuto essere impugnata davanti al Tribunale federale svizzero. Tuttavia, tale rilievo non incide sui termini del problema.

<sup>(11)</sup> Il principio era stato peraltro già affermato dal medesimo Tribunale federale: cfr. decisione 4A\_490/2009 del 13 aprile 2010. Esso, inoltre, appare condiviso anche dalla dottrina svizzera: cfr. ARROYO, *sub* art. 190, in ARROYO (a cura di), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Alphen aan den Rijn, 2013, 244; BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>a</sup> ed., Bern, 2015, 583; KAUFMANN-KOHLER, RIGOZZI, *International Arbitration. Law and Practice in Switzerland*, Oxford, 2015, 490.

<sup>(12)</sup> Il dubbio originava dal fatto che la sentenza arbitrale non aveva deciso il merito, ma, a dispetto di ciò, il Tribunale federale ha ritenuto che, secondo il diritto messicano, può essere riconosciuta efficacia di *res iudicata* anche ad una decisione che non esamini il merito. Al riguardo è stato poi soggiunto, da un lato, che ad un giudicato straniero riconosciuto in Svizzera non vanno attribuiti effetti maggiori di quelli che ha nell'ordinamento dal quale proviene e, d'altro lato, che esso ha gli stessi effetti che avrebbe qualora la decisione fosse stata resa da un giudice svizzero. Dal momento poi che l'ordinamento svizzero ammette che la definizione di un processo senza l'esame nel merito della domanda possa, in taluni casi, precludere la riproposizione della stessa, la decisione in rassegna ha potuto concludere che il lodo messicano, ancorché non si fosse pronunciato sul merito, potesse avere un effetto preclusivo alla riproposizione delle domande.

<sup>(13)</sup> Cfr., altresì, la decisione del Tribunale federale 4A\_633/2013 del 29 maggio 2014. In argomento, in dottrina, cfr. BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 742; BERNET, MEIER, *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in GEISINGER, VOSER (a cura di), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, 2<sup>a</sup> ed., Alphen aan den Rijn, 2013, 202; VOSER, RANEDA, *Recent Developments on the Doctrine of Res Iudicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, in *ASA Bull.*, 2015, 758 s.

stendo il requisito ostativo al riconoscimento di cui all'art. V, par. 2, lett. b) della Convenzione di New York <sup>(14)</sup>.

È dunque a questo punto che la decisione in commento ha affrontato l'ultimo dei quesiti sopra indicati, vale a dire se un motivo ostativo al riconoscimento del lodo arbitrale straniero, deducibile altresì con l'impugnazione del lodo, ma in quella sede non fatto valere, possa ancora venire in rilievo in sede di riconoscimento: se la risposta a tale interrogativo fosse negativa, il lodo, ancorché in astratto non riconoscibile, potrebbe essere ciononostante riconosciuto.

La sentenza in rassegna ha negato la sussistenza di un onere di impugnazione del lodo nello Stato d'origine, anche se, a dispetto di ciò, non ha escluso che la mancata impugnazione possa comportare una qualche decadenza. Tuttavia, per un verso, è stato precisato che la questione non potesse essere risolta in linea generale, ma, piuttosto, che andasse valutato alla luce del principio di buona fede il comportamento tenuto dalla parte che si oppone al riconoscimento (sull'implicito presupposto che si possa ammettere una preclusione qualora tale comportamento non risulti improntato a detto principio) <sup>(15)</sup>; per altro verso, ha soggiunto che la mancata impugnazione del lodo è comunque irrilevante qualora il riconoscimento non possa essere concesso in ragione della sussistenza di uno dei motivi ostativi rilevabili d'ufficio ai sensi dell'art. V, par. 2 della Convenzione di New York, nel cui ambito poteva essere ricondotta anche la violazione del contraddittorio.

Sulla scorta di tali premesse, il Tribunale federale ha perciò concluso che la violazione del contraddittorio, pur non fatta valere contro il lodo messicano, poteva ancora essere eccepita o rilevata al fine di impedirne il riconoscimento in Svizzera. E dunque, non essendo il lodo riconoscibile, non sussisteva alcun contrasto tra la sentenza arbitrale del TAS impugnata e il precedente lodo messicano.

4. Come da programma, prendiamo le mosse dall'esame del dibattito nel quale la decisione del Tribunale federale si inserisce; dibattito che vede gli interpreti divisi fra chi propende per la soluzione favorevole alla preclusione e chi invece la nega.

---

<sup>(14)</sup> In senso conforme era la precedente giurisprudenza del Tribunale federale: cfr. decisione 4A\_124/2010 del 4 ottobre 2010; decisione 4A\_233/2010 del 28 luglio 2010; decisione 4P.173/2003 dell'8 dicembre 2003.

<sup>(15)</sup> In particolare, il Tribunale federale ha ritenuto che, nel caso di specie, un'impugnazione si sarebbe rivelata costosa ed avrebbe potuto avere come effetto solo quello di permettere la riproposizione delle domande; domande che erano già state proposte in altra sede non senza motivo (atteso che la pronuncia di sospensione del tribunale arbitrale per pendenza del procedimento penale poteva essere interpretata come una scelta del tribunale arbitrale messicano di non esercitare il proprio potere decisorio, lasciando le parti libere di agire in altra sede): cfr. § 4.3.2.3 della decisione in commento.

In Germania, in applicazione della disciplina previgente sul riconoscimento dei lodi stranieri, la giurisprudenza affermava che la parte che non avesse fatto valere l'invalidità dell'accordo compromissorio con l'impugnazione nello Stato d'origine del lodo non potesse sollevare tale eccezione, opponendosi al riconoscimento o all'esecuzione<sup>(16)</sup>. La riforma dell'arbitrato del 1998 ha però mutato il quadro normativo, prevenendosi oggi al § 1061 ZPO che il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri sono regolati dalla Convenzione di New York del 1958. Pur nel silenzio della Convenzione al riguardo, non mancano soluzioni favorevoli ad ammettere una siffatta preclusione, affermandosi l'applicabilità della disciplina relativa all'esecuzione dei lodi domestici al riconoscimento ed all'esecuzione dei lodi esteri; disciplina la quale esclude che in sede di *exequatur* possano essere sollevati motivi non fatti valere con l'impugnazione del lodo (con l'eccezione di quelli inerenti alla non arbitrabilità e alla violazione dell'ordine pubblico)<sup>(17)</sup>. Una tale soluzione è contrastata

---

<sup>(16)</sup> In quel quadro, era stato sostenuto che l'allora vigente § 1044, comma 2, lett. a), ZPO escludeva il riconoscimento o l'esecuzione quando il lodo fosse invalido secondo la legge applicabile al procedimento arbitrale. A dispetto di ciò, però, la mancata impugnazione del lodo finiva per sanare l'eventuale invalidità, per lo meno quando la competenza arbitrale non fosse stata affermata in modo arbitrario: cfr. BGH 7 gennaio 1971, in *BGHZ* 55, 162, 167 ss.; BGH 21 ottobre 1971, in *BGHZ* 57, 153, 156; BGH 10 maggio 1984, in *NJW*, 1984, 2763. Non erano ad ogni modo mancate critiche a tale indirizzo giurisprudenziale: cfr. BÜLOW, *Der Schiedsvertrag in dem Verfahren der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruch*, in *NJW*, 1971, 486 ss. Peraltro, la stessa giurisprudenza ha espressamente escluso che siffatto principio potesse precludere la possibilità di negare il riconoscimento del lodo per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi del § 1044, comma 2, lett. b), ZPO (corrispondente all'art. V, par. 2, lett. b) Convenzione di New York): cfr. BGH 26 aprile 1990, in *YCA*, 1996, XXI, 532. Successivamente, fu sostenuto, nell'ambito di un procedimento in cui era stata sollevata un'eccezione di contrarietà all'ordine pubblico fondata sulla carenza di imparzialità dell'arbitrato, che una siffatta eccezione — pur nel caso di specie ritenuta infondata — doveva essere fatta valere davanti ai giudici dello Stato d'origine laddove la questione sia regolata dagli stessi principi previsti dall'ordinamento tedesco: cfr. BGH 1 febbraio 2001 - III ZR 332/99, in *YCA*, 2004, XXIX, 708.

<sup>(17)</sup> Il § 1060, comma 2, ZPO dispone che una sentenza arbitrale non possa essere dichiarata esecutiva dal giudice statale se vengono ravvisati motivi che giustificerebbero l'accoglimento di un'impugnazione ai sensi del precedente al § 1059, comma 2, n. 1, ZPO; tuttavia, all'ultimo periodo, soggiunge che i motivi (diversi dalla non arbitrabilità e dalla violazione dell'ordine pubblico) non possano essere presi in considerazione se sia decorso il termine per l'impugnazione del lodo e non siano stati fatti valere nel relativo procedimento. Per l'estensione di tale disciplina anche ai lodi esteri: cfr. KM Berlin 17 aprile 2008, in *YCA*, 2009, XXXIV, 510; OLG Karlsruhe 14 settembre 2007, in *SchiedsVZ*, 2008, 47; OLG Karlsruhe 3 luglio 2006 - 9 Sch 01/06, in *YCA*, 2007, XXXII, 358; OLG Karlsruhe 27 marzo 2006 - 9 Sch 2/05, in *SchiedsVZ*, 2006, 335. In senso possibilista in merito alla sussistenza della preclusione, cfr. OLG Hamm 27 settembre 2005 - 29 Sch 01/05, in *SchiedsVZ*, 2006, 106. In dottrina, in senso favorevole alla preclusione, GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7<sup>a</sup> ed., Köln, 2015, 1474; KRÖLL, KRAFT, *Germany: Estoppel from Raising Defences in Recognition and Enforcement Proceedings of a Foreign Arbitral Award*, in *Int. A.L.R.*, 2005, 48; MERKT, *Zur sogenannten Präklusionsrechtsprechung des BGH bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche*, in *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, II, Tübingen 2013, 1312 ss.; VOIT, *sub* § 1061, in MUSIELAK, VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO*, 11<sup>a</sup> ed., München, 2014, 2708 s.; WOLFF, *BGH: Keine Präklusion des Einwands einer fehlenden wirksamen Schiedsvereinbarung durch unterlassenes Einlegen eines fristgebundenen Rechtsbehelfs im Ursprungsland des Schiedsspruchs*, in

però sia da un differente filone interpretativo, per il quale in base alla Convenzione di New York non si potrebbe sostenere un onere di impugnazione nello Stato d'origine<sup>(18)</sup>, sia dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. Quest'ultimo ha infatti sostenuto, da un lato, che vi sarebbe margine per affermare la sussistenza di una tale preclusione, ogniqualvolta sia riconoscibile in capo alla parte opponente un comportamento di mala fede, considerato del resto che l'art. V della Convenzione di New York stabilisce che il giudice possa (« may ») — ma non debba — rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione in presenza delle circostanze ostative ivi indicate<sup>(19)</sup>; d'altro lato, ha però puntualizzato che tale preclusione potrebbe essere ravvisata solo in determinate circostanze<sup>(20)</sup>, escluden-

---

*LMK*, 2011, 318374; nonché ADOLPHSEN, *sub* § 1061 Anh. 1 Art. V UNÜ, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4<sup>a</sup> ed., München, 2013, 544, ogni qualvolta la parte abbia partecipato al procedimento arbitrale; KRAFT, *Preclusion to Raising Objections to Enforceability of Foreign Arbitral Awards in Germany*, in *Int. A.L.R.*, 2006, 68, il quale, tuttavia, puntualizza che la preclusione vada negata quando l'impugnazione nello Stato di origine sia ostacolata da ragioni fattuali, come ad esempio, il cattivo funzionamento del sistema giudiziario; KRÖLL, *sub* § 1061, in BOCKSTIEGEL, KRÖLL, NACIMIENTO (a cura di), *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, 2<sup>a</sup> ed., Alphen aan den Rijn, 2015, 461, il quale comunque esclude la preclusione quando la parte contesta la giurisdizione arbitrale.

<sup>(18)</sup> OLG Schleswig 30 marzo 2000, in *RIW*, 2000, 706, spec. 708, sulla scorta del rilievo che quanto stabiliva il § 1044, comma 2, *ZPO* non è più in vigore a seguito della riforma, con conseguente venir meno della base normativa su cui si fondava la soluzione avanzata dalla precedente giurisprudenza richiamata alla nota 16. In dottrina, in senso contrario alla preclusione, cfr. HAAS, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958*, in WEIGAND (a cura di), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, München-Bruxelles-Wien-Bern, 2002, 490; SCHÜTZE, *Der Abschied von der Präklusionsrechtsprechung bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche*, in *RIW*, 2011, 417 ss.; SCHLOSSER, *sub* § 1061, in STEIN, JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IX, 22<sup>a</sup> ed., Tübingen, 2002, 665; nonché, con specifico riferimento all'invalidità dell'accordo compromissorio, MALLMANN, *Die Bedeutung der Schiedsvereinbarung im Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche*, in *SchiedsVZ*, 2004, 157 ss.

<sup>(19)</sup> È peraltro discusso se la Convenzione di New York effettivamente attribuisca una discrezionalità nel conferire o meno efficacia al lodo straniero, considerato che, se la versione inglese della Convenzione prevede che il riconoscimento e l'esecuzione « may be refused », il testo francese è invece formulato in termini che non sembrano offrire margini di discrezionalità. In argomento, cfr. PAULSSON, *May or Must under the New York Convention: an Exercise in Syntax and Linguistic*, in *Arb. Int'l*, 1998, 227 ss.

<sup>(20)</sup> BGH 17 aprile 2008 - III ZB 97/06, in *SchiedsVZ*, 1008, 196, il quale ha ritenuto che la preclusione si possa ravvisare solo se, in primo luogo, il comportamento della parte che si oppone al riconoscimento sia stato contraddittorio e, in secondo luogo, se esso si concretizzi in un abuso del diritto. Ad esempio, ciò si potrebbe ravvisare quando il comportamento di una parte induca l'altra a ritenere ragionevolmente che determinate possibili eccezioni non saranno sollevate in sede di *exequatur*, con la precisazione, però, che la semplice mancata impugnazione del lodo non sarebbe idonea a giustificare un tale convincimento. Conf., in dottrina, FELDMANN, *Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung aus Schiedssprüchen*, Hamburg, 2014, 159 s.; STEGER, *Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, cit., 244; KRAAYVANGER, *Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs: Einwendungen des Antragsgegners und Gegeneinwand der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens - zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 17. April 2008 - III ZB 97/06*, in *SchiedsVZ*, 2008, 302; nonché OTTO, *Präklusion und Verwirkung von Vollstreckungsversagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsentscheidungen*, in *IPRax*, 2002, 223, per il quale, però, se la parte propone l'impugnazione vanno con essa dedotti tutti

dosi al contempo l'applicabilità della disciplina relativa al lodo domestico, predicata invece — come si è visto — da altra parte della giurisprudenza (21).

Nell'ordinamento inglese non sono parimenti mancate prese di posizione a favore della tesi restrittiva, fondate sull'interpretazione della disciplina interna relativa al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi esteri (riproduttiva della Convenzione di New York). Vi è infatti chi muove dall'idea che la s. 103, par. 1, *Arbitration Act 1996* attribuisca al giudice una *discretion* nel decidere se concedere il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza arbitrale straniera. E dunque ancorché fosse dimostrata la sussistenza di un motivo ostativo al riconoscimento, il giudice potrebbe accogliere la domanda: sarebbe proprio nell'ambito di tale valutazione discrezionale che si potrebbe tenere conto del fatto che una parte, pur avendo partecipato al procedimento arbitrale, non abbia impugnato il lodo per un determinato motivo che poi pretende di opporre in sede di riconoscimento del lodo all'estero (22). Va però dato atto che, in tempi più recenti, la *Supreme Court* inglese si è espressa in senso divergente, affermando che impugnazione, da un lato, e opposizione al riconoscimento o esecuzione del lodo all'estero, dall'altro, sono strade fra loro alternative (23).

---

i possibili motivi di invalidità del lodo, risultando, in difetto, preclusa la possibilità di farli valere in sede di opposizione al riconoscimento.

(21) BGH 16 dicembre 2010 - III ZB 100/09, in *SchiedsVZ*, 2011, 105. Per una lettura in senso restrittivo della “nuova” giurisprudenza del BGH, che troverebbe applicazione esclusivamente alle ipotesi di invalidità della convenzione arbitrale, dovendo altrimenti valere il principio della preclusione, cfr. OLG Karlsruhe 4 gennaio 2012, in *SchiedsVZ*, 2012, 101.

(22) Cfr. *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of Lithuania* [2005] EWHC 9 (Comm), con la quale la *High Court* ha ritenuto rilevante la mancata impugnazione in considerazione del fatto che, con riferimento all'eccezione di carenza di accordo compromissorio, al lodo domestico è stabilito all'art. 73, par. 2, *Arbitration Act 1996*, che, qualora il tribunale arbitrale affermi la sua competenza, la parte che non si attivi con i rimedi disponibili per contestare tale decisione perde il diritto di eccepire successivamente la carenza di *jurisdiction* in capo agli arbitri. Un approccio simile era stato precedentemente seguito anche da Colman J in *Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd* [1999] 1 All E.R. (Comm) 315, il quale aveva affermato che, come regola generale, la parte è tenuta a far valere i vizi del procedimento arbitrale in sede di impugnazione del lodo, osservando che « *a party who contracts into an agreement to arbitrate in a foreign jurisdiction is bound not only by the local arbitration procedure but also by the supervisory jurisdiction of the courts of the seat of arbitration* ». In dottrina, in questo senso, cfr. MUSTILL, BOYD, *Commercial Arbitration. 2001 Companion Volume to the Second Edition*, London, 2001, 89, per i quali nell'esercizio della *discretion*, qualora non sia stata proposta l'impugnazione, il giudice del riconoscimento deve ritenere che vi è stata una « *convincing reason* » per la quale il mezzo non è stato esperito.

(23) Cfr. *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46 [98], con particolare riferimento al motivo di opposizione al riconoscimento consistente nell'assenza di accordo compromissorio. Tale posizione, peraltro, era stata seguita anche dalla *Court of Appeal* in *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania (No 2)* [2006] EWCA Civ 1529 [104]. Il principio sostenuto dalla *Supreme Court* inglese è stato condiviso poi nella giurisprudenza australiana in una decisione della *Supreme Court of Victoria*: cfr. *IMC Aviation Solutions Pty Ltd v. Altain Khuder LLC* [2011] VSCA 248. In dottrina, in senso contrario a ritenere che la mancata

Tale ultima opinione non era peraltro nuova, essendo stata avanzata in precedenza dalla *High Court* di Hong Kong (24), in dissonanza con la quale però si era successivamente pronunciata la *Court of Final Appeal*, osservando che la mancata impugnazione del lodo nello Stato d'origine possa « amount to an estoppel or a want of bona fides such as to justify the court of enforcement in enforcing an award » (25).

Simili divergenze d'opinione si riscontrano anche in Svizzera. In un primo tempo, la giurisprudenza del Tribunale federale aveva affermato che la mancata impugnazione del lodo nello Stato d'origine per un determinato vizio procedurale precludesse la possibilità di sollevare quel vizio al fine di opporsi al riconoscimento o all'esecuzione del lodo in Svizzera: tale comportamento sarebbe da considerarsi espressione di mala fede (26). Successivamente, è stato per contro sostenuto che non vi sarebbe, nella Convenzione di New York, alcun obbligo di fare valere un determinato vizio procedurale attraverso l'impugnazione, essendo sufficiente che esso sia eccepito durante lo svolgimento del procedimento arbitrale (27). Una posizione intermedia è stata invece seguita da una parte

---

impugnazione possa costituire una rinuncia a far valere il vizio o comunque un comportamento rilevante nell'esercizio della *discretion*, cfr. HILL, *The Exercise of Judicial Discretion in Relation to Application to Enforce Arbitral Awards under the New York Convention 1958*, in *Ox. Journ. Leg. Studies*, 2016, 317; HARISANKAR, *Annulment versus Enforcement of International Arbitral Awards: Does the New York Convention Permit Issue Estoppel?*, in *Int. A.L.R.*, 2015, 47 ss.; BERGMANN, *The UK Supreme Court Speaks to International Arbitration: Learning from the Dallah case*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2011, 13, il quale però afferma che, se la parte decide di impugnare il lodo, sarebbe tenuta ad avanzare in quella sede tutte le possibili difese, dovendo, diversamente, ritenersi che abbia ad esse rinunciato e non possa quindi farle valere per opporsi alla concessione dell'efficacia del lodo all'estero.

(24) Cfr. *Paklito Investment Ltd. v Klockner East Asia*, in *YCA*, 1994, XIX, 664, laddove Kaplan J aveva affermato l'alternatività dei due rimedi.

(25) Cfr. *Hebei Import & Export Corp. v Polytek Engineering Co. Ltd.* [1999] 1 HKLRD 665, 689, laddove Mason NPJ, da un lato, si richiama alla pronuncia del Tribunale federale svizzero citata alla nota seguente e, d'altro lato, precisa comunque che tale principio non può valere per il motivo di opposizione basato sulla contrarietà all'ordine pubblico. Tale soluzione ha trovato eco in *Karaha Bodas Co. LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara - Pertamina*, 27 marzo 2003, *High Court* di Hong Kong, in *YCA*, 2003, XXVIII, 752.

(26) BGE 8 febbraio 1978, in *YCA*, 1986, XI, 538. Ma, sul punto, cfr. POUDET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., London, 2007, 868, i quali propendono per una lettura non troppo letterale del passaggio motivazionale di tale sentenza. In linea, invece, con questo indirizzo giurisprudenziale, cfr. BERGER, KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 727, i quali, con specifico riferimento alla carenza di *jurisdiction*, affermano la sussistenza della preclusione quale sanzione ad un comportamento “dishonest” della parte che si oppone al riconoscimento sulla base di ragioni che avrebbe potuto dedurre con l'impugnazione. Similmente, cfr. PATOCCHI, JERMINI, *sub art.* 194, in HONSELL, VOGT, SCHNYDER, BERTI (a cura di), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, Zürich, 2013, 2109 s. e, in relazione ai vizi del procedimento rilevanti *ex art.* V, par. 1, lett. d) della Convenzione di New York, SCHULTESS, *Der verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Zürich, 1981, 146.

(27) BGE decisione 4A\_124/2010 del 4 ottobre 2010, in *ASA Bull.*, 2012, 76 ss. Conf. KAUFMANN-KÖHLER, RIGOZZI, *International Arbitration. Law and Practice in Switzerland*, cit., 527; JOSI, *Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz*, Bern, 2005, 140; BUCHER, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basel-Frankfurt am Main, 1989, 156.

della dottrina svizzera, la quale ha ritenuto che la preclusione vada affermata con riferimento a quei vizi in relazione ai quali l'impugnazione si configura come il mezzo più efficiente <sup>(28)</sup>.

È dunque in questo quadro interpretativo che si colloca la decisione del Tribunale federale svizzero in rassegna, la quale, con un approccio prudenziale, ma al contempo di apertura all'affermazione della preclusione, ha ritenuto che la soluzione vada adottata caso per caso, valutando la buona o mala fede della condotta della parte, sull'implicito presupposto che, qualora sia ravvisata la carenza di buona fede in capo alla parte che si oppone al riconoscimento, i motivi ostativi allo stesso — per lo meno quelli non rilevabili d'ufficio — potrebbero non essere presi in considerazione dal giudice.

5. L'esame comparato sin qui condotto porta a individuare un primo dato che sembra sotteso alle posizioni restrittive: la pronuncia di accoglimento dell'impugnazione del lodo nello Stato d'origine deve poter avere conseguenze sull'esito del giudizio di riconoscimento o esecuzione del lodo all'estero.

Più specificamente, dunque, dovrà essere possibile ipotizzare che il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione possa fondarsi su quell'intervenuto annullamento, al quale dà rilevanza l'art. V, par. 1, lett. e) della Convenzione di New York (o le previsioni nazionali ad esso corrispondenti). Diversamente, sarebbe irragionevole precludere ad una parte determinate difese in sede di opposizione al riconoscimento o all'esecuzione del lodo all'estero per non averle fatte valere con l'impugnazione nello Stato d'origine, se l'esito di questa fosse irrilevante per il giudice richiesto di dare efficacia al lodo straniero annullato.

Pertanto, il quesito in esame può essere circoscritto all'ipotesi in cui l'impugnazione (attraverso la quale siano astrattamente deducibili le eccezioni rilevanti ai fini del mancato riconoscimento o esecuzione del lodo all'estero) non sia stata proposta davanti ai giudici dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, il lodo è stato reso, vale a dire da quelle autorità giudiziarie alla cui pronuncia d'annullamento del lodo è dato rilievo dall'art. V, par. 1, lett. e) della Convenzione di New York <sup>(29)</sup>.

6. Con queste precisazioni, l'indagine merita di essere proseguita dal punto di vista dell'ordinamento italiano, nel quale il quesito è stato

---

<sup>(28)</sup> SATMER, *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedsprüche wegen Verfahrensmängel*, Zürich, 1994, 108.

<sup>(29)</sup> Non si può infatti escludere che un'autorità giudiziaria, diversa da quelle dello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, il lodo è stato pronunciato, sia competente, in base al proprio diritto nazionale, ad annullare il lodo.

affrontato senza particolare approfondimento, ricevendo peraltro soluzioni non univoche.

Da un lato, vi è infatti chi afferma la necessità di impugnazione nello Stato d'origine, quantomeno con riferimento a quei requisiti ostativi al riconoscimento o all'esecuzione che non risultino posti nell'interesse dello Stato richiesto<sup>(30)</sup>. D'altro lato, una differente opinione sostiene che non vi sarebbero elementi della disciplina interna (né della Convenzione di New York) che giustifichino l'assunto per il quale l'inerzia della parte si risolva nell'impedimento ad opporre le condizioni ostative all'efficacia del lodo estero in Italia<sup>(31)</sup>.

Al fine di prendere posizione al riguardo appare necessario muovere dagli artt. 839 e 840 c.p.c., relativi al riconoscimento ed all'esecuzione dei lodi esteri. Tali disposizioni sono riproduttive, nell'individuazione delle condizioni ostative al riconoscimento o all'esecuzione, di quanto previsto dalla Convenzione di New York. Sotto il profilo procedurale, è stabilito che il giudice, su richiesta di parte, dia efficacia al lodo straniero con provvedimento reso *inaudita altera parte*, salvo riscontri, secondo quanto stabilisce l'art. 839 c.p.c., che la controversia non è compromettibile in base alla legge italiana o che il lodo è contrario all'ordine pubblico (motivi ostativi corrispondenti a quelli che l'art. V, par. 2 della Convenzione di New York individua come rilevabili *ex officio*). Nel caso in cui la domanda di riconoscimento o di esecuzione del lodo estero sia accolta, la parte intimata può proporre opposizione, eccependo la sussistenza dei requisiti ostativi indicati all'art. 840, comma 3, c.p.c. (equivalenti, nella sostanza, a quelli di cui all'art. V, par. 1 della Convenzione di New York). In tale fase, peraltro, secondo quanto prevede il successivo comma 4 dell'art. 840 c.p.c., la non arbitrabilità e la contrarietà all'ordine pubblico rimangono questioni rilevabili d'ufficio, a prescindere dal fatto che siano dedotti con l'opposizione o che non siano stati rilevati nella fase *inaudita altera parte*.

Alla luce di questo quadro normativo si possono avanzare fin da subito alcuni rilievi.

Anzitutto si può affermare che non vi è coincidenza fra il motivo di impugnazione del lodo per non arbitrabilità o contrarietà all'ordine pub-

---

<sup>(30)</sup> D'ALESSANDRO, *sub* art. 840, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 525, la quale riconosce la preclusione con riferimento al motivo ostativo relativo alla violazione del contraddittorio (art. 840, comma 3, lett. b), nonché all'ipotesi di pronuncia oltre i limiti del compromesso (art. 840, comma 3, lett. c).

<sup>(31)</sup> BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in questa *Rivista*, 2006, 42 ss.; ID., *La giustizia privata*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, 374. Conf. BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, 466; FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale. Una prospettiva comparatistica*, Padova, 2004, 258; nonché, con riferimento alla violazione del contraddittorio, DEL ROSSO, *Il riconoscimento del lodo estero tra esigenze di « ordine pubblico » e divieto di disparità di trattamento*, in questa *Rivista*, 2012, 440.

blico e analoghi motivi rilevanti in sede di riconoscimento all'estero<sup>(32)</sup>: in base all'art. 840, comma 4, c.p.c., infatti, l'arbitrabilità va verificata alla stregua della legge italiana e l'ordine pubblico, al quale il lodo non deve essere contrario, è quello italiano e non quello dello Stato d'origine<sup>(33)</sup>, che potrebbe venire in rilievo in sede di impugnazione davanti ai giudici di quello Stato. È pur vero, però, che tale argomento non sembra invocabile qualora per gli stessi motivi il lodo avrebbe potuto essere annullato nel Paese d'origine<sup>(34)</sup>.

Appaiono comunque dirimenti due ulteriori osservazioni. L'idea che la parte possa incorrere in una decadenza non sembra compatibile con la circostanza che non compromettibilità e contrarietà all'ordine pubblico sono vizi che integrano eccezioni rilevabili d'ufficio in sede di giudizio di riconoscimento o esecuzione sia nella fase *inaudita altera parte*, sia in quella (eventuale) di opposizione. Tali cause di diniego dell'efficacia del lodo estero rimangono quindi rilevabili *ex officio* ancorché la parte oppo- nente non le abbia poste a fondamento dell'opposizione<sup>(35)</sup>: se dunque l'inerzia della parte proprio in tale sede non ne impedisce il rilievo officioso, a maggior ragione deve essere irrilevante l'inerzia di tale parte in sede di impugnazione nello Stato d'origine.

Va dunque negata qualunque preclusione quanto alle condizioni ostative al recepimento del lodo rilevabili d'ufficio<sup>(36)</sup>.

7. Il problema resta aperto con riferimento ai motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione rilevabili su istanza di parte di cui all'art. 840, comma 3, c.p.c., che riproducono quelli di cui all'art. V, par. 1 della

---

<sup>(32)</sup> OTTO, ELWAN, *sub* § V, par. 2, in KRONKE, NACIMIENTO, OTTO, PORT (a cura di), *Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards. Global Commentary on New York Convention*, Alphen aan den Rijn, 2010, 407 s., i quali, pur mostrandosi favorevoli a riconoscere il principio di preclusione con riferimento a "certe parti" dell'art. V, par. 1, lo escludono in relazione all'art. V, par. 2 della Convenzione di New York, in quanto l'ordine pubblico e l'arbitrabilità vanno valutati alla luce della legge dello Stato ove il riconoscimento è cercato.

<sup>(33)</sup> PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2012, 775.

<sup>(34)</sup> Non può infatti escludersi che la non compromettibilità, da un lato, e le ragioni che portano a ritenere il lodo contrario all'ordine pubblico italiano, d'altro lato, possano rilevare, secondo la disciplina dello Stato d'origine, ai fini dell'annullamento del lodo.

<sup>(35)</sup> PUNZI, *loc. ult. cit.*

<sup>(36)</sup> Ci si potrebbe chiedere se la conclusione di cui al testo possa applicarsi anche al caso di violazione del contraddittorio; dubbio che origina dal fatto che la violazione del contraddittorio è annoverata fra i motivi ostativi rilevabili su eccezione di parte di cui all'art. 840, comma 3, c.p.c., da cui viene da alcuni fatto conseguire che essa sia soggetta esclusivamente a tale regime di rilevanza: cfr. D'ALESSANDRO, *sub* art. 840, cit., 524. Tuttavia, l'opinione che sembra preferibile ritiene che essa, nei casi più gravi, qualora risultino violati gli standard minimi di garanzia sottesi al processo civile italiano, possa essere considerata altresì sotto il profilo della contrarietà del lodo all'ordine pubblico e costituire dunque una questione rilevabile d'ufficio: cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2014, 1027. Conf. BOVE, *La giustizia privata*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, 377; BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 201; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 771.

Convenzione di New York e che non sono riconducibili a quelli rilevabili *ex officio* di cui al successivo comma 4.

Anzitutto va rilevato, per un verso, che la preclusione che conseguirebbe alla decadenza dall'impugnazione non risulta espressamente prevista né dalla disciplina italiana, né dalla Convenzione di New York (alla luce della quale, del resto, la disciplina italiana va interpretata).

Per altro verso, va considerato che « le decadenze e le preclusioni sono tipiche, potendosi ammettere nei soli casi in cui il legislatore le abbia esplicitamente richiamate »<sup>(37)</sup>.

Inoltre, neppure è ricavabile un obbligo (né dagli artt. 839 e 840 c.p.c., né dalla Convenzione di New York<sup>(38)</sup>) di impugnare il lodo in capo alla parte che si oppone all'efficacia del lodo all'estero per quei motivi che eccepisce per impedire il riconoscimento o l'esecuzione: non ha quindi senso neppure chiedersi se si possa predicare una qualche sanzione sotto forma di decadenza.

Le considerazioni di cui sopra paiono decisive e sono sufficienti per rispondere al quesito in esame.

8. Occorre ora verificare se le conclusioni raggiunte nel paragrafo che precede possano essere revocate in dubbio dall'esame comparato sopra svolto, che ha posto in evidenza molteplici argomenti a favore della soluzione opposta.

In particolare, ci si potrebbe domandare se l'aver lasciato decorrere i termini per l'impugnazione del lodo, per poi opporsi al riconoscimento o all'esecuzione all'estero sulla base di motivi che avrebbero giustificato l'annullamento nello Stato d'origine, si configuri come un comportamento contrario alla buona fede, con conseguente decadenza dalla possibilità di dedurli in sede di riconoscimento o esecuzione del lodo.

L'interrogativo sembra meritare risposta negativa.

In primo luogo, si dovrebbe ammettere la sussistenza di un principio in base al quale la mala fede processuale viene sanzionata con decadenze processuali. È questa un'idea innegabilmente sottesa alla decisione in esame del Tribunale federale svizzero, ma che, quanto meno dal punto di vista dell'ordinamento italiano, non sembra predicabile. Non si disconosce con ciò che una parte degli interpreti cerchi di sostenere che certi comportamenti processuali abusivi, pur non in diretta violazione di specifiche disposizioni, vadano sanzionati in rito, con l'innammissibilità della domanda o di singoli atti. Tuttavia tale discussione rimane estranea al nostro discorso, considerato che tali sanzioni sono fatte conseguire non tanto alla

---

<sup>(37)</sup> BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Principi*, I, 3<sup>a</sup> ed., Bari, 2014, 253.

<sup>(38)</sup> Cfr., con riferimento alla Convenzione di New York, VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished*, in *ICSID Review*, 2014, 8.

“semplice” mala fede processuale, ma ai casi di abuso del processo, che sarebbe qualcosa di più, ravvisabile laddove una prerogativa processuale sia proposta con modalità da travalicare l’interesse per la quale essa è riconosciuta in capo alla parte.

In secondo luogo, a ben vedere, va negato che un tale comportamento sia qualificabile di mala fede o sia in sé contraddittorio. Per un verso, se una parte ha sollevato una determinata eccezione nel corso del procedimento arbitrale è anzi ragionevole attendersi che la coltivi anche successivamente nelle sedi che ritenga più opportune. Per altro verso, a prescindere da ciò, la scelta di non impugnare il lodo può essere fondata su molteplici ragioni. A titolo esemplificativo, si può pensare al regime delle modalità di ripartizione delle spese di lite che potrebbe non garantire alla parte il recupero delle stesse, potendo peraltro i costi dell’impugnazione superare il valore della controversia <sup>(39)</sup>; al fatto che nell’ordinamento ove è stato reso il lodo la parte soccombente ritiene che il lodo non sarà fatto valere, in quanto ivi non ha alcun bene <sup>(40)</sup>; alla circostanza che l’ordinamento nel quale prevedibilmente sarà chiesto il riconoscimento o l’esecuzione rientri fra quelli nei quali la pronuncia di annullamento del lodo può non avere rilevanza <sup>(41)</sup>.

Tali ultime osservazioni portano ulteriormente a escludere che la mancata impugnazione possa essere considerata come tacita rinuncia ad opporsi al riconoscimento o all’esecuzione del lodo estero in base a quei motivi che avrebbero potuto giustificare l’annullamento del lodo nel Paese d’origine. Questa affermazione è quasi evidente quando l’opposizione sia proposta precedentemente al decorso dei termini per l’impugnazione del lodo. Ma essa va predicata anche quando l’impugnazione sia successiva, quando sia esperita senza far valere determinati motivi, nonché financo quando le parti abbiano validamente stipulato un accordo a non impugnare il lodo.

Per un verso, difatti, va rilevato che la legge processuale dello Stato d’origine può prevedere la decadenza dall’impugnazione del lodo per decorso di un certo termine, ma a ciò le previsioni di tale legge limitano la loro sfera applicativa. Del resto, la decadenza dalla facoltà di proporre l’opposizione *ex art. 840, comma 3, c.p.c.* non può essere certamente ritrovata in una disposizione di legge processuale straniera, essendo il processo civile che si svolge in Italia regolato dalla legge italiana *ex art. 12, l. n. 218/95*.

---

<sup>(39)</sup> Come può accadere in quegli ordinamenti ove vige la cd. *American Rule*, per la quale ogni parte sopporta le proprie spese di giudizio: cfr. SCHÜTZE, *Der Abschied von der Präklusionsrechtsprechung*, cit., 418.

<sup>(40)</sup> Cfr. BGH 17 aprile 2008, cit.

<sup>(41)</sup> In argomento, per un esame dell’approccio favorevole al riconoscimento dei lodi annullati nel Paese d’origine seguito dalla giurisprudenza di alcuni ordinamenti (fra i quali, in particolare, quello francese, ma in tempi recenti anche quello olandese), si può rinviare all’analisi di BORGHESI *La riconoscibilità dei lodi esteri annullati nel Paese d’origine*, in RUBINO SAMMARTANO (diretto da), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, cit., 1097 ss.

Per altro verso, la rinuncia, quand'anche espressa, all'impugnazione del lodo appare compatibile con l'opposizione al riconoscimento o all'esecuzione del lodo all'estero pur per quelle ragioni che con essa potevano essere spese. È quest'ultimo un rilievo che trova conferma nell'esame di alcune discipline straniere, le quali, con riferimento ai lodi domestici, riconoscono la possibilità di rinuncia preventiva all'impugnazione, ma stabiliscono, al contempo, che in tal caso l'*exequatur* possa essere concesso solo sussistendo le condizioni previste dalla Convenzione di New York <sup>(42)</sup>.

Rimane da confrontarsi con un'ultima possibile obiezione alla conclusione cui siamo pervenuti: se la discrezionalità — argomentata sulla base del testo della Convenzione di New York o su specifiche discipline nazionali sull'efficacia dei lodi stranieri <sup>(43)</sup> — che il giudice avrebbe di concedere o negare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo estero permetta di prendere in considerazione la circostanza che la parte non si sia attivata nello Stato d'origine per porre rimedio al vizio.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, il problema può essere risolto a monte: gli artt. 839 e 840 c.p.c. non riproducono la formula "permissiva" della versione inglese della Convenzione <sup>(44)</sup>, stabilendo piuttosto che « Il riconoscimento o l'esecuzione (...) sono rifiutati ». Di conseguenza, manca, in capo al giudice italiano, qualsivoglia potere discrezionale nella concessione del riconoscimento o dell'esecuzione in presenza di una condizione a ciò ostativa <sup>(45)</sup>.

In conclusione, l'ipotesi interpretativa che abbiamo abbracciato sembra resistere anche alle obiezioni ricavabili dall'esame comparato sopra svolto.

In sintesi, dunque, nell'ordinamento italiano, la parte soccombente in arbitrato può proporre l'opposizione *ex art.* 840, comma 3, c.p.c., eccedendo le circostanze ostative ivi previste, a prescindere dal fatto che la stessa abbia o meno impugnato il lodo, sulla scorta delle medesime ragioni, nello Stato d'origine.

---

<sup>(42)</sup> In Svizzera l'art. 192, comma 1, LDIP prevede che le parti, in un arbitrato internazionale, possano rinunciare, anche prima della pronuncia del lodo, all'impugnazione per annullamento prevista dall'art. 190. Tuttavia, in tal caso, il successivo comma 2 soggiunge che trova applicazione, in via analogica, la Convenzione di New York qualora il lodo debba essere eseguito in Svizzera. Le parti potranno quindi opporsi alla concessione dell'*exequatur* del lodo domestico, non impugnabile per volontà pattizia, per i motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione contemplati dalla Convenzione di New York. In Svezia, similmente, l'art. 51 della *Arbitration Act* stabilisce che, in caso di rinuncia all'impugnazione di un lodo interno, ivi possibile secondo quanto previsto dall'art. 34, l'*exequatur* sia concesso alle condizioni in base alle quali sarebbe riconosciuto o data esecuzione ad un lodo straniero, potendo essere fatti valere i motivi ostativi di cui alle *Sections* 53 ss., corrispondenti a quelli di cui all'art. V della Convenzione di New York.

<sup>(43)</sup> Cfr. *supra*, note 20 e 22.

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra*, nota 19.

<sup>(45)</sup> In argomento, cfr. BERGAMINI, *L'arbitrato estero*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 369.

10. Il discorso sin qui svolto merita di essere completato chiedendosi se qualora la parte, al contrario, proponga l'impugnazione nello Stato d'origine le rimanga comunque aperta la strada dell'opposizione al riconoscimento o all'esecuzione del lodo in Italia.

A tale quesito va data risposta affermativa.

Da un lato, nulla infatti vieta che, nella pendenza del giudizio di impugnazione nello Stato d'origine, il giudice italiano, richiesto di dare efficacia al lodo straniero, valuti autonomamente le eccezioni sollevate dalla parte. Ciò emerge del resto dall'art. 840, comma 3, n. 5 c.p.c., il quale prevede che il giudizio di riconoscimento o l'esecuzione non si sospenda automaticamente per la pendenza dell'impugnazione del lodo.

D'altro lato, l'opposizione non sembra neppure impedita dalla decisione di rigetto dell'impugnazione, in quanto non può ad essa essere attribuita efficacia preclusiva ad un esame dei motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione del lodo estero ancorché fossero sovrapponibili a quelli dedotti in sede di impugnazione, in ragione della diversità d'oggetto dei due giudizi <sup>(46)</sup>.

MARTINO ZULBERTI

---

<sup>(46)</sup> Cfr., nel senso di cui al testo, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., 221; BERGAMINI, *L'arbitrato estero*, cit., 360 s. *Contra*, App. Milano 21 luglio 1998, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1999, 978, la quale ha ritenuto vincolante la pronuncia straniera che addirittura non era passata in giudicato e, in dottrina, anche se in forma dubitativa, TAMPIERI, *Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 1040. Per l'assenza di vincolo, in ragione del rilievo per il quale il procedimento di impugnazione e quello di riconoscimento sono due cause differenti, cfr. BGH 17 aprile 2008, cit.; App. Paris 12 febbraio 1993, in *Rev. arb.*, 1993, 259, con nota solo parzialmente adesiva di HASCHER, *Reconnaissance d'un jugement étranger écartant une clause compromissoire* e, in dottrina, cfr. HAAS, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, cit., 490; SATMER, *Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängel*, cit., 103. Per una analoga soluzione, cfr. HARISANKAR, *Annulment versus Enforcement of International Arbitral Awards*, cit., 53, sulla scorta dell'idea che l'opposizione al riconoscimento del lodo andrebbe considerato come "a second bite at the cherry". In senso opposto, cfr., nella giurisprudenza inglese, *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SPDR Holding Co Ltd* [1999] 3 All E.R. 864, 881, nonché *Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd* [1999] 1 All E.R. (Comm) 315, laddove si osserva che, intervenuta una decisione di rigetto dell'impugnazione del lodo, dovrebbe riconoscersi una « very strong policy consideration before english Courts that it has been conclusively determined by the courts of the agreed supervisory jurisdiction that the award should stand »; in quella australiana, cfr. *Gujarat NRE Coke Ltd v Coeclerici Asia (Pte) Ltd* [2013] FCAFC 109; in quella indiana, *International Investor KCSC v. Sanghi Polyesters Ltd.*, in *YCA*, 2005, XXX, 577. In dottrina, similmente, cfr. MUSTILL, BOYD, *Commercial Arbitration. 2001 Companion Volume to the Second Edition*, cit., 88, i quali si richiamano al principio del « comity combined with the particular aim of preventing fragmentation of the international arbitrating community »; JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, London, 2005, 439 ss. In argomento, per un simile approccio, si veda altresì, KESSEDIAN, *Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*, in *J. Int'l Arb.*, 2001, 2 ss.; MONICCHINO, FAWKE, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Issue Estoppel and Comity: Developments in Australia*, in *Asia Dispute Review*, 2014, 14. In questa linea di pensiero, cfr. altresì *Newspeed International Ltd v Citius Trading Pte Ltd* [2003] 3 SLR 1, con la quale la *High Court* di Singapore, muovendo dall'idea che impugnazione e opposizione al riconoscimento siano rimedi alternativi, giunge alla conclusione che, qualora la parte soccombente opti per impugnare il lodo, non può poi opporsi per le medesime ragioni respinte dal giudice dell'impugnazione.



## Direzione del procedimento e costi dell'arbitrato

FRANCESCA TIZI

1. *Ambito dell'indagine.* — Il tema dell'effettiva portata dei poteri di cui gli arbitri dispongono per decidere, tanto nel merito, quanto e soprattutto nella conduzione della procedura, oggetto di vivace discussione nella comunità internazionale, così come sul piano interno, è nel presente lavoro trattato con particolare riferimento ai costi dell'arbitrato.

Nelle pagine che seguono, dopo una breve generale premessa sulla direzione del processo privato, si analizzerà, dunque, nello specifico l'importante aspetto relativo all'impatto che i poteri di *governance* possono produrre sui costi del giudizio.

Centrale nella sistematica dell'argomento appare la questione relativa alle conseguenze sui costi dell'arbitrato del possibile contrasto tra direzione arbitrale e regolamentazione del procedimento ad opera delle parti<sup>(1)</sup>: cosa avviene quando gli arbitri governano il procedimento in contrasto con la volontà dei contendenti? Atteso che la *governance* arbitrale può, in alcuni casi, avere un certo impatto sulle spese di funzionamento dell'arbitrato, possono le parti legittimamente rifiutarsi di sostenerne i relativi costi?

Queste le domande a cui si cercherà di dare risposta nelle pagine che seguono alla luce dell'analisi di particolari casi in cui l'esercizio (o il mancato esercizio) da parte dei giudici privati dei poteri di conduzione del procedimento può, di fatto, gravare sui costi dell'arbitrato.

2. *Poteri delle parti e direzione arbitrale del procedimento.* — Entrando in *medias res*, occorre, innanzitutto, evidenziare come la previsione di un generale potere di *governance* del giudice statale di cui all'art. 175 c.p.c. mirante al « *più sollecito e leale svolgimento del procedimento* » sembra di fatto doversi riscontrare nella giustizia privata in capo tanto ai contendenti che agli arbitri.

---

<sup>(1)</sup> Non sarà, invece, oggetto della presente trattazione il tema relativo all'imputazione delle spese del processo, atteso che l'ambito del presente scritto è limitato all'impatto delle scelte arbitrali sui costi della procedura.

Se, infatti, l'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c. attribuisce alle parti il potere di stabilire — eventualmente prevedendone anche l'essenzialità — « *nella convenzione di arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale* »<sup>(2)</sup>, *le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento* »<sup>(3)</sup>, tuttavia, non solo in assenza di tale previsione, la stessa determinazione delle regole processuali spetta agli arbitri<sup>(4)</sup>, ma in ogni caso, anche in presenza di una regolamentazione convenzionale, in capo a questi è sempre possibile riscontrare poteri di direzione del processo.

In altri e più precisi termini, nonostante i compromittenti, fermi alcuni principi inderogabili di ordine pubblico<sup>(5)</sup>, siano liberi di fissare le regole del gioco processuale, molto importante appare il ruolo arbitrale nella direzione del giudizio. Ciò non solo perché la regolamentazione di parte costituisce di fatto un'eccezione<sup>(6)</sup>, ma anche perché in ogni caso, pur in presenza di

---

(2) Con il richiedere l'antiorità all'inizio del giudizio arbitrale si ritiene che il legislatore si sia voluto riferire, non già al momento in cui si determina la litispendenza arbitrale, che si ha con notifica da parte dell'attore in arbitri della domanda, né al momento in cui inizia a decorrere il termine per la pronuncia del lodo, che si verifica con la costituzione del tribunale arbitrale, bensì al momento della prima riunione arbitrale. Invero, se nell'arbitrato *ad hoc* normalmente questo coincide con costituzione del tribunale arbitrale, atteso è normalmente in quella sede che gli arbitri accettano l'incarico, non così è nel caso di arbitrato amministrato, richiedendo normalmente i regolamenti camerale che l'accettazione dei giudici privati avvenga anteriormente alla prima riunione.

(3) La disposizione di cui all'art. 816-*bis* c.p.c. continua attribuendo altresì alle parti il potere di stabilire la lingua dell'arbitrato. Tale aspetto assume una particolare rilevanza nel caso in cui la controversia sia caratterizzata da elementi di estraneità quali le qualità delle parti o, ancora, all'oggetto della controversia. Se, infatti, prima della novella del codice di rito del 2006 l'arbitrato internazionale era regolamentato *ex artt.* 832-840 c.p.c., la riformulazione codicistica del 2006, abrogando le disposizioni in parola, gli ha esteso la stessa disciplina dell'arbitrato interno (artt. 806 ss. c.p.c.).

(4) Una particolare rilevanza acquista la questione relativa al momento in cui gli arbitri sono chiamati a individuare le regole del processo, atteso che, se l'art. 816-*bis* c.p.c. prevede che la regolamentazione delle parti deve essere anteriore all'inizio del giudizio, nulla di espresso è invece previsto ove siano gli arbitri a stabilire le regole procedurali. Secondo Cass., 21 settembre 1999, n. 10192, in questa *Rivista*, 1999, 701, essendo il giudizio arbitrale caratterizzato dal principio dell'assoluta libertà delle forme, occorrerebbe riconoscere agli arbitri il potere di adottare « *le regole da seguire, le quali, se opportuno, possono essere modificate (espressamente o implicitamente), ampliate o ristrette, con l'unico eludibile limite dell'assoluto rispetto del principio del contraddittorio* ». La dottrina si è, invero, mostrata critica rispetto al potere degli arbitri di modificare in corsa le regole originariamente predisposte. V. in tal senso FAZZALARI, *Sulla libertà delle forme del processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1999, 637.

(5) L'importante discorso relativo ai limiti del potere delle parti di regolamentazione del procedimento non trova spazio nella presente trattazione. Volendo accennarvi occorre evidenziare come questo appaia, in ogni caso, vincolato al rispetto dei principi inderogabili, quali indubbiamente il principio del contraddittorio e di terzietà del tribunale arbitrale e, quindi, anche del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.). Inoltre, secondo BOVE, *La giustizia privata*, Lavis (Trento), 2015, 116, i compromittenti non potrebbero disporre neanche della norma che impone agli arbitri l'obbligo di motivare la loro decisione.

(6) Normalmente, una dettagliata regolamentazione del procedimento ad opera delle parti si verifica nel caso di ricorso all'arbitrato amministrato ovvero di rinvio *per relationem* ad un regolamento camerale. Sulla differenza tra arbitrato amministrato e arbitrato secondo regolamenti precostituiti v. LUIO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 349, nonché CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in questa *Rivista*, 2007, 296 e s.

espressa previsione convenzionale, appare sempre possibile, stante la difficoltà che, a volte, è vera e propria impossibilità di prefigurarsi in astratto i diversi accadimenti, riscontrare in capo ai giudici privati alcuni, a volte anche penetranti, spazi di movimento nella direzione del giudizio.

I poteri di *governance* processuale degli arbitri possono, dunque, essere più o meno ampi, a seconda dell'assenza o meno di una regolamentazione convenzionale e, in quest'ultimo caso, dell'ampiezza delle previsioni di parte, atteso che il potere arbitrale di gestione del procedimento può concretizzarsi nell'adozione delle misure procedurali ritenute più opportune ma sempre e solo nei limiti dettati dai compromittenti (7).

3. *Possibili conseguenze al superamento della regolamentazione convenzionale del procedimento.* — In termini generali, pur essendo pieno il potere concesso alle parti dall'art. 816-bis, comma 1, c.p.c. di influire, con la loro volontà, sullo svolgimento del giudizio e, in particolare, di limitare od impedire il potere direzionale degli arbitri, occorre, tuttavia, evidenziare come l'inosservanza delle forme prescritte produce, *ex art.* 829, comma 1, n. 7, c.p.c., conseguenze sul lodo solo se espressamente sanzionata con la nullità (8), atteso che, ove le parti non ne prevedano l'essenzialità, il mancato rispetto della loro volontà nelle scelte procedurali non sembra produrre alcuna invalidità del *dictum* arbitrale.

Ciò non significa, tuttavia, anche l'assenza di qualsiasi tipo di sanzione. E, infatti, potrebbe sostenersi che una direzione del processo contrastante con l'espressa volontà delle parti concretizzi un inesatto adempimento della prestazione arbitrale tale da giustificare la stessa revoca dall'incarico ovvero il rifiuto di corrispondere, in tutto o in parte, il compenso o, comunque, di tenere gli arbitri indenni dal carico delle spese sostenute per l'adempimento del proprio ufficio.

La questione, in relazione all'oggetto della presente trattazione si pone nel particolare caso in cui gli arbitri facciano *scelte che costano* in contrasto con l'esercizio dei poteri di parte di regolamentazione del procedimento. Ciò può accadere, per esempio (9), in relazione alla scelta di nominare il segretario del tribunale arbitrale o dello stesso consulente tecnico che indubbiamente comporta un aggravio di spesa. Lo stesso dicasi, inoltre, in relazione anche alla scelta — che significativo rilievo può assumere negli arbitrati con carattere

---

(7) In tal senso v. anche l'art. 22.2 del Regolamento CCI del 2012 a norma del quale « *per assicurare un'efficiente gestione del procedimento, sentite le parti, il tribunale arbitrale può adottare le misure procedurali che ritiene opportune, purché non in contrasto con quanto convenuto dalle parti* ».

(8) Occorre, inoltre, che le invalidità espressamente previste dalle parti a pena di nullità del lodo non siano sanate nel corso del procedimento.

(9) Le fattispecie relative a scelte nella conduzione del processo di seguito analizzate sono indicate, senza alcuna presunzione di completezza, a mero titolo esemplificativo.

transnazionale — di deliberare, *ex art. 823 c.p.c.*, il lodo con la presenza di tutti i membri del collegio riuniti in conferenza personale, ovvero, infine, a quella di cui all'art. 816-*bis* c.p.c. di pronunciare « *sulle questioni che si presentano nel corso del procedimento* » lodo non definitivo, le quali possono, anche significativamente, incidere sui costi del procedimento.

Orbene in linea generale, se l'esercizio di poteri di *governance* in contrasto con la volontà delle parti non appare nei casi indicati impedire e/o rallentare gli arbitri nell'assolvimento del loro compito principale di pronunciarsi sulla controversia e se, quindi, eccessivo sembra ipotizzare un inesatto adempimento della prestazione tale da giustificare la revoca dall'incarico <sup>(10)</sup>, non di meno è, però, in tali fattispecie possibile ipotizzare il legittimo rifiuto dei contendenti di accollarsi gli ulteriori eventuali costi conseguenza di tali scelte.

In altri termini, quando gli arbitri governano il procedimento, incuranti della contraria volontà delle parti, arrecando di fatto un aggravio dei costi dell'arbitrato, sembra a chi scrive che i contendenti possano rifiutarsi di corrispondergli parte del compenso ovvero esporli all'accollo diretto dei relativi ulteriori costi.

Ma vediamo più nel dettaglio le diverse situazioni, partendo dalla possibile *scelta arbitrale che costa* relativa alla nomina del segretario del tribunale arbitrale.

4. *Nomina del segretario del tribunale arbitrale in contrasto con la volontà delle parti.* — Nella pratica degli arbitrati, anche non amministrati, si assiste, ormai sempre più spesso, alla presenza di un segretario del tribunale, chiamato, nell'ottica del buon funzionamento dell'arbitrato, allo svolgimento di compiti prettamente amministrativi, consistenti nell'organizzazione pratica del procedimento. Il segretario, lungi dall'essere normativamente previsto, origina da una prassi applicativa che ne ammette la nomina direttamente ad opera degli arbitri in ragione della loro soggettiva valutazione circa la necessità di avvalersi di un ausiliario per l'espletamento di attività funzionali al procedimento quali, in particolare, la tenuta del fascicolo d'ufficio, la verbalizzazione delle udienze, la trasmissione delle ordinanze rese fuori udienza, la raccolta e l'archiviazione dei documenti, l'estrazione di copie etc.

---

<sup>(10)</sup> Se, infatti, l'art. 813-*bis* c.p.c. consente alle parti di dichiarare decaduto e, quindi, sostituire l'arbitro che omette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni, invero una tale fattispecie non è riscontrabile nel caso in cui i giudici privati dirigano il procedimento incuranti della contraria volontà delle parti. Inoltre, nessuna ipotesi di responsabilità dell'arbitro che governi il processo in contrasto con la volontà delle parti non è riscontrabile nel nostro ordinamento, atteso che, ove il lodo sia stato pronunciato, l'art. 813-*ter*, comma 4, c.p.c., subordina la proposizione dell'azione di responsabilità « *all'accoglimento dell'azione d'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta* ». E, infatti, il lodo pronunciato all'esito di un giudizio diretto dagli arbitri in contrasto con la regolamentazione di parte, salvo il caso dell'espressa previsione circa l'essenzialità delle regole procedurali predisposte di cui all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c., non può per tale motivo essere impugnato.

Orbene, la scelta di nominare il segretario del tribunale arbitrale può essere ricompresa tra le scelte di direzione del processo operate dai giudici privati. Una scelta direzionale che comporta indubbiamente un aggravio dei costi dell'arbitrato, atteso che il segretario acquisisce, per l'espletamento della propria prestazione, il diritto al compenso, nonché al rimborso delle spese sostenute. Una scelta direzionale che, dunque, se contrastante con la volontà delle parti <sup>(11)</sup>, può legittimamente essere oggetto del rifiuto dei contendenti di sostenerne i relativi costi.

Quanto sostenuto trova un valido appiglio in quell'orientamento della giurisprudenza che riscontra tra segretario e componenti il tribunale arbitrale la presenza di un rapporto di prestazione d'opera intellettuale del tutto estraneo alle parti litiganti <sup>(12)</sup>, e, quindi, tale da qualificare gli arbitri come unici soggetti contrattualmente obbligati nei confronti dell'ausiliario. Il compenso spettante al segretario è, infatti, inquadrato dalla giurisprudenza quale passività correlata allo svolgimento dell'attività arbitrale, integrante un onere solo indirettamente gravante sulle parti, liquidato dagli arbitri, unitamente al proprio onorario, alla stregua di ogni altra spesa della procedura ai sensi dell'art. 814, comma 1, c.p.c., in quanto esborso affrontato per il regolare adempimento del loro ufficio.

Se tale ricostruzione del rapporto segretario/arbitri/parti nasce dalla necessità di giustificare il rigetto della domanda di liquidazione dell'onorario ex art. 814 c.p.c., proposta dal segretario direttamente nei confronti dei contendenti <sup>(13)</sup>, non di meno la stessa permetta anche di comprendere quale sia la natura di tale esborso delle parti. Questo non è altro, in forza dell'assenza di ogni tipo di rapporto giuridico contrattuale tra segretario e parti, che una spesa di funzionamento dell'arbitrato, di cui i giudici privati sono perso-

---

<sup>(11)</sup> In particolare in relazione all'opzione arbitrale relativa alla nomina del segretario del tribunale, ad esempio, all'art. 21.3 del Regolamento Arbitrato AIA 2016 si legge: « *il tribunale arbitrale, con il consenso delle parti, può farsi assistere da un segretario purché ciò non comporti ulteriori oneri per le parti, con l'eccezione di eventuali spese di trasferta ragionevoli e documentate in relazione ad udienze* ».

<sup>(12)</sup> In tal senso v., per tutti, Cass., 28 luglio 2004, n. 14182, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

<sup>(13)</sup> Più in particolare, la giurisprudenza statuisce la necessità che a liquidare il compenso del segretario siano gli arbitri. Tale liquidazione, ove non accettata dalle parti, alla stregua di ogni altra spesa relativa al procedimento, può, ex art. 814 c.p.c. su domanda degli arbitri, essere oggetto di sindacato di congruità da parte del presidente del tribunale. In altri e più precisi termini, è in forza dell'assenza di ogni tipo di rapporto giuridico contrattuale tra segretario e parti che la giurisprudenza nega al primo la legittimazione attiva alla liquidazione del compenso di cui all'art. 814 c.p.c., consentendo tale richiesta, in quanto relativa a una spesa di funzionamento dell'arbitrato, congiuntamente a quella di liquidazione del proprio onorario, solo agli arbitri. V.: Cass., 26 maggio 2004, n. 10141, in *Corr. Giur.*, 2004, 874 e in *Foro it.*, 2005, I, 782, con nt. CAPONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procedimento di liquidazione delle spese e dell'onorario arbitrali (art. 814 c.p.c.)*; Cass., 22 aprile 1994, n. 3839, in questa *Rivista*, 1995, 75, con nt. BRIGUGLIO, *Questioni varie in tema di liquidazione delle spettanze arbitrali*; Cass., 8 settembre 2004, n. 18058, in questa *Rivista*, 2005, 83 con nt. AULETTA, *La tutela giurisdizionale dei diritti del segretario dell'arbitrato*.

nalmente responsabili, nel caso in cui le parti legittimamente — avendo espresso diversa e contrastante volontà<sup>(14)</sup> — rifiutino di sopportarne i relativi costi.

5. *Nomina del c.t.u. in contrasto con la volontà delle parti.* — Discorso analogo, ancorché in tal caso siano necessarie alcune precisazioni, si ritiene debba, inoltre, essere fatto anche per l'altro ausiliario del giudice privato: il c.t.u.

Sebbene, a differenza del segretario del tribunale arbitrale, la ricostruzione che la giurisprudenza offre della qualificazione del compenso del perito, non appare affatto chiara<sup>(15)</sup>, chi scrive è, infatti, dell'idea che anche tra arbitri e c.t.u. s'instauri un rapporto contrattuale diretto analogo a quello tra arbitri e segretario<sup>(16)</sup>. Da ciò discenderebbe, non solo che gli unici soggetti direttamente obbligati a corrispondergli il compenso sarebbero gli arbitri, ma anche che il compenso spettante al consulente — alla stregua di quello del segretario del tribunale arbitrale — altro non sarebbe che una passività correlata allo svolgimento dell'arbitrato<sup>(17)</sup>.

Pertanto, se *tendenzialmente*, anche in presenza di un consulente tecnico, nominato contro l'espressa volontà dei contendenti, in quest'ottica, legittimo appare il rifiuto delle parti di accollarsi il carico di tale spesa<sup>(18)</sup>, tuttavia, la peculiare funzione della consulenza tecnica d'ufficio impone alcune precisazioni.

---

<sup>(14)</sup> In particolare, nella regolamentazione convenzionale si potrebbe subordinare la nomina del segretario al consenso delle parti (art. 21.3 Regolamento Arbitrato AIA, cit.) ovvero concedere agli arbitri il potere di nominare un segretario del tribunale solo quando la lite assume una certa importanza o il valore della controversia un certo ammontare.

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

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

<sup>(17)</sup> In materia mancano quasi totalmente contributi tanto dottrinali che giurisprudenziali a causa della prassi che impone alle parti la liquidazione anticipata delle spese di consulenza. In proposito v., per tutti, l'art. 11.10 Regolamento di arbitrato AIA 2016 secondo cui « *qualora il tribunale arbitrale nomini un consulente tecnico, l'attività dello stesso non potrà avere inizio finché le parti, o una di esse, non abbiano effettuato il deposito richiesto dalla Segreteria nell'ammontare prevedibilmente sufficiente a coprire l'onorario e le spese del consulente. Successivamente, se necessario, la Segreteria può richiedere le appropriate integrazioni.* ».

<sup>(18)</sup> Ove la perizia sia disposta contro la volontà delle parti, queste potrebbero considerare di avere soltanto anticipato l'onorario al perito e imputare all'onorario degli arbitri il relativo ammontare. Così BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero ed ordine pubblico*, in questa *Rivista*, 1991, 805 ss., spec., 813, nt. 18.

In tal caso, infatti, il potere concesso alle parti dall'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c. di limitare o impedire la nomina del c.t.u. si scontra non solo con la sua funzione di ausiliario dell'arbitro<sup>(19)</sup>, ma anche con l'operatività nel giudizio arbitrale del principio del libero convincimento, principio in virtù del quale si deve disconoscere alle parti il potere convenzionale di limitare l'acquisizione delle cognizioni ritenute dall'arbitro essenziali per la decisione della lite: una limitazione della facoltà del giudice privato di provvedere alla nomina di un consulente d'ufficio ne potrebbe comportare la compressione delle conoscenze essenziali per la giusta decisione della controversia<sup>(20)</sup>.

Con maggiore impegno illustrativo, nonostante chi scrive sia, come indicato, dell'idea che la spesa relativa alla perizia rappresenti una spesa di funzionamento dell'arbitrato, si ritiene, tuttavia, che la nomina di un c.t.u. in contrasto con la volontà delle parti possa giustificare il rifiuto di sostenere le relative spese, solo ove il perito sia chiamato allo svolgimento di un'attività che avrebbe potuto, anzi dovuto, invece, essere compiuta dagli arbitri.

Ciò sembra, però, possibile solo in due casi.

Il primo caso si verifica quando la nomina degli arbitri sia avvenuta in considerazione di loro specifiche competenze tecniche necessarie alla risoluzione della lite e, ciononostante, questi abbiano disposto una consulenza non approvata, o meglio, ostacolata dai contendenti. In particolare, il caso è quello, molto diffuso nella pratica, in cui in presenza di contese che coinvolgono problemi sanitari, la lite è devoluta ad un collegio di medici, ovvero in relazione a controversie concernenti aspetti contabili, ad arbitri aventi qualifica di ragioniere o dottore commercialista ecc.

Il secondo caso è, invece, quello in cui gli arbitri, giuristi, abbiano disposto una consulenza in materia giuridica<sup>(21)</sup> che, se ritenuta ammissibile in relazione al giudizio arbitrale, appare, tuttavia, ove in contrasto con la loro volontà, oggetto di legittimo rifiuto dei contendenti di sostenerne i relativi costi.

---

<sup>(19)</sup> Sul ruolo di ausiliario del consulente, si rinvia, *amplius*, se vuoi, il mio, *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2012, 724 ss.

<sup>(20)</sup> V. in tal senso AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, Torino, 2005, 213. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in questa *Rivista*, 1993, 183 ss., spec. 186 e s., diversamente, mentre mette in evidenza come le parti non abbiano il potere di vincolare l'arbitro a non disporre d'ufficio la consulenza, riconosce, invece, la possibilità che queste si impegnino a non chiedere la consulenza tecnica.

<sup>(21)</sup> In relazione all'inammissibilità della consulenza giuridica nel giudizio statale v. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 91 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo (trattato del processo civile diretto da Carnelutti)*, Napoli, 1958, 81; ID., *Non collaborazione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, I, 265 ss.; DONES, *Struttura e funzioni della consulenza tecnica*, Milano, 1962, 136 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, II, 159, nt. 5; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, II, I, 102; GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico*, voce in *Enc. Dir.*, IX, Milano 1961, 537; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1968, II, 94; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1973, I, 687. In giurisprudenza v.: Cass., 5 luglio 1971, n. 2087; Cass., 13 ottobre 1972, n. 3044; Cass., 12 dicembre 1980, n. 6422; Cass., 16 dicembre 1981, n. 6666; Cass., 22 gennaio 1985, n. 2470; Cass., 16 dicembre 1986, n. 7557; Cass., 13 aprile 1985, n. 2470. Viceversa Cass., S.U., 3 ottobre 1973, n. 2472, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 930, specifica come l'ammissibilità del ricorso ad un consulente

La peculiarità della materia impone in relazione alla consulenza giuridica una più estesa trattazione.

5.1. Segue. *Il particolare caso della consulenza tecnica giuridica.* — Più specificamente, poiché, a differenza del giudice statale <sup>(22)</sup>, traendo la fonte del suo potere dalla volontà delle parti, l'arbitro non occupa una posizione istituzionale, questo non deve — situazione che sovente si verifica nella pratica — necessariamente possedere conoscenze giuridiche. Ciononostante dottrina <sup>(23)</sup> e giurisprudenza <sup>(24)</sup> sono unanimi, sulla falsa riga di quanto accade per il giudice statale <sup>(25)</sup>, nell'escludere la consulenza in materia giuridica anche nell'arbitrato.

Tale idea si basa sul presupposto per cui, anche nell'arbitrato troverebbe applicazione il principio dello *iura novit curia* <sup>(26)</sup>. Inoltre, nel giudizio arbitrale — come in quello statale — non sarebbe possibile delegare a terzi la soluzione giuridica del caso. E, infatti, l'impostazione in parola interpreta la consulenza in materia giuridica come una sorta di delega a terzi della funzione decisoria del tutto inammissibile in quanto contrastante con la scelta del giudice effettuata dalle parti <sup>(27)</sup> e, dunque, capace di provocare l'invalidità del prodotto finale del giudizio arbitrale <sup>(28)</sup>.

---

tecnico d'ufficio sia possibile quando il legislatore impieghi mezzi espressivi propri del linguaggio tecnico di una determinata materia, al fine di interpretare il dato normativo nel modo più chiaro. Invero, occorre rilevare come, diversamente, l'abrogato codice di rito consentiva al giudice di ricorrere all'ausilio di uno o più giureconsulti per risolvere questioni di diritto nazionale in alcune forme di processo volontario, sul punto v. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 493, nt. 2.

<sup>(22)</sup> Il motivo a monte dell'inammissibilità della consulenza giuridica nel giudizio statale è rinvenibile nel principio di cui all'art. 101, comma 2, Cost. che, imponendo la sola soggezione del giudice alla legge, mira a garantirne l'indipendenza istituzionale. Sebbene, infatti, l'art. 106 Cost., che subordina l'accesso alla magistratura al superamento di un pubblico concorso, non incida direttamente sul profilo della qualificazione professionale, è tuttavia radicata nella tradizione giuridica l'opinione che la piena ed effettiva subordinazione del giudice alla legge si verifichi solo in presenza di un'accurata e specifica preparazione tecnico-giuridica, atteso che, solo in tal modo, i titolari degli uffici giudiziari possono applicare la legge senza sovrapporre a questa interessi o valori estranei.

<sup>(23)</sup> BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 613 ss., spec. 617; 667; AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, cit., 213.

<sup>(24)</sup> Cass. 7 giugno 1989, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2345; Corte App. Genova, 15 marzo 1994, in *Giur. Merito*, 1995, 3, 501, con nt. ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio (nuova critica alla teoria del giudicato implicito)*.

<sup>(25)</sup> Nel giudizio statale l'unica eccezione all'inammissibilità della consulenza in materia giuridica si verifica nel caso in cui il giudice italiano sia chiamato ad applicare il diritto straniero. Cfr., per tutti, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile (Principi)*, a cura di COLESANTI-MERLIN-RICCI, Milano, 2002, 687.

<sup>(26)</sup> Sulla non operatività per l'arbitro di tale principio v. G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2003, 1 ss., spec.16.

<sup>(27)</sup> Sull'intuito *personae* dell'arbitro v. REDENTI, *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Nss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 786 ss., spec. 796, secondo cui « trattandosi di incarico strettamente personale (intuitu personae), è da escludersi qualunque possibilità di assumere o esercitare l'incarico per mezzo di rappresentanti (legali o negoziali) ».

<sup>(28)</sup> La qualificano nullità insanabile: AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di

Non si ritiene di poter concordare con tale ricostruzione. L'assenza nell'arbitro della presunzione di conoscibilità del diritto propria, invece, del giudice statale, non può portare alla pronuncia di un lodo nullo a causa della delega al consulente della risoluzione della *quaestio iuris* <sup>(29)</sup>, in quanto mancherebbero principi di carattere generale ostativi alla delega ad un giurista della ricerca della *regulae iuris* <sup>(30)</sup>. Ciò non solo perché la nomina di arbitri non giuristi dimostra come nel giudizio privato non possa valere il principio dello *iura novit curia*, ma anche e soprattutto perché, la presenza di una consulenza giuridica non è di per sé delega, contraria alla volontà delle parti, della funzione giudicante, sostanziandosi, invero, l'attività del consulente in una mera integrazione della scienza dell'arbitro.

Il lodo pronunciato sulla base di una consulenza giuridica non appare, dunque, atto riferibile al perito, soggetto carente della *potestas iudicandi*, essendo atto sempre riferibile all'arbitro che — come il giudice — è sempre libero di valutare la perizia e decidere se conformarsi o meno alla risoluzione della questione giuridica proposta dal perito (*peritus peritorum*) <sup>(31)</sup>.

Tuttavia, il fatto che la nomina di un consulente-giuridico non mostri problemi di validità del lodo non significa anche che i contendenti siano in ogni caso — ovvero in assenza di espressa autorizzazione o meglio in presenza di un loro espresso divieto — tenuti a sostenerne le relative spese: se in presenza di arbitri non giuristi il potere di direzione del processo delle parti deve trovare un limite nel libero convincimento arbitrale, ciò non accade, invece, ove la nomina degli arbitri sia rivolta nei confronti di soggetti periti del diritto. In tal caso la consulenza giuridica in contrasto con la volontà delle parti, comportando un indubbio non necessario aggravio dei costi del giudizio, può essere oggetto di legittimo rifiuto dei compromittenti di sostenerne le relative spese <sup>(32)</sup>.

6. *Altre diverse possibili fattispecie: la conferenza personale di tutti i membri del collegio e la contraria volontà delle parti.* — Oltre alle fattispecie ora indicate, volendo fare ulteriori esempi di possibili scelte degli arbitri nella

---

VERDE, cit., 213; Cass. 7 giugno 1989, n. 2765, cit., 2345. Sul punto v. anche Corte App. Genova, 15 marzo 1994, cit., 501 secondo cui « la nullità del procedimento arbitrale, provocata dal ricorso ad una consulenza tecnica per la soluzione di quesiti giuridici rilevanti ai fini della decisione, non può essere sanata ex art. 157 comma 2 c.p.c. La sua natura è tale da inficiare l'intero iter logico della decisione, riflettendosi interamente sulla decisione arbitrale ».

<sup>(29)</sup> BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, cit., 813.

<sup>(30)</sup> La dottrina tedesca ritiene, invece, addirittura consigliabile l'utilizzo della consulenza in materia giuridica da parte degli arbitri che non siano giuristi. V. in tal senso SCHÜTZE-TSCHERNING-WAIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlin-New York, 1985, 519.

<sup>(31)</sup> La situazione è, in altri termini e sempre *mutatis mutandis*, analoga a quella che si verifica nel caso di consulenza in materia tecnica, posto che, allo stesso modo dell'arbitro non giurista, il giudicante non ha le conoscenze tecniche necessarie alla decisione della controversia.

<sup>(32)</sup> Cfr. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 813; RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, cit., 17.

gestione del procedimento che *costano* corre subito alla mente, come indicato, il caso in cui la *governance* arbitrale si estenda alla previsione della decisione, *ex art.* 823 c.p.c., del lodo con la presenza fisica di tutti i componenti il collegio.

A differenza della vecchia versione dell'art. 823 c.p.c. che, prevedendo l'obbligo degli arbitri di deliberare il lodo in conferenza personale, ne imponeva la pronuncia solo a fronte di un collegio perfetto, infatti, il novellato art. 823 c.p.c., ribadendo tanto al comma 1 che al comma 2 n. 7 la regola della deliberazione a maggioranza, elimina la conferenza personale, statuendo il permanere in capo a tutti i membri del collegio dell'obbligo di partecipare alla deliberazione del lodo, senza, però, la loro necessaria presenza fisica congiunta: la deliberazione del tribunale arbitrale può assumere forme più duttili quali quella scritta, la conferenza telefonica, video ecc.

In pratica oggi, essendo venuta meno la distinzione tra arbitrato nazionale ed internazionale, si ammette, sulla falsa riga dell'abrogato art. 837 c.p.c. <sup>(33)</sup>, una maggiore snellezza nella deliberazione, lasciando alle parti e agli arbitri la massima libertà di scelta circa il modo in cui raggiungere la decisione.

Pertanto, sebbene la presenza fisica congiunta, dando modo agli arbitri di confrontarsi in maniera più diretta ed in termini dialettici, garantisca una maggiore attenzione alla decisione, tuttavia la sua celebrazione può non di meno rappresentare un problema. Ciò accade soprattutto là dove — situazione che sovente si verifica quando la controversia, per ragioni soggettive e/o oggettive, sia di carattere transnazionale — il ruolo di arbitro sia assolto da soggetti appartenenti a Stati diversi, atteso che in tal caso le spese vive che gli arbitri devono sostenere per garantire la presenza fisica potrebbero essere ingenti.

In casi del genere le parti potrebbero prevedere regole di funzionamento dell'arbitrato tali da imporre agli arbitri che la deliberazione del lodo assuma forme più duttili, come quella della videoconferenza o della conferenza telefonica, se non addirittura forme puramente scritte, come accade quando il presidente fa circolare una bozza di lodo rispetto alla quale chiede l'assenso degli altri membri del collegio <sup>(34)</sup>.

E, infatti, se l'art. 823, c.p.c. prevede che la conferenza personale dei membri del collegio riuniti possa essere richiesta da ognuno degli arbitri, ovvero, pur nel silenzio della legge, ove lo abbiano stabilito concordemente,

---

<sup>(33)</sup> Infatti, nonostante in passato dell'art. 837 c.p.c. sia stata offerta la diversa interpretazione per cui lo stesso sarebbe stato capace non solo di rendere possibile nuove forme di contatto tra i membri del collegio, ma anche di ammettere una deroga dello stesso principio della maggioranza nella deliberazione (così: LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1994, 257 ss., spec. 272), questo, come peraltro e soprattutto il novellato art. 823 c.p.c., secondo chi scrive, giammai può essere interpretato nel senso di ammettere una deroga al principio della collegialità dell'organo giudicante.

<sup>(34)</sup> Cfr. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 190.

dalle stesse parti, allo stesso modo non può che riconoscersi a queste ultime, *ex art. 816-bis c.p.c.*, la libertà di prevedere, « *nella convenzione di arbitrato o con atto scritto separato* » anteriore al giudizio, modalità di deliberazione del lodo diverse dalla congiunta presenza fisica di tutti i membri.

Cosa accade, dunque, se gli arbitri, a fronte di statuizioni pattizie che, per motivi di economicità ne prevedano la deliberazione del lodo secondo forme più duttili della conferenza personale, esercitino il proprio potere di direzione del procedimento prevedendo la più costosa delibera del lodo in conferenza personale di tutti i membri del collegio?

Anche in tal caso sembra a chi scrive che le parti possano rifiutarsi di pagarne i relativi ulteriori costi.

7. *Pronuncia di lodo non definitivo in contrasto con le scelte direzionali delle parti.* — Altro esempio di possibile esercizio di *governance* processuale *che costa* può prefigurarsi, infine, anche nella *scelta* arbitrale di risolvere le « *questioni che si presentano nel corso del procedimento* » con « *lodo non definitivo* » piuttosto che con ordinanza <sup>(35)</sup>.

Orbene, se l'art. 816-*bis*, ultimo comma, c.p.c., riconosce agli arbitri il potere di scegliere tra la pronuncia di un lodo non definitivo ovvero un'ordinanza <sup>(36)</sup>, in relazione a tale opzione si presenta la necessità di risolvere due questioni che, ancorché autonome, sono tra loro intimamente connesse.

La prima pregiudiziale questione attiene allo spazio di movimento degli arbitri nella scelta tra l'uno e l'altro provvedimento, la seconda questione, fondamentale nella presente trattazione, riguarda, invece, l'ambito d'intervento della volontà dei compromittenti nella limitazione dei poteri direzionali degli arbitri, nonché le conseguenze del possibile contrasto tra la direzione degli arbitri e la regolamentazione delle parti.

Appare, innanzitutto, necessario rilevare come dal punto di vista della loro efficacia, mentre il lodo non definitivo risolve, pur senza definire il

---

<sup>(35)</sup> Sul punto si segnala come gli autori utilizzino diverse nomenclature, alternative a quella di lodo non definitivo, per tali provvedimenti. Accanto a chi (FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 74 e 97) parla di lodo parziale su domanda e lodo parziale su questione, si pone chi (BRIGUGLIO, *Il lodo rituale italiano all'estero dopo la novella del 1994*, in questa *Rivista*, 1997, 690 ss.) definisce il fenomeno in termini di lodo parziale in senso stretto e lodo parziale in senso lato o non definitivo ovvero chi ancora parla di lodo interlocutorio contrapponendolo al lodo parziale o, infine, di lodo parziale definitivo e lodo parziale non definitivo. Tali diciture sono riportate anche in LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, in questa *Rivista*, 1998, 592, nonché SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile, articoli 806-840*, Bologna, 2014, 849.

<sup>(36)</sup> Con la modifica degli artt. 820 e 827 c.p.c., operata dalla l. n. 25/1994, si è riconosciuta la possibilità — peraltro già in uso nella pratica — di pronunciare tanto lodi parziali che lodi non definitivi. In linea generale occorre evidenziare come nel testo l'espressione lodo non definitivo è utilizzata per identificare il lodo con cui gli arbitri pronunciano in via definitiva, ma senza chiudere il giudizio, su di una questione preliminare di rito o pregiudiziale di merito. Questo differisce dal lodo parziale che è, invece, il lodo con cui i giudici privati deliberano in merito a una delle più domande proposte nel giudizio.

giudizio arbitrale, in maniera definitiva alcune questioni <sup>(37)</sup>, l'ordinanza costituisce, invece, una pronuncia sempre revocabile e, in quanto tale, incapace di assumere stabilità <sup>(38)</sup>.

Se, dunque, conseguentemente, l'opzione va riempita dei differenti effetti che la scelta dell'uno o dell'altro provvedimento porta con sé, influenzando sul grado di stabilità che gli arbitri vogliono dare alla loro decisione <sup>(39)</sup>, non di meno sembra, però, ragionevole « *non far dipendere il regime di stabilità, efficacia e impugnazione del provvedimento dalla mera valutazione degli arbitri, ma ancorare tale valutazione a un parametro oggettivo, quale appunto l'idoneità della questione a definire il giudizio* » <sup>(40)</sup>.

Così la forma del provvedimento dipenderà dalla natura e dall'oggetto della decisione, mentre la parte discrezionale nella scelta che gli arbitri assumono sarà conseguenza della valutazione relativa alla capacità o meno della questione di definire il giudizio: mentre alla pronuncia del lodo non definitivo sono riservati i provvedimenti su questione previsti all'art. 279, comma 2, nn. 1, 2 e 4, c.p.c. per le sentenze non definitive <sup>(41)</sup>, l'arbitro, *ex art. 816-bis*, comma 3, c.p.c. — come peraltro il giudice statale — rispetto alle indicate questioni, manterrà sempre la facoltà di optare tra i due tipi di provvedimento a seconda dell'astratta capacità della questione alla definizione della lite.

In altre parole, sebbene la scelta sia condizionata dal tipo di questioni che si presentano, i poteri arbitrali di direzione del processo in presenza di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito appaiono, invece, assolutamente pieni: la scelta di cui all'art. 816-*bis*, ultimo comma, c.p.c. non deve avvenire su ogni questione che si presenta nel corso del giudizio, ma solo in relazione a quelle possibile oggetto di entrambi i provvedimenti. E, quindi, se le questioni che via via compongono il giudizio non potranno che essere oggetto di ordinanza, attesa l'impossibilità di adottare con lodo non definitivo misure di carattere istruttorio o ordinatorio <sup>(42)</sup> riferibili al *modus procedendi* della causa, la presenza di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, capace di definire il giudizio, non impone, invece, agli arbitri l'adozione del lodo non definitivo.

---

<sup>(37)</sup> Il previgente art. 816, ultimo comma, c.p.c. nel disporre che « *su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri provvedono con ordinanza non soggetta a deposito e revocabile tranne nel caso previsto nell'art. 819* » imponeva agli arbitri la risoluzione non definitiva delle questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito. In tal senso v. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, 237 ss.

<sup>(38)</sup> Più in particolare, mentre con la pronuncia di un lodo non definitivo, gli arbitri si spogliano del potere di decidere nuovamente su ciò che ne ha formato oggetto, nel pronunciare un'ordinanza non si spogliano, invece, del potere di tornare sullo stesso oggetto con altra ordinanza o con un lodo successivo. Sul punto v. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 188-189.

<sup>(39)</sup> SALVANESCHI, *Commentario del codice di procedura civile*, artt. 806-840, cit., 417.

<sup>(40)</sup> Sono parole di DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2010, 1055.

<sup>(41)</sup> V. RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 1999, 439 ss.

<sup>(42)</sup> BOVE, *La giustizia privata*, cit., 189.

Salvo che le parti lo abbiano espressamente richiesto, gli arbitri non sono, dunque, obbligati a decidere la questione pregiudiziale o preliminare immediatamente, potendo sempre attendere la pronuncia del lodo definitivo e, in quella sede, pronunciarsi sulla questione <sup>(43)</sup>.

Essendo quello indicato lo spazio discrezionale che l'art. 816-*bis* c.p.c. riserva agli arbitri, significativo appare il ruolo svolto dalle parti che, in quest'ambito, possono pattiziamente imporre ai giudici privati di definire le questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito in sede di pronuncia di lodo definitivo. In altri termini, se in assenza di un'espressa volontà delle parti, si espanderà il potere degli arbitri sul provvedimento da pronunciare, la previsione pattizia ne può, però, limitare il campo di azione.

Ma cosa accade quando gli arbitri, in contrasto con la volontà delle parti, definiscono con lodo non definitivo la risoluzione delle questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito?

Anche in tal caso, sembra a chi scrive riproporsi quanto indicato circa la possibile legittimità del rifiuto dei contendenti di sostenerne i relativi ulteriori costi, derivanti, questa volta, dalla maggiore attività svolta dagli arbitri <sup>(44)</sup>.

In particolare, la questione — che in passato, stante la presenza di tariffe che determinavano il compenso arbitrale in relazione al valore della causa, non si è mai posta — assume oggi un certo rilievo, data la sempre più frequente prassi dei c.d. *accordi sui compensi*. Se, infatti, il fenomeno della liquidazione anticipata delle spese modulata al tipo di attività era originariamente applicato ai soli arbitrati amministrati, la recente abrogazione del sistema tariffario forense e la conseguente, sempre più diffusa, pattuizione del compenso arbitrale al momento del conferimento dell'incarico ne sta, negli ultimi anni, diffondendo l'applicazione anche nella gestione dei giudizi *ad hoc* <sup>(45)</sup>.

La liquidazione anticipata si sostanzia per lo più in un accordo tra parti

---

<sup>(43)</sup> In tal caso la risoluzione della questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito assumerà la forma dell'ordinanza revocabile.

<sup>(44)</sup> Oltre al possibile aumento dei costi dell'arbitrato la pronuncia di un lodo non definitivo come, peraltro, del lodo parziale comporta anche una proroga di 180 giorni per la pronuncia del lodo (art. 820, comma 4, lett. c), c.p.c., come riformato nel 2006). La proroga del termine nel caso di pronuncia di lodo parziale e/o definitivo non è, però, accordata di diritto agli arbitri, atteso che la stessa si verifica solo ove le parti non abbiano disposto diversamente. Inoltre, la proroga è possibile per una sola volta, conseguentemente, nel caso in cui vengano pronunciati nello stesso giudizio due o più lodi parziali, non si assisterà a due o più proroghe, ma ad una sola proroga che si verifica al momento della pronuncia del primo lodo.

<sup>(45)</sup> Le modalità di liquidazione presidenziale del compenso arbitrale sono state fortemente influenzate dalla disciplina in materia di abolizione delle tariffe e dalla recente successiva rimodulazione della determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi degli esercenti la professione forense. Se, infatti, l'art. 24 del decreto Bersani aveva normativamente imposto l'applicazione della tariffa forense, anche ove il collegio fosse stato solo in parte composto da avvocati, la legge n. 27/2012 di conversione del d.l. n. 1/2012 ha abrogato del sistema tariffario professionale. Sistemi tariffari sono successivamente stati reintrodotti nel 2014 sotto forma di criteri parametrici di liquidazione del compenso. Questi, rispetto al passato, sembrano, però, lasciare il giudice più libero nella determinazione del *quantum* spettante agli

e arbitri diretto ad individuare una concordata e preventiva determinazione del compenso dei giudici privati, evitando così nella fase successiva alla pronuncia del lodo, tanto il procedimento di autoliquidazione previsto all'art. 814 c.p.c. che, per il caso di sua mancata accettazione, il ricorso al presidente del tribunale.

Normalmente, l'accordo sui compensi si perfeziona nella fase successiva al deposito degli atti introduttivi, quando è, cioè, possibile individuare con precisione l'oggetto del procedimento e, quindi, modulare la liquidazione degli onorari alla quantità e qualità dell'attività da espletare.

Sebbene, infatti, le parti, a prescindere dalla concreta attività da svolgere, potrebbero prevedere un'unica determinazione dell'onorario, è tuttavia, non solo possibile, ma anche auspicabile, distinguerne diverse quantificazioni. Ad esempio, il *quantum debeatur* può differenziarsi a seconda che il giudizio si concluda con una conciliazione raggiunta nella fase preliminare del procedimento ovvero in una fase più avanzata o con un lodo, distinguendo in tal caso la decisione di rito da quella di merito e, in quest'ultima fattispecie, l'ipotesi in cui la stessa sia o meno preceduta da attività istruttoria o pronuncia di lodi non definitivi o parziali.

È, dunque, la possibile previsione pattizia di un maggiore costo per la prestazione arbitrale nel caso in cui la definitiva risoluzione della controversia sia preceduta da un lodo non definitivo a rendere possibile, ove reso in contrasto con le scelte direzionali delle parti, il legittimo rifiuto dei contendenti di pagare agli arbitri anche il maggiorato compenso previsto in caso di pronuncia di un lodo non definitivo.

8. *Il momento della manifestazione della contraria volontà delle parti.* — Individuate, dunque, possibili ipotesi di maggiorazione delle spese dirette conseguenza dei poteri degli arbitri di conduzione del processo in contrasto con la volontà delle parti, resta ancora da specificare — poiché possa riscontrarsi la prospettata inversione della responsabilità in ordine alla loro imputazione — quando tale volontà dei contendenti debba esprimersi.

Se, indubbiamente, questa sembra doversi manifestare in maniera espressa nonché anteriormente all'adozione del provvedimento, non necessariamente, si ritiene, invece, debba assumere le forme prescritte dall'art. 816-bis, comma 1, c.p.c. ossia essere manifestata « *nella convezione di arbitrato o con atto scritto separato anteriore all'inizio del giudizio* ».

È, infatti, possibile, attesa la molteplice varietà delle questioni processuali che possono presentarsi — di cui, peraltro, quelle prospettate nel presente scritto rappresentano una mera esemplificazione — ancorché genericamente,

---

arbitri. In particolare la reintroduzione di parametri per la liquidazione del compenso forense è avvenuta con la legge, 31 dicembre 2012, n. 247, recante la « *nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense* », nonché dal successivo d.m., 10 marzo 2014, n. 55.

che nella stessa regolamentazione dell'arbitrato sia previsto l'obbligo del tribunale arbitrale, prima di adottare singoli provvedimenti miranti ad assicurare una più efficiente gestione del procedimento, di sentire le parti e, in concerto con queste, individuare le misure più opportune. Un esempio in tal senso è offerto dall'art. 22.2 del Regolamento di arbitrato ICC del 2012 secondo cui « *per assicurare un'efficiente gestione del procedimento, sentite le parti, il tribunale arbitrale può adottare le misure procedurali che ritiene opportune, purché non in contrasto con quanto* » da queste convenuto.

In casi di questo genere è, dunque, possibile che i contendenti manifestino il loro dissenso dopo l'inizio del procedimento, ancorché chiaramente prima dell'adozione della misura.

Non appare, viceversa, legittimo il rifiuto delle parti di sostenere le spese delle c.d. *scelte arbitrali che costano*, in assenza di loro espressa preventiva contraria manifestazione di volontà, dopo il compimento dell'atto ovvero dopo la pronuncia del lodo.

A tale conclusione non sembra, infatti, ostare il rilievo per cui la liquidazione arbitrale delle spese di procedura, che avviene unitamente agli onorari, non sarebbe vincolante per le parti che non l'abbiano espressamente accettata<sup>(46)</sup>. Se la mancata vincolatività dell'autoliquidazione arbitrale consente, infatti, ai giudici privati di proporre istanza al presidente del tribunale per ottenere la liquidazione del compenso e delle spese della procedura di cui all'art. 814 c.p.c., si ritiene non solo che la contestazione di parte circa l'opportunità di un dato atto non possa avvenire, per la prima volta, attraverso il rifiuto all'accollo delle relative spese in tale sede, ma che il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. non rappresenti neppure luogo idoneo a valutare l'opportunità delle scelte processuali compiute dagli arbitri.

8.1. *Segue. Il sindacato giurisdizionale in ordine alla legittimità del rifiuto delle parti a sostenere le c.d. scelte arbitrali che costano.* — Più in generale, il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. sembra essere, invero, la sede giurisdizionale per valutare la sola congruità della quantificazione dell'onorario e delle spese del giudizio liquidate dagli arbitri<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> L'autoliquidazione arbitrale, formulata alla fine dell'incarico nello stesso lodo ovvero in atto separato, ha, ex art. 814, comma 2, c.p.c. funzione di mera proposta contrattuale, vincolante per le parti solo in seguito a loro accettazione. Cfr. tra più: Cass., 27 aprile 1979, n. 2451, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, fasc. 4; Cass., 24 giugno 1994, n. 6108, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 6; Cass., 28 marzo 2003, n. 4743 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 649; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3383, in *Giust. Civ.*, 2005, 12, I, 3143, con nt. di CASSANO, NISATI; TAR Roma (Lazio), 17 aprile 2012, n. 3467, in *Giur. Merito*, 2012, 6, 1431. V. inoltre, BOVE, *La giustizia privata*, cit., 97, secondo cui « *non si deve pensare che gli arbitri abbiano il potere di stabilire l'ammontare del compenso ad essi dovuto, perché non è certo immaginabile che una delle parti di un contratto possa determinare il contenuto della prestazione da accollare all'altra parte in modo unilaterale* ».

<sup>(47)</sup> Invero sul punto si osserva come, a volte, la stessa giurisprudenza ritenga che il sindacato del presidente del tribunale possa estendersi al di là della quantificazione. In particolare, il riferimento è a quella giurisprudenza che, in relazione alla scelta degli arbitri di

Nonostante, infatti, secondo una certa dottrina<sup>(48)</sup> la cognizione del presidente del tribunale non si limiterebbe al *quantum* della pretesa arbitrale, ma abbraccerebbe tutti gli elementi della fattispecie costitutiva, ovvero impeditiva, modificativa od estintiva, del loro diritto al compenso e al rimborso delle spese, l'opinione assolutamente maggioritaria<sup>(49)</sup> ne ha da sempre limitato il contributo alla sola quantificazione dell'onorario e delle spese del procedimento<sup>(50)</sup>.

Peraltro, tale ricostruzione appare ancor più oggi proponibile all'esito del nuovo orientamento delle Sezioni Unite della S.C.<sup>(51)</sup>, secondo cui la statuizione resa nel giudizio di reclamo<sup>(52)</sup> dell'ordinanza presidenziale di cui all'art. 814 c.p.c. non sarebbe impugnabile con ricorso straordinario in cassazione, ma, stante la natura sostitutiva della volontà delle parti dell'intervento giurisdizionale, direttamente contestabile in sede di opposizione all'esecuzione. E, di fatti, tale nuovo orientamento ribadisce ancor più oggi come al presidente del tribunale e, conseguentemente, al giudice del reclamo non possano essere conferiti poteri ulteriori e diversi dalla quantificazione del compenso arbitrale e delle spese di procedura<sup>(53)</sup>.

---

nominare un segretario del collegio arbitrale, afferma la competenza del presidente del tribunale ad accertare tanto l'effettiva utilità dell'opera prestata dall'ausiliario per il funzionamento dell'arbitrato che la qualità e quantità dell'attività posta in essere. Cfr.: Cass., 27 maggio 1984, n. 4722, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1987, 1325; Cass., 22 aprile 1994, n. 3839, cit.; Cass. 8 settembre 2004 n. 18061, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9.

<sup>(48)</sup> CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 132.

<sup>(49)</sup> Cass., 14 marzo 1996, n. 2124; Cass., 4 aprile 1990, n. 2800, in questa *Rivista*, 1991, 87, con nt. PUNZI, *Liquidazione ex art. 814 c.p.c. degli onorari di arbitro: limiti al potere di cognizione*; Cass., 6 marzo 1998, n. 2494, in questa *Rivista*, 1998, 541 (707), con nt. GROSSI, *I limiti del procedimento di liquidazione del compenso degli arbitri ex art. 814 c.p.c.*

<sup>(50)</sup> Secondo Cass., 17 ottobre 1996, n. 9074, in *Foro It.*, 1996, I, 3578; Cass., 26 maggio 2004, n. 10141; Cass., 29 novembre 1996, n. 10660; Cass., 26 novembre 1999, n. 13174, in *Foro it.*, 2000, I, 326; Cass., 26 maggio 2004, n. 10141, in *Foro it.*, 2005, I, 782, anche in presenza di cause di nullità e/o inesistenza del lodo, il presidente del tribunale deve, comunque, procedere alla liquidazione del compenso arbitrale.

<sup>(51)</sup> Ci si riferisce all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione che iniziato nel 2009 con due sentenze gemelle (Cass., 3 luglio 2009, nn. 15586 e 15592, in *Giust. Civ.*, 2010, 7-8, I, 1714 e in questa *Rivista*, 2009, 692, con nt. TISCINI, *Nuovi voli pindarici della giurisprudenza di legittimità per porre un argine all'accesso: è insindacabile il provvedimento di liquidazione del compenso agli arbitri emesso dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 814 c.p.c.*) si è consolidato nel 2012 con sentenza, 31 luglio 2012, n. 13620, in questa *Rivista*, 2012, 847, con nt. TISCINI, *Ordinanza di liquidazione del compenso agli arbitri, ricorso per cassazione ed incensurabilità del vizio logico della motivazione, tra Sezioni unite e riforme legislative.*

<sup>(52)</sup> In seguito alla novella del 2006 dell'art. 814 c.p.c. l'ordinanza presidenziale di liquidazione del compenso arbitrale è stata, qualificando la stessa non più « non impugnabile », assoggettata « a reclamo » a norma dell'art. 825 c.p.c.

<sup>(53)</sup> La Cassazione, dopo quasi cinquant'anni (Cass., 2 maggio 1967, n. 808, in *Foro It.*, 1967, I, 808; Cass., 18 ottobre 1967, n. 2511, in *Foro It.*, 1968, I, 459), ha rivisitato la propria tradizionale impostazione secondo cui l'accertamento presidenziale sulla quantificazione del compenso e delle spese dell'arbitrato, in quanto statuizione definitiva, incidente su diritti soggettivi, potesse essere oggetto di sindacato in Cassazione ex art. 111 Cost. Ciò è avvenuto con la ricezione *in toto* della c.d. teoria contrattualistica di VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema processuale civile*, Milano, 1971, 465 ss. Tale teoria ravvisa nella manifestazione di volontà del presidente del tribunale in sede di liquidazione del compenso un atto integrativo della volontà

Sebbene questa non ne sia la sede, occorre, infatti, brevemente rilevare come il giudizio di cui all'art. 814 c.p.c., lungi dal rappresentare il luogo di accertamento dell'esatto adempimento della prestazione arbitrale, sembri sostanziare, piuttosto, solamente una privilegiata alternativa alla via ordinaria per la liquidazione dell'onorario di esclusiva spettanza dei giudici privati che si realizza attraverso l'accesso ad uno strumento speciale di tutela<sup>(54)</sup> e, precisamente, ad un procedimento camerale più semplice e celere del processo di cognizione ordinario, di competenza del presidente del tribunale, individuato a norma dell'art. 810, comma 2, c.p.c. e che conduce all'immediata formazione di un provvedimento avente efficacia di titolo esecutivo.

Pertanto, semmai, essendo quella indicata la funzione della liquidazione presidenziale del compenso, potrebbe riconoscersi alle parti il potere di ottenere, in sede di cognizione ordinaria, un accertamento definitivo in ordine non solo al diritto degli arbitri all'onorario, ma anche alla congruità per il suo funzionamento delle scelte processuali da questi sostenute<sup>(55)</sup>.

Tuttavia, anche una tale opzione sembra, in assenza di ogni preventiva contraria manifestazione di volontà delle parti, creare non pochi problemi, atteso che, se così fosse, il timore di un successivo e non annunciato rifiuto

---

delle parti ex art. 1349 c.c.: il presidente del tribunale, nella liquidazione di cui all'art. 814 c.p.c., opererebbe quale organo di giurisdizione non contenziosa, deputato ad integrare la volontà delle parti nella quantificazione dell'ammontare del compenso dovuto agli arbitri. In quest'ottica, l'attività del presidente del tribunale risulta non di natura giurisdizionale contenziosa, ma essenzialmente privatistica. Questa si esprime in una manifestazione di volontà priva della vocazione al giudicato, in quanto sostitutiva, alla stregua della volontà di un arbitratore, della volontà delle parti: « il contratto di arbitrato (...) è automaticamente integrato, ex art. 814 c.p.c., con clausola devolutiva della pertinente determinazione al presidente del tribunale; questi (...) in alternativa all'arbitratore, svolge funzione giurisdizionale non contenziosa, adottando un provvedimento di natura essenzialmente privatistica, privo, in quanto tale, di vocazione al giudicato e, quindi, insuscettibile d'impugnazione con ricorso straordinario per cassazione » (sono parole di Cass., s.u., 31 luglio 2009, n. 15592, cit.).

<sup>(54)</sup> LANFRANCHI, *Liquidazione delle spese e dell'onorario degli arbitri e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1103 ss., definisce il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. come una forma di « tutela giurisdizionale privilegiata » e urgente, finalizzata all'accertamento di diritti soggettivi « ed al loro soddisfacimento, se necessario, in via espropriativa ».

<sup>(55)</sup> Se, infatti, il procedimento delineato dall'art. 814 c.p.c. è strumento rivolto agli arbitri e diretto ad assicurare la formazione in tempi brevi di un titolo esecutivo, questo rappresenta, però, solo una delle possibili vie processuali a disposizione, scelta dall'arbitro in considerazione del tipo di provvedimento che intende ottenere. Inoltre, il giudizio ordinario potrebbe anche essere proposto dalle parti, carenti della legittimazione ad agire ex art. 814 c.p.c., che intendano avere un accertamento definitivo sul diritto al compenso e al rimborso delle spese arbitrali. I poteri del giudice che procede all'accertamento del diritto al compenso arbitrale nel corso di un processo ordinario di cognizione sono, infatti, completamente diversi da quelli del presidente del tribunale adito ex art. 814, comma 2, c.p.c., atteso che il giudice della cognizione ha pieni poteri in ordine all'esatto adempimento della prestazione degli arbitri e, dunque, alla stessa opportunità delle scelte direzionali da questi compiute. Sulla possibile alternativa tra giudizio di cognizione ordinario e giudizio ex art. 814 c.p.c. v. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato. Quaderno dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, 2006, 85 ss., spec. 99, il quale osserva che « il diritto degli arbitri al compenso e al rimborso delle spese può essere azionato, come qualsiasi altro diritto, in sede ordinaria »; in questo senso v. anche VIGORITI, *L'onorario degli arbitri*, in questa *Rivista*, 2005, 189 ss.

delle parti di accollarsi costi di atti di direzione non ritenuti funzionali ed indispensabili al corretto svolgimento del processo, non renderebbe gli arbitri liberi nella sua gestione.

Pur essendo, infatti, la cognizione del giudice, chiamato nell'ambito di un eventuale processo ordinario a decidere sul diritto degli arbitri al compenso ed al rimborso delle spese per l'opera prestata, completa in quanto estesa a valutare l'esatto adempimento della prestazione, tuttavia, questa nel caso di attribuzione agli arbitri di pieni poteri di direzione del processo — pieni poteri esistenti nel caso di mancata preventiva contestazione dei compromittenti — appare non potersi anche dirigere a valutare l'opportunità della spesa da cui può derivare la legittimità del rifiuto delle parti di accollarsene i relativi costi.

Ma cerchiamo di spiegare meglio.

Se, indubbiamente, l'eventuale contestazione delle parti circa il carico delle spese frutto di scelte direzionali degli arbitri in contrasto con la loro volontà, non potrà, in ultima analisi, che essere oggetto di sindacato giurisdizionale in sede di giudizio ordinario di cognizione mirante all'accertamento dell'esatto adempimento della prestazione, ciò non significa, però, anche che le parti possano contestare l'opportunità delle c.d. *scelte direzionali arbitrali che costano* per la prima volta in quella sede. Ammettere una tale eventualità potrebbe, infatti, rilevarsi dannoso, atteso che si esporrebbero gli arbitri a contestazioni pretestuose e tali da bloccarne a monte gli spazi di movimento, nonché contrarie allo stesso disposto di cui all'art. 816-bis, comma 1, c.p.c. che, in mancanza dell'indicazione di parte delle norme che gli arbitri devono osservare, riserva ai giudici privati piena facoltà di regolare lo svolgimento del processo e con esso, indubbiamente, anche di effettuare tutte le spese ritenute necessarie al suo funzionamento.

## L'applicabilità della decadenza di cui all'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c. al procedimento arbitrale

CHRISTIAN CORBI

Dal combinato disposto degli artt. 2702 c.c. e 215 c.p.c., si ricava che la scrittura privata prodotta in giudizio da una delle parti, ove non tempestivamente<sup>(1)</sup> disconosciuta dalla controparte che intende invocare l'apocriefa della propria sottoscrizione, faccia piena prova (legale) fino a querela di falso<sup>(2)</sup>.

Appare allora utile chiedersi se il regime decadenziale di cui alla richiamata norma (art. 215 c.p.c.) trovi applicazione anche in sede arbitrale, posto che in tale ultimo ambito<sup>(3)</sup>, ed a differenza del processo statale, non opera il meccanismo delle decadenze e delle preclusioni<sup>(4)</sup>.

Siffatto meccanismo è stato, infatti, introdotto dalle riforme degli anni '90 sulla falsariga del rito del lavoro<sup>(5)</sup>, nel tentativo di modificare un sistema che

---

(1) L'art. 215 c.p.c. indica, come termine perentorio entro il quale la scrittura privata deve essere disconosciuta, la prima udienza, ovvero il primo scritto difensivo successivo alla produzione della stessa.

(2) VERDE, *Profili del processo civile*, Vol. II, Napoli, 2008, 79 e ss.

(3) L'art. 816 bis c.p.c. così recita: “*Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*”. Al riguardo, si veda RICCI, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da CARPI, Bologna, 2007, 363, 389, 392 e ss.

(4) Si intende per “preclusione” la perdita, l'estinzione o la consumazione di una facoltà processuale a cui consegue l'impedimento al compimento di un atto processuale. Ciò si verifica a causa dell'incompatibilità con un'attività già svolta, ovvero a causa del mancato esercizio della facoltà, nel momento opportuno, nella successione delle attività processuali, ovvero a causa del fatto di aver già una volta esercitato il diritto. Si ha invece “decadenza” qualora la perdita della facoltà processuale sia connessa alla decorrenza del termine perentorio entro cui la stessa andava esercitata. Spunti in VERDE, *Profili cit.*, 70-72 e LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. I, Milano, 2015, 413; AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE, Torino, 2000, 204.

(5) PISANI, *Le preclusioni nel rito del lavoro*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Spunti anche in BALENA, *Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato*, in [www.csm.it/quaderni/quad\\_92/qua\\_92\\_15.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_15.pdf).

consentiva alle parti di svolgere, sino al momento in cui la causa veniva trattenuta in decisione, ulteriore attività di allegazione e di asseverazione <sup>(6)</sup>. L'esigenza da soddisfare era quindi quella di cristallizzare temporalmente il *thema decidendum* ed il *thema probandum*, individuando, a pena di decadenza, un momento oltre il quale non sarebbe più stato possibile, salve eventuali sopravvenienze <sup>(7)</sup>, modificare le domande originariamente spiegate <sup>(8)</sup>. Con la conseguenza che il regime di preclusioni e decadenze per tal via introdotto mirava a favorire il principio della ragionevole durata del processo e della concentrazione delle fasi processuali <sup>(9)</sup>.

Risulta pertanto evidente come la previsione del termine di cui all'art. 820 c.p.c., entro il quale deve concludersi l'arbitrato a pena di nullità del lodo, faccia venir meno la necessità di avvalersi, aprioristicamente (salva quindi la diversa volontà delle parti o degli arbitri) ed in tale ambito, di ulteriori strumenti di carattere acceleratorio <sup>(10)</sup>.

Ciò posto, occorre chiedersi quale sia la *ratio* che informa il termine decadenziale di cui all'art. 215 c.p.c. ed in particolare stabilire se tale termine miri a garantire la celerità del processo, nell'ottica di contingentarne i tempi e concentrarne le fasi, ovvero risponda ad altre e diverse esigenze. Nel primo

---

<sup>(6)</sup> MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile vol. II*, IV edizione, Torino 1983, 44 e ss.; FAZZALARI, *La funzione del giudice nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1963, 66; VERDE, *Profili del processo civile*, cit., Vol. II, 76.

<sup>(7)</sup> LUIISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. 22, 44.

<sup>(8)</sup> CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, (Relazione svolta al convegno sulle riforme del processo civile organizzato dall'Associazione nazionale magistrati, Napoli, 6-7 novembre 1998), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 388; CHIARLONI, *Riflessioni minime sulla nuova disciplina della fase introduttiva del processo civile di cognizione*, (Relazione al Convegno di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Il punto sul nuovo processo civile", 31 gennaio 1997), in *Giur. it.*, 1997, 208-209; BALENA, *Ancora "interventi urgenti" sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1996, 317-336; COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile*, in *Foro it.*, V, 328; CONSOLO, LUIISO, SASSANI, *Commentario al c.p.c.*, Roma, 2001, 1033; VERDE, VACCARELLA, *Commentario al c.p.c.*, I Vol., Torino, 2001, 326; VERDE, *Profili del processo civile*, cit., Vol. II, 56; CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Torino, 2002, 551; CAVALLARI BONA, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 915.

<sup>(9)</sup> VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 676 e ss. Spunti in BRIGUGLIO, CAPPONI, *Art. 163-bis; art. 164; art. 167; art. 180; art. 183; art. 184; art. 185; art. 187*, in BRIGUGLIO, CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Vol. I, Padova, 2007, 60-86; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CAPPONI, *Salviamo la giustizia civile: cosa dobbiamo dare, cosa possiamo chiedere ai nostri giudici*, Milano, 2015, 1-159; CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Il corriere giuridico*, 2014, 1277-1290; CAPPONI, *Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. (in punta di penna sulle leggi n. 80/2005 e n. 263/2005)*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 593-609; CAPPONI, *Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. (considerazioni in punta di penna sulla legge n. 80/2005)*, in *Giur. it.*, 2006, 436-440.

<sup>(10)</sup> MENGALI, *I principi e la disciplina delle prove in arbitrato*, in <http://eprints.luiss.it/536/1/mengali-20090701.pdf>; PAGANO, *La natura dei termini nel procedimento arbitrale*, in [www.iclouvell.com](http://www.iclouvell.com). Spunti in LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 177; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 708, 728; AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206. In senso difforme, VERDE, *Lineamenti dell'arbitrato*, Torino, 2006, 129.

caso, si potrebbe, per le ragioni sin qui esposte, escludere la sua applicabilità al procedimento di giustizia privata<sup>(11)</sup>; nel secondo caso, invece, si renderebbe necessaria qualche ulteriore riflessione<sup>(12)</sup>.

A parere di chi scrive, la rilevanza degli effetti del disconoscimento<sup>(13)</sup>, o meno, di una scrittura privata prodotta in giudizio — di cui tra breve si dirà — postula *ex se* che siffatto disconoscimento debba essere confinato in un preciso, immediato e ben individuato lasso temporale. Sia il giudice, sia le parti devono infatti essere messe in condizione di conoscere — sin dal compimento della prima attività processuale successiva alla produzione del documento (udienza o scritto difensivo) — quale sia la valenza giuridica, gli effetti processuali e il valore che lo stesso assume, anche nell'ambito del quadro probatorio complessivo.

Del resto, non è di poco momento che il giudice o gli arbitri possano apprezzare, già all'esito della produzione documentale, se una scrittura privata costituisca prova o meno (posto che la scrittura privata disconosciuta deve considerarsi *tamquam non esset*<sup>(14)</sup>) e, in caso affermativo, quale sia la natura giuridica della prova stessa (semplice o legale, a seconda che essa venga fatta valere nei confronti del sottoscrittore o dei terzi)<sup>(15)</sup>. Tali considerazioni incidono, peraltro, sul giudizio di ammissibilità e rilevanza degli altri mezzi istruttori eventualmente dedotti, sulla prova contraria, nonché sulla completezza, o meno, del quadro probatorio complessivo (sulla base di una scrittura privata non disconosciuta, l'organo giudicante potrebbe ritenere la causa documentalmente istruita e quindi matura per la decisione<sup>(16)</sup>).

Quanto sin qui esposto induce a ritenere che il termine decadenziale di cui all'art. 215 c.p.c. — lungi dal soddisfare le descritte esigenze di celerità del processo ordinario di cognizione cui il generale regime delle preclusioni e delle decadenze appare funzionale — risponda invece al diverso profilo della certezza del diritto e sia funzionale alla tempestiva individuazione della tipologia della prova dedotta, alla sua rilevanza ed ammissibilità, nonché all'immediata individuazione dei criteri di valutazione della stessa.

È quindi evidente come la decadenza di cui all'art. 215 c.p.c., incidendo

---

(11) A parere di VERDE, *Lineamenti dell'arbitrato*, cit., 129, la disciplina di cui all'art. 215 c.p.c. non trova pedissequa applicazione all'arbitrato, salva diversa volontà delle parti o degli arbitri.

(12) A parere di AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206.

(13) VERDE, *Profili del processo civile* cit., Vol. II, 79; LUIISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. II, 112 e ss.

(14) VERDE, *Profili del processo civile* cit., Vol. II, 79 e ss.; LUIISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. II, 112 e ss.

(15) VERDE, *Profili del processo civile* cit., Vol. II, 79 e ss.; LUIISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. II, 112 e ss.

(16) VERDE, *Profili del processo civile* cit., Vol. II, 79 e ss.; LUIISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. II, 112 e ss.

direttamente sulla prova documentale ed indirettamente sul complessivo impianto probatorio<sup>(17)</sup>, debba trovare applicazione anche all'arbitrato<sup>(18)</sup>.

Del resto, tale soluzione ermeneutica non rappresenta una deroga al principio generale per il quale la giustizia privata è sottratta al regime delle decadenze e preclusioni<sup>(19)</sup>.

Inoltre, non si ritiene che gli arbitri siano titolari del potere di incidere sulla disciplina della prova legale<sup>(20)</sup>. A tale ultimo riguardo, la dottrina maggioritaria<sup>(21)</sup> è dell'avviso secondo cui le norme sull'efficacia legale della prova siano norme cogenti (e come tali non derogabili dagli arbitri), atteso che esse avrebbero natura sostanziale e, in ogni caso, non sarebbero norme di mera tecnica processuale<sup>(22)</sup>.

Pertanto, ove si aderisse all'impostazione sin qui descritta, gli arbitri, a fronte del disconoscimento tardivo della scrittura privata, devono considerare la stessa quale prova legale fidefacente fino a querela di falso<sup>(23)</sup>.

Nel caso contrario, è dibattuto<sup>(24)</sup> se la controparte possa proporre

---

<sup>(17)</sup> VERDE, *Profili del processo civile* cit., Vol. II, 79 e ss.; LUISO, *Diritto processuale*, cit., Vol. II, 112 e ss.

<sup>(18)</sup> In senso favorevole, AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 177. L'autore citato precisa che "la dottrina non accreditata agli arbitri il potere di sottrarre le regole di prova legale". Spunti in RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 708, 728. In senso critico, VERDE, *Lineamenti dell'arbitrato*, cit., 129.

<sup>(19)</sup> In senso favorevole, AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 177; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 708, 728. In senso critico, VERDE, *Lineamenti dell'arbitrato*, cit., 129.

<sup>(20)</sup> In questi termini, AULETTA, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, cit., 177.

<sup>(21)</sup> MENGALI, *I principi e la disciplina delle prove in arbitrato*, in <http://eprints.luiss.it/536/1/mengali-20090701.pdf>; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2012, 643 ss., distingue tra *probationes probatae*, contenute nel codice civile e *probationes probandae*, contenute nel codice di procedura civile. L'Autore ritiene che le prime, in quanto di natura sostanziale, devono necessariamente essere applicate dagli arbitri che "non possono negare all'atto pubblico l'efficacia di pubblica fede ad esso attribuita dall'art. 2700 c.c."; MORTARA, *Commentario al Codice di procedura civile. Principi generali*, a cura di COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, Vol. IV, Milano, 1959, 148; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 469; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., *passim*; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 499; RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 74; MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1997, 310; DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 21-40; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 68 ss.; MAGNONE, CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, *passim*.

<sup>(22)</sup> Per una generale deroga al sistema dei limiti legali della prova, anche per l'arbitrato di diritto, comprese le norme dettate dal codice civile, alle quali l'Autore riconosce implicitamente natura processuale, si veda invece SATTA, *Commentario*, cit., Vol. IV, Milano, 1959, 277 e ss.

<sup>(23)</sup> MENGALI, *I principi* cit.; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 643 ss.; MORTARA, *Commentario*, cit., 148; REDENTI, *Diritto processuale*, cit., 469; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., *passim*; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 499; RICCI, *La prova nell'arbitrato*, cit., 74; MARENGO, *Lo svolgimento del processo*, cit., 310; DANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, cit., 21-40; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 68 ss.; MAGNONE, CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., *passim*.

<sup>(24)</sup> Tra chi ammette tale possibilità, v'è: CARNACINI, *Nuovissimo Digesto Italiano*, voce *arbitrato rituale*, Torino, 1974, Vol. I, 892; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 650; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 527. I seguenti Autori, invece, escludono la proponibilità in sede arbitrale dell'istanza di verifica, anche in via incidentale: AULETTA,

istanza di verificaione <sup>(25)</sup>, in via incidentale <sup>(26)</sup>, nell'ambito dell'arbitrato <sup>(27)</sup>.

La tesi principale è quella secondo cui il collegio, richiesto in tal senso, dovrà sospendere l'arbitrato *ex art. 819 bis c.p.c.* in attesa che il tribunale si pronunci sull'apocrifia o meno della sottoscrizione apposta in calce alla scrittura privata disconosciuta <sup>(28)</sup>.

---

in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 206; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 111; MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 311 ss.

<sup>(25)</sup> In dottrina, si propende, invece, unanimemente, per l'inammissibilità in arbitrato della querela di falso. Al riguardo, si veda Coll. arb. Livorno, 30 settembre 2002, in questa *Rivista*, 2004, 347 ss., con nota di OCCHIPINTI, *Si può ammettere la sospensione per pregiudizialità nell'arbitrato irrituale?*

<sup>(26)</sup> La dottrina maggioritaria, *ex plurimis* si veda VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 108 e CARNACINI, *Nuovissimo Digesto Italiano*, cit., 892.

<sup>(27)</sup> CARNACINI, *Nuovissimo Digesto Italiano*, cit., 894. L'Autore esclude che si possa proporre in arbitrato istanza di verificaione in via principale.

<sup>(28)</sup> In tale senso CARNACINI, *Nuovissimo Digesto Italiano*, cit., 892; RICCI, in AA.VV., *Arbitrato*, cit., 410, 412. In senso difforme, DENTI, *La verificaione delle prove documentali nel processo civile*, Torino, 1957, 177 ss., 261 ss.; FABIANI, sub *art. 216*, in CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1919.



## Può dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?

PIERA PELLEGRINELLI

1. *Premessa.* — L'arbitrato trova il suo fondamento nell'autonomia privata<sup>(1)</sup>.

Non per tale ragione può negarsi l'applicabilità<sup>(2)</sup> al giudizio arbitrale del principio dell'imparzialità dell'arbitro o del collegio arbitrale, essendo, in primo luogo, un principio tutelato da una norma di rango costituzionale<sup>(3)</sup>.

L'equiparazione dell'efficacia del lodo rituale alla sentenza, realizzata dalla riforma attuata con d.lgs. 40/2006, non fa che confermare ulteriormente l'affermazione sopra rassegnata. Tale parificazione necessita, in via logica, a priori, che il procedimento di formazione del lodo garantisca che la pronuncia sia stata resa da soggetti che hanno valutato la controversia in modo imparziale.

L'imparzialità dell'organo giudicante caratterizza *“l'essenza del giudice, la vera differenza tra giudice e non giudice”*<sup>(4)</sup>, al punto da rendere la figura del “giudice parziale” una contraddizione in termini<sup>(5)</sup>.

---

(1) *“L'arbitrato va visto come il “regno delle libertà”; delle libertà di chi, mediante esplicitazione di autonomia privata, liberamente “sceglie” di non avvalersi della tutela giurisdizionale, preferendo (perché così vuole) ricorrere ad altra via per la soluzione del conflitto con altri che, parimenti, vogliono a quella medesima via far ricorso”*. Così COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 2, 246.

(2) L'imparzialità dell'arbitro coinvolge, necessariamente, problemi più complessi ed articolati di quelli ricorrenti per il giudice ordinario: si pensi, in particolare, alla modalità di nomina e di retribuzione, entrambe di norma provenienti dalle parti, nonché agli ampi poteri di cui queste ultime godono in ambito arbitrale. Affermano l'applicazione del principio dell'imparzialità all'arbitrato, tra gli altri: FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 1998, 481 ss.; COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, cit., 247, per il quale *“è fin superfluo [...] aggiungere che anche l'anzidetta libertà [...] ha pur sempre da esser regolata nella sua concreta esplicitazione, sì da saper rispondere a canoni essenziali, che son poi principi di civiltà”*; BERGAMINI, *Ricusaazione giudiziale e ricusaazione « amministrata » dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 2010, 2, 251 ss.

(3) Come noto, ci si riferisce all'art. 111, co. 2, Cost. Il principio è riconosciuto anche a livello internazionale: si veda l'art. 11, UNCITRAL *Model law on International Commercial Arbitration* il quale garantisce l'imparzialità degli arbitri nominati.

(4) PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 246.

(5) TOMMASEO, *Giustizia civile e principi del “giusto processo”*, in *Studium Iuris*, 2002, 604.

Nel nostro ordinamento giuridico vige il principio *nemo iudex in causa sua* <sup>(6)</sup>, brocardo che indica la posizione di terzietà del giudice rispetto alle parti coinvolte nel procedimento <sup>(7)</sup>.

Pare interessante — anche alla luce della volontà del legislatore di dare impulso all'utilizzo dello strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie <sup>(8)</sup> — verificare in quali contesti l'applicazione del principio dell'imparzialità trovi maggiori difficoltà e, sulla scorta delle stesse, come possa essere potenziata la tutela del principio sia a mezzo degli strumenti già in vigore, sia meditando l'opportunità di prevederne di nuovi.

2. *Nozione d'imparzialità.* — Si premette, solo brevemente, un cenno sulla nozione d'imparzialità.

Imparziale è colui che, chiamato a pronunciarsi su una controversia, assume un atteggiamento equilibrato ed equidistante e decide tenendo un comportamento privo di pregiudizi e preconcetti.

Si tratta di una caratteristica essenziale dell'organo giudicante, indispensabile per poter svolgere la propria funzione.

Alcuni <sup>(9)</sup> ritengono che l'imparzialità sia composta da tre distinti concetti: l'indipendenza, la neutralità e l'imparzialità *strictu sensu* intesa.

L'indipendenza è l'assenza di relazioni tra la parte e l'arbitro, sia in essere al momento della nomina di quest'ultimo, sia in epoca precedente alla stessa. Non sussiste tra l'arbitro e la parte una dipendenza di natura economica, professionale o psicologica.

La neutralità è l'estraneità generale tra la parte e l'arbitro: quest'ultimo è equidistante dalle parti e tollerante verso gli altrui valori e convinzioni <sup>(10)</sup>.

L'imparzialità in senso stretto riguarda l'arbitro e mira ad evitare che sia portatore di pregiudizi nei confronti di una delle parti. Si tratta di una

---

<sup>(6)</sup> SATTÀ, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 285.

<sup>(7)</sup> CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio": precognizione e imparzialità del giudice civile*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, 19 e ss.; DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1145.

<sup>(8)</sup> Da ultimo si consideri l'art. 1, l. 162/14 in virtù del quale è possibile il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti sia in primo grado, innanzi al tribunale, sia in grado d'appello.

<sup>(9)</sup> RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, 484. La classificazione è stata, in modo condivisibile, criticata in quanto priva di rilievo pratico. In tale senso: BENATTI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 131, nt. 1, secondo il quale: "malgrado si tenti di distinguere concettualmente i tre requisiti, in realtà ognuno di essi definisce compiutamente un'identica situazione, quella cioè dell'estraneità di un soggetto alla lite che deve giudicare. La distinzione, perciò, non sembra utile e i tre termini sono intercambiabili". Parte della dottrina ritiene che le differenze tra i concetti di imparzialità, indipendenza e neutralità non possano essere definiti in modo assoluto in quanto "si scopre che vi sono scambi e sovrapposizioni, sembrando incerte le frontiere tra i tre requisiti". Cfr. GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. forense*, 1990, 285.

<sup>(10)</sup> RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in questa *Rivista*, 1992, 804 ss.

situazione soggettiva volta ad evitare che una parte sia privilegiata rispetto alle altre, sulla scorta di considerazioni e motivi che nulla hanno a che vedere con la fondatezza delle tesi espresse dalle parti, né con l'equità delle rispettive posizioni.

L'indipendenza e la neutralità altro non sono che requisiti preventivi volti a garantire l'imparzialità, sono cioè dei c.d. valori-mezzo <sup>(11)</sup>.

Solo l'imparzialità, di cui indipendenza e neutralità sono requisiti strumentali, è il valore finale ed è assolutamente incompressibile.

L'ordinamento giuridico persegue un'unica finalità: garantire alle parti litiganti di essere giudicate da un giudice imparziale.

3. *Ipotesi che prestano il fianco a dubbi d'imparzialità: nomina ad opera delle parti litiganti; l'arbitro che riveste una qualifica all'interno della società; l'arbitro collega del difensore di studio.* — Date le premesse sopra indicate, la prima fattispecie con cui il principio d'imparzialità si deve confrontare riguarda la nomina degli arbitri ad opera delle parti.

Qui il problema di garantire il rispetto del principio d'imparzialità si pone con maggiore forza <sup>(12)</sup>.

Si tratta delle ipotesi in cui ciascuna parte designa il proprio arbitro <sup>(13)</sup> e, generalmente, gli arbitri nominati, per cooptazione, nominano a loro volta un arbitro che funge da presidente.

Tale *modus designandi* cela, in modo più o meno occulto, il desiderio d'individuare un soggetto che tuteli le ragioni del contendente <sup>(14)</sup>.

Le parti nella designazione dell'arbitro saranno inclini a scegliere persone

---

<sup>(11)</sup> BRIGUGLIO, *Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. it.*, 2004, 460.

<sup>(12)</sup> CHIRICO, *La ricusazione dell'arbitro di parte*, in *Corr. giur.*, 1997, n. 12, 1449 ss.; CONSOLO, *Ricusazione ex artt. 815 e 51 comma 2 c.p.c. tutt'altro che indiscriminata*, in *Corr. giur.*, 1997, n. 12, 1461.

<sup>(13)</sup> TUCILLO, *La nomina degli arbitri: capacità e qualifiche tra autonomia privata e poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria*, in questa *Rivista*, 2014, 158, afferma: "La nomina dell'arbitro costituisce, quindi, esercizio, di un diritto della parte, poiché solo attraverso la libera scelta del giudice privato è garantito il principio di ordine pubblico della imparzialità degli arbitri e la consensualità in genere dell'istituto". A parere di chi scrive il secondo inciso di tale asserzione non può essere condiviso, ovvero si dissente dal ritenere che la garanzia del principio d'imparzialità si realizzi solo grazie alla libera scelta dell'arbitro ad opera delle parti. Per come si avrà modo di dimostrare nel proseguo del presente contributo, la nomina dell'arbitro ad opera della parte non garantisce appieno il rispetto del principio d'imparzialità dell'arbitro e la normativa — sulla spinta di recenti interventi normativi in ambiti "affini" — meriterebbe d'essere potenziata, proprio al fine di meglio garantire il principio d'imparzialità dell'arbitro.

<sup>(14)</sup> CONSOLO, *Arbitri di parte non neutrali*, in questa *Rivista*, 2001, 9 ss. ritiene che "sembra, piuttosto, plausibile che fra arbitro unico e collegio integralmente e capillarmente equidistante in ogni sua componente si dia ... figura intermedia: un collegio sì, ma disomogeneo; con un arbitro-giudicante e un rappresentante di ciascuna parte, con cui l'arbitro potrà e dovrà discutere ogni questione ed anche il tenore finale della motivazione, come mai potrebbe avvenire con meri difensori delle parti".

predisposte ad accogliere le proprie argomentazioni <sup>(15)</sup>. Ciascuna parte tenderà ad individuare arbitri che in qualche misura sostengano la propria posizione e manifestino un atteggiamento di favore all'interno del collegio.

È irrealistico <sup>(16)</sup> pensare che la parte nomini un arbitro dal quale si aspetti un comportamento rigorosamente imparziale in sede di decisione.

Il rischio insito nella figura degli arbitri di parte è che di fatto si trasformino in difensori delle parti stesse, così da avere sia un proprio avvocato sia un arbitro nominato all'interno del collegio.

È stato sostenuto <sup>(17)</sup> che in tali fattispecie l'ago della bilancia sarebbe rappresentato dal presidente del collegio arbitrale cui sarebbe rimessa la decisione concreta della lite e da cui dipenderebbe la buona conduzione dell'intera procedura.

Tale argomentazione non è di per sé sufficiente a ritenere rispettato il principio d'imparzialità.

In realtà, considerato che il collegio arbitrale decide a maggioranza dei propri membri, si può verosimilmente ritenere che il presidente del collegio arbitrale sarà sottoposto alle pressioni argomentative esercitate dagli arbitri di parte.

Il requisito dell'imparzialità deve essere posseduto da tutti i membri del collegio arbitrale, non solo dal presidente, ma anche dagli arbitri di parte.

Non si può ritenere che lo stesso possa essere limitato ad un solo soggetto, essendo tutti i membri del collegio arbitrale chiamati a decidere della controversia.

Da ciò ne consegue che tutti gli arbitri devono essere imparziali.

Un orientamento dottrinale <sup>(18)</sup> considera il valore dell'imparzialità suscettibile di temperamenti: vi sarebbero, cioè, vari modi di essere imparziali. Secondo tale opinione non sarebbe realistico richiedere ed imporre all'arbitro nominato dalla parte lo stesso grado d'imparzialità richiesto all'arbitro unico o al presidente del collegio arbitrale.

Anche tale prospettazione non merita d'essere accolta, atteso che così argomentando si finisce con il disapplicare il principio d'imparzialità all'arbitro di parte.

---

<sup>(15)</sup> TUCILLO, *La nomina degli arbitri: capacità e qualifiche tra autonomia privata e poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria*, cit., 156-157, la quale condivisibilmente afferma che: "ciascuna parte tenderà a designare come arbitro una persona che conosce, verso la quale nutre rispetto e stima, e a cui è legato da un vincolo fiduciario. Le relazioni, i legami e i rapporti con le parti sono il presupposto della nomina stessa degli arbitri di parte, ma possono anche rappresentare un elemento perturbatore dell'equidistanza che ogni giudicante deve avere nei confronti di tutti i litiganti".

<sup>(16)</sup> COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, cit., 253, spec. nota 15.

<sup>(17)</sup> RONCO, *Dialogo sulla ricasazione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 2003, 1975. Secondo SANGIOVANNI, *L'avvocato-arbitro nell'art. 61 del nuovo codice deontologico forense*, in *Contratti*, 2015, 4, 396, il soggetto garante dell'imparzialità è il presidente del collegio arbitrale "il quale deve evitare qualsiasi pressione diretta o indiretta".

<sup>(18)</sup> TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in questa *Rivista*, 1997, 481 ss.

Lo si ripete, il principio d'imparzialità deve trovare applicazione nei confronti di tutti gli arbitri.

Altra fattispecie degna d'interesse è rappresentata dalla designazione quale arbitro di un soggetto che riveste all'interno della società o dell'ente una qualifica, con la precisazione che la controversia riguarda la società o l'ente stesso.

In tale ipotesi deve ritenersi non rispettato il canone dell'imparzialità, non sussistendo il giusto distacco tra l'arbitro nominato e la controversia.

La Suprema Corte<sup>(19)</sup> ha avuto modo di affermare che la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società cooperativa che deferisca le controversie tra la società ed i soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società, è nulla per difetto del requisito dell'imparzialità degli arbitri.

Tale conclusione deriva dalla circostanza che i sindaci, oltre alla funzione di controllo, hanno un potere d'iniziativa analogo a quello degli amministratori<sup>(20)</sup>, congiuntamente o in sostituzione o in unione con essi.

Il collegio sindacale assume un'importante partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo, il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione "terza", quale quella di giudicare le controversie che sorgono all'interno della società.

È stata altresì esclusa<sup>(21)</sup> la possibilità di nominare quale arbitro il soggetto che è membro del Collegio dei Probiviri: non risulta rispettato il requisito dell'imparzialità, avendo tale soggetto conosciuto la controversia in una fase antecedente all'instaurazione del giudizio arbitrale.

Altro caso di sicuro interesse è rappresentato dalla nomina "quale arbitro" del collega di studio del difensore della parte.

Occorre interrogarsi se 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

---

<sup>(19)</sup> Cass., 30 marzo 2007, n. 7972, in *Società*, 2007, 9, 1104. La Suprema Corte specifica che la nullità della clausola compromissoria, per mancato rispetto del principio d'imparzialità, opera sia nell'arbitrato rituale sia nell'arbitrato libero. Nello stesso senso: Cass., 11 ottobre 2006, n. 21816, in *Impresa*, 2007, 1, 124; Trib. Bari, 2 luglio 2010, n. 2451, in *banca dati DeJure*, che ha affermato: "è nulla la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società cooperativa, che deferisca le controversie tra la società ed i soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della stessa società, per difetto del requisito dell'imparzialità degli arbitri (essenziale tanto nel caso di arbitrato rituale, quanto in quello di arbitrato libero), in quanto i sindaci, oltre alla funzione di controllo — che, peraltro, rappresenta anch'essa un aspetto dell'amministrazione dell'ente societario — hanno un potere di iniziativa analogo a quello degli amministratori, od in sostituzione, od in unione con essi, di modo che il collegio sindacale assume un'importante partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo, il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione "terza", quale quella di giudicare le predette controversie".

<sup>(20)</sup> Cass., 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 5, 1240, ha riconosciuto l'imparzialità dell'arbitro che aveva ricoperto in passato la carica di vicepresidente e componente del consiglio di amministrazione della società.

<sup>(21)</sup> Cass., 1 marzo 1995, n. 2304, in *Mass. giur. it.*, 1995.

abituale commensalità di una delle parti o con taluno dei difensori — sia idonea a ricomprendere — con un'evidente operazione di estensione dell'ambito di applicazione della norma — l'ipotesi dell'arbitro che condivida lo studio con il difensore di una delle parti del procedimento arbitrale.

Non si possono sottacere le perplessità.

La giurisprudenza <sup>(22)</sup> non adotta una soluzione *tranchant* <sup>(23)</sup>, che forse sarebbe stata più opportuna, perché quanto meno avrebbe semplificato, ma opera una distinzione.

È ritenuto imparziale il collega di studio con il quale ci sia una semplice utilizzazione di ambienti contigui.

L'imparzialità viene meno allorché vi sia una reciproca compenetrazione delle rispettive attività professionali dal punto di vista tecnico-organizzativo (come, ad esempio, nel caso di 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.

Si ritiene di non condividere la distinzione operata dalla giurisprudenza che non pare garantire appieno il rispetto del principio dell'imparzialità.

In senso parzialmente diverso è stato ritenuto <sup>(24)</sup> che anche il semplice esercizio — in modo continuativo — della professione legale nella stessa unità immobiliare, ove esercita la professione anche il difensore, determini la parzialità dell'arbitro.

4. *Soluzione preferibile: nomina dell'arbitro demandata ad un soggetto terzo; nomina collegiale.* — Nessun dubbio che la nomina dell'arbitro demandata ad un soggetto terzo <sup>(25)</sup> sia ritenuta rispettosa del principio dell'imparzialità.

La soluzione è stata espressamente accolta nel processo societario, come risulta dall'art. 34, co. 2, d.lgs. 5/03 <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Cass., 28 agosto 2004, n. 17192, in *Mass. giur. it.*, 2004.

<sup>(23)</sup> Trib. Busto Arsizio, 18 luglio 2000, in *Giur. Merito*, 2002, 731, s.n., che esclude l'incompatibilità — idonea a giustificare l'istanza di ricusazione — dell'arbitro che sia collega di studio dell'avvocato difensore d'una delle parti in lite.

<sup>(24)</sup> Trib. Genova, 4 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, 9, 2559, s.n., che aveva analizzato il caso del padre dell'arbitro, parimenti avvocato nella stessa unità immobiliare, il quale aveva concesso al difensore una stanza in comodato gratuito, memore della stretta amicizia che lo legava al nonno di quest'ultimo. In tale ipotesi il giudice di *prime cure* ha ritenuto non rispettato il requisito dell'imparzialità.

<sup>(25)</sup> Si pensi alla nomina demandata al presidente del Tribunale piuttosto che al presidente di un ordine professionale. Si tratta di una persona non individuata personalmente, ma attraverso il ruolo che riveste all'interno di un'istituzione o di un organismo.

<sup>(26)</sup> Secondo Cass., 10 ottobre 2012, n. 17287, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, 1198, "la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale, non adeguandosi alla prescrizione dell'art. 34 del d.lg. n. 5 del 2003, non prevede che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società è nulla, non potendosi accettare la tesi del "doppio binario", per cui essa si convertirebbe da clausola per arbitrato endosocietario in

Risulta rispettato il principio dell'imparzialità nel caso di designazione effettuata dal presidente *pro tempore* di un sindacato di categoria al quale aderiva la società e dei cui organi era parte e ne aveva fatto parte uno dei soci ed amministratore unico della società (27).

Sicuramente l'estraneità del soggetto è requisito che consente di garantire l'imparzialità dell'arbitro chiamato a decidere della controversia.

Può equipararsi — quanto a rispetto del principio d'imparzialità — la nomina dell'arbitro con il concorso di tutte le parti contraenti.

La Suprema Corte (28) ha ritenuto che tale modalità garantisca l'imparzialità di chi è chiamato a risolvere una controversia: l'arbitro, poiché nominato da tutte le parti in modo concorde, non è portatore di un interesse particolare, né si sente vincolato a rappresentare le idee della parte che l'ha chiamato a rivestire il ruolo di arbitro.

5. *L'imparzialità nell'arbitrato irrituale.* — A prescindere dalle differenze strutturali tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato libero (29) pare innegabile che identica sia la funzione: far decidere a soggetti privati una controversia insorta fra le parti, le quali, di comune accordo, convengono di sottrarla alla giurisdizione ordinaria (30).

Ciò consente di affermare che il principio d'imparzialità trova applicazione anche con riferimento all'arbitrato irrituale, atteso che si tratta di attività giurisdizionale, pertanto sottoposta all'applicazione dell'art. 111 Cost. (31).

Quali sono gli strumenti per garantire il principio d'imparzialità nell'arbitrato libero?

Allo stato manca una disposizione normativa.

Una parte della giurisprudenza (32) e della dottrina (33) ritiene che sussi-

---

*clausola per arbitramento di diritto comune, atteso che l'art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione*".

(27) Trib. Milano, 18 luglio 2005, in *Giur. It.*, 2006, 2, 313 e ss., con nota di CERRATO, *Due questioni in tema di arbitramento endosocietario*.

(28) Cass., 29 novembre 1999, n. 13306, in *Contratti*, 2000, 3, 267. Cass., 18 marzo 2008, n. 7262, in *Notariato*, 2008, 4, 368, ha ritenuto nulla la clausola dello statuto della società cooperativa che devolve le controversie tra società e soci all'arbitrato (anche irrituale) di un collegio di probiviri nominato dall'assemblea sociale, salvo che, per espressa previsione statutaria in tal senso, i probiviri siano stati designati da tutti i soci all'unanimità.

(29) LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero*, in questa *Rivista*, 1998, 211; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 63 ss.

(30) BERNINI, *Principio del contraddittorio e arbitramento irrituale*, in questa *Rivista*, 2006, 701 ss.

(31) FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 23, secondo il quale "l'arbitrato irrituale è processo che, al pari di quello rituale, si instaura e si svolge sul piano dell'autonomia di diritto privato". CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri, Ricusazione*, in questa *Rivista*, 2005, 732; SOLDATI, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina*, in questa *Rivista*, 2009, 298.

(32) Trib. Lucca, 4 novembre 2008, in questa *Rivista*, 2011, 481 e ss., con nota di ORTOLANI, *Ricusazione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*; A. Venezia, 8 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 41.

stano i presupposti per l'applicazione dello strumento della ricusazione. Si richiamano: l'importanza del principio dell'imparzialità, valore intrinseco ed immanente ad ogni tipo di giudizio; l'esistenza di un'identità funzionale fra i due tipi di arbitrato, in quanto non può essere messo in dubbio che *“il lodo irrituale è il verdetto di un terzo su una controversia”* <sup>(34)</sup>. Non si può non evidenziare la radice negoziale comune: la devoluzione ad un terzo della controversia per la relativa risoluzione, con l'aspettativa che la valutazione, da parte di questi, sia obiettiva ed imparziale.

L'orientamento fatto proprio dalla Suprema Corte è nel senso della non estensibilità dell'istituto della ricusazione all'arbitrato irrituale <sup>(35)</sup>, stante la natura diversa ed inconciliabile dei due tipi di arbitrato.

È stato affermato che l'assenza della terzietà dell'arbitro irrituale deve necessariamente essere fatta valere attraverso l'azione di cui all'art. 1726 c.c. <sup>(36)</sup>: ritenuto che il rapporto arbitri-parti sia da ricondurre al mandato collettivo, la violazione del principio d'imparzialità deve essere proposta e dedotta attraverso il disposto dell'art. 1726 c.c., cioè prospettando una giusta causa di revoca del mandato e la nullità della determinazione che sia stata nondimeno adottata.

Quest'ultima soluzione pare di gran lunga preferibile atteso che, in primo luogo, un'interpretazione letterale depone in tale senso: l'inciso *“altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo”*, contenuto nell'art. 808 *ter*, co. 1, c.p.c., è indice della non estensibilità delle norme dettate per l'arbitrato rituale all'arbitrato libero. A ciò s'aggiunga che sicuramente la differenza fra le due tipologie d'arbitrato non consente — in mancanza di un'espressa previsione — di applicare l'istituto della ricusazione all'arbitrato libero.

È opportuno, a questo punto, verificare se ci sia e, nel caso di risposta affermativa, quale sia il limite temporale entro il quale la parte possa revocare il mandato all'arbitro ritenuto parziale.

Ci si chiede se la revoca *ex art.* 1726 c.c. sia da proporre in pendenza del

---

<sup>(33)</sup> CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1998, 28.

<sup>(34)</sup> RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 449.

<sup>(35)</sup> Cass., 10 settembre, 1990, n. 9325, in *Foro it.*, 1991, I, 1320.

<sup>(36)</sup> BERNINI, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 328; SPACCAPELO, *Brevi note in tema d'imparzialità-terzietà dell'arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 318. In giurisprudenza: Trib. Monza, 1 luglio 2003, in *Giur. Milanese*, 2004, 5, s.n., che ha affermato: *“Il principio di imparzialità terzietà della giurisdizione, pur essendo di ordine generale e di rango costituzionale, valido in relazione ad ogni tipo di giudizio, non può trovare diretta ed immediata applicazione nell'arbitrato irrituale, atteso che la relativa determinazione è frutto di mera attività negoziale e che l'impugnazione del provvedimento adottato dall'arbitratore può effettuarsi solo attraverso la deduzione di vizi del negozio o della responsabilità dell'arbitro-mandatario; ne consegue che l'assenza di “terzietà” dell'arbitro irrituale designato con mandato collettivo deve necessariamente essere proposta e dedotta attraverso l'azione di cui all'art. 1726 c.c., ossia prospettando una giusta causa di revoca, nonché la conseguente nullità della determinazione che sia stata nondimeno adottata”*.

giudizio arbitrale o se si possa richiedere anche dopo che c'è stata la determinazione degli arbitri.

Le conseguenze pratiche sono, in modo evidente, profondamente differenti.

La revoca del mandato produce senz'altro l'estinzione del contratto, in conformità con quanto disposto dall'art. 1722, n. 2, c.c.

Il mandato collettivo, conferito da più mandanti, è volto ad emettere il lodo entro un dato termine: il compimento dell'affare costituisce l'attuazione del mandato stesso.

Le parti che intendono revocare *ex art. 1726 c.c.* l'incarico ad un arbitro lo debbono fare in pendenza del giudizio arbitrale.

Una volta pronunciato il lodo, sebbene da un arbitro parziale, l'arbitro non potrà più essere revocato, avendo terminato il suo mandato.

Naturalmente, rimane salva la possibilità d'impugnare il lodo irrituale<sup>(37)</sup>, chiedendone l'annullamento, atteso che il comportamento non imparziale dell'arbitro integra l'ipotesi della violazione del c.d. ordine pubblico<sup>(38)</sup>.

Le parti, conosciuto il motivo che possa pregiudicare l'imparzialità dell'arbitro, non avendo alcun termine perentorio da rispettare, entro il quale sollevare il vizio in questione, sono portate ad aspettare l'esito della determinazione degli arbitri, e, solo quando questo non fosse a loro favorevole, o loro non lo ritenessero tale, potrebbero procedere con la richiesta di annullamento del lodo pronunciato.

La sopra indicata soluzione introduce una tutela sostanzialmente equipollente a quella prevista per l'arbitrato rituale: la verifica dell'imparzialità dell'arbitro è demandata unicamente alla parte, mediante la revoca del mandato e, in caso di pronuncia del lodo, a mezzo della sua impugnazione.

6. *La normativa in vigore: è sufficiente a garantire l'imparzialità?* — Nell'arbitrato rituale, la ricsuzione risulta essere lo strumento predisposto per garantire l'imparzialità dell'arbitro<sup>(39)</sup>; mentre nell'arbitrato libero, come indicato nel paragrafo che precede, la revoca ai sensi dell'art. 1726 c.c.

---

<sup>(37)</sup> Com'è noto, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, il lodo libero, avendo natura negoziale, può essere impugnato esclusivamente per vizi che, per il codice civile, costituiscono causa di nullità o annullamento del contratto. Quindi la determinazione arbitrale irrituale può essere impugnata con l'azione di nullità, per incapacità delle parti o degli arbitri e per violazione di norme imperative, come può essere impugnata con l'azione di annullamento, perché frutto di errore, violenza e dolo. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 14.

<sup>(38)</sup> TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, cit., 21. TOTA, *Commento all'art. 808-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio-Capponi, vol. III, Tomo II, 559.

<sup>(39)</sup> Si tratta della disciplina della ricsuzione già dettata per i giudici, con i soli adattamenti tecnici resi necessari dal diverso ambiente in cui essa va ad essere applicata.

Appare evidente, da quanto sopra esposto, che la normativa in vigore non risulta essere sufficiente per garantire l'imparzialità dell'arbitro.

Il nostro ordinamento giuridico prevede strumenti che sono lasciati esclusivamente alla libera discrezione della parte, la quale ben potrebbe non avvalersene, solo perché all'oscuro del rapporto esistente tra l'arbitro e la parte <sup>(40)</sup>.

La ricsuzione è lo strumento utilizzabile dalla parte la quale, a conoscenza di uno dei motivi — tassativi — elencati dal primo comma dell'art. 815 c.p.c., decide di ricorrere al presidente del tribunale, entro il termine di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricsuzione.

La ricsuzione presuppone, da un lato, la conoscenza effettiva del motivo da porre a fondamento della richiesta e, dall'altro, la volontà — demandata alla sola parte — di avvalersi di tale strumento.

Ben può succedere che la parte non sia a conoscenza del motivo — pur sussistendo — oppure, per altre ragioni, pur essendone a conoscenza decida di non avvalersene.

Lo stesso dicasi per la revoca ai sensi dell'art. 1726 c.c.

Nessun dubbio sull'importanza del ruolo della parte, la quale è garante per prima del rispetto del principio d'imparzialità, ma tale soluzione non ne garantisce sempre e comunque il pieno rispetto.

7. *Conclusioni, proposte di modifica.* — L'imparzialità deve caratterizzare, allo stesso modo, l'operato di tutti gli arbitri, non potendo tollerare né varianti applicative né temperamenti.

Preso atto che la normativa così come formulata non ne garantisce appieno il rispetto, si avanzano qui di seguito alcune proposte di modifica.

Alla luce della fonte costituzionale del principio d'imparzialità, si ritiene che le considerazioni qui di seguito formulate debbano trovare applicazione sia con riguardo all'arbitrato rituale sia all'arbitrato libero.

In primo luogo, è necessario richiedere un comportamento attivo da parte degli arbitri, i quali devono essere coinvolti in prima persona nel garantire la loro imparzialità nel decidere la controversia.

Ciò significa imporre agli arbitri il dovere di rivelare tutte le circostanze che possano mettere in dubbio la loro imparzialità <sup>(41)</sup>: il c.d. *duty of disclosure*.

In un arbitrato è necessario che i componenti dell'organo giudicante, in modo trasparente, mettano a conoscenza le parti di tutti quei legami o di quelle relazioni che possono mettere in dubbio la propria imparzialità.

---

<sup>(40)</sup> L'imparzialità non può essere oggetto di rinuncia espressa, con un accordo comune, o implicita, attraverso la mancata proposizione dell'istanza di ricsuzione.

<sup>(41)</sup> Nel giudizio statale il giudice ha l'obbligo di astenersi, ai sensi dell'art. 51 c.p.c., essendo chiamato egli stesso a valutare la propria imparzialità.

Tale dovere deve essere esteso a tutta la durata del giudizio arbitrale: si deve, cioè, prevedere che l'arbitro informi prontamente le parti del giudizio e gli altri arbitri del sopraggiungere di elementi che ne inficino l'imparzialità.

Sotto tale profilo l'arbitrato amministrato presenta maggiori garanzie.

Tale aspetto, invero, è spesso affrontato negli statuti e nei regolamenti di istituzioni permanenti d'arbitrato, prevedendosi l'obbligo dell'arbitro di dichiarare l'inesistenza di legami d'interesse o comunque significativi con taluna delle parti, o anche il dovere di astensione dell'arbitro, da chiunque nominato, quando sappia di trovarsi in condizioni che possono attentare alla sua imparzialità<sup>(42)</sup>.

Anche a livello internazionale tale soluzione è accolta: l'UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration<sup>(43)</sup> risulta sul punto essere significativa perché impone all'arbitro l'obbligo di rivelare “*any circumstances likely to give rise to justifiable doubts*” e ciò “*from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings*”.

La soluzione è stata espressamente accolta nella mediazione<sup>(44)</sup>, laddove l'art. 14, d.lgs. 28/10 così prevede: “*Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di: a)*

---

<sup>(42)</sup> A titolo esemplificativo, l'art. 18 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano statuisce: “*Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata: a. qualunque relazione con le parti, i loro difensori od ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, rilevante in rapporto alla sua imparzialità e indipendenza; b. qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia; c. qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere. La Segreteria Generale trasmette copia della dichiarazione di indipendenza alle parti. Ciascuna parte può comunicare le proprie osservazioni scritte alla Segreteria Generale entro dieci giorni dalla ricezione della dichiarazione. Decorso il termine previsto dal comma 3, l'arbitro è confermato dalla Segreteria Generale se ha inviato una dichiarazione di indipendenza senza rilievi e se le parti non hanno comunicato osservazioni. In ogni altro caso, sulla conferma si pronuncia il Consiglio Arbitrale. La dichiarazione di indipendenza deve essere ripetuta nel corso del procedimento arbitrale, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta della Segreteria Generale*”.

<sup>(43)</sup> L'art. 12, rubricato *Grounds for challenge*, così prevede: “*When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him. An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made*”.

<sup>(44)</sup> La medesima prescrizione si rinviene nell'art. 2.1 del Codice europeo di condotta dei mediatori, il quale statuisce: “*Qualora esistano circostanze che possano (o possano sembrare) intaccare l'indipendenza del mediatore o determinare un conflitto di interessi, il mediatore deve informarne le parti prima di agire o di proseguire la propria opera. Le suddette circostanze includono: — qualsiasi relazione di tipo personale o professionale con una delle parti; — qualsiasi interesse di tipo economico o di altro genere, diretto o indiretto, in relazione all'esito della mediazione; — il fatto che il mediatore, o un membro della sua organizzazione, abbia agito in qualità diversa da quella di mediatore per una o più parti. In tali casi il mediatore può accettare l'incarico o proseguire la mediazione solo se sia certo di poter condurre la mediazione con piena indipendenza, assicurando piena imparzialità, e con il consenso espresso delle parti. Il dovere di informazione costituisce un obbligo che persiste per tutta la durata del procedimento*”.

sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento; b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione [...]"

Analoga previsione si rinviene nell'art. 61 del Codice deontologico forense, ove si statuisce: "In ogni caso <sup>(45)</sup> l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico".

Sarebbe, in ogni caso, necessario potenziare lo strumento della ricasazione.

L'elencazione tassativa di motivi di ricasazione non risulta essere sufficiente per garantire l'imparzialità dell'arbitro. Un elenco, per quanto possa essere dettagliato e ben formulato, non può essere esaustivo. Molte circostanze che possono influenzare il giudizio dell'arbitro non sono previste, né possono essere inquadrare in alcuno dei motivi di cui all'art. 815 c.p.c. <sup>(46)</sup>.

A tale fine è opportuno prevedere — a chiusura dell'art. 815 c.p.c. — una clausola generale <sup>(47)</sup> in virtù della quale gli arbitri possano essere ricasati in presenza di giustificati dubbi sulla loro imparzialità <sup>(48)</sup>.

L'introduzione di un motivo di portata generica non deve destare perplessità — in relazione ad un suo possibile abuso al fine di posticipare il *decisum* del collegio arbitrale — atteso che ai sensi dell'art. 815, co. 5, c.p.c. "la proposizione dell'istanza di ricasazione non sospende il procedimento arbitrale, salva diversa determinazione degli arbitri".

---

<sup>(45)</sup> L'inciso è significativo della volontà di imporre l'obbligo di comunicazione sempre, anche in caso di dubbio.

<sup>(46)</sup> COLESANTI, *Colleganza accademica e ricasazione di arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, 1521, ritiene che "l'anzidetta tipizzazione delle ipotesi di ricasazione non ne esclude una "valutazione elastica", verrebbe fatto di concludere che tale elasticità non va però spinta sino alla creazione di nuove ragioni di ricasazione, per non dar "corpo alle ombre".

<sup>(47)</sup> TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, cit., 481 ss. La soluzione di prevedere una clausola astratta e generale di ricasazione è tra l'altro la più diffusa ed è recepita anche dall'art. 12, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, si veda nota 45. Nel mondo anglosassone si ricorre a *standards* generali e flessibili come quello dei "justifiable doubts as to his impartiality".

<sup>(48)</sup> COLESANTI, *Colleganza accademica e ricasazione di arbitro*, cit., 1522, nel richiamare il Regolamento della Camera arbitrale di Milano, rileva che lo stesso non disciplina le ipotesi specifiche di ricasazione, ma si avvale della sola formula generica "per ogni motivo idoneo a porre in dubbio" l'imparzialità dell'arbitro. Secondo l'Autore l'ipotesi della colleganza accademica non configura un motivo valido per la ricasazione dell'arbitro, ma, nel caso di arbitro amministrato, costituirebbe un valido motivo per non ottenere la conferma da parte dell'istituzione, chiamata a garantire il corretto funzionamento della procedura arbitrale. Non si condivide la diversa soluzione a seconda che le parti si siano avvalse o meno dell'arbitro amministrato: è necessario, a parere di chi scrive, che identica sia la garanzia dell'imparzialità dell'arbitro, che potrebbe proprio fondarsi nell'adozione di una clausola di portata generica a chiusura delle ipotesi tipizzate di ricasazione.

Allo stato attuale la legittimazione attiva a ricusare l'arbitro appartiene alla parte.

Sempre nell'ottica di potenziare lo strumento della ricazione, la legittimazione attiva potrebbe essere estesa anche agli arbitri del collegio arbitrale.

Proprio perché l'obiettivo ultimo è quello di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante, nulla osta a che un arbitro, a conoscenza di motivi che inficino l'imparzialità di un membro del collegio arbitrale, possa adire lui stesso il presidente del tribunale al fine di ottenere la pronuncia di ricazione e la contestuale sostituzione dell'arbitro ricasato.

In tale caso si può mantenere ferma l'applicazione dell'art. 815, co. 4, c.p.c. — ovvero la condanna al pagamento delle spese in caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricazione — quale deterrente nei confronti di istanze presentate senza fondamento, ciò al fine di non pregiudicare la celerità dello svolgimento del giudizio arbitrale, da sempre caratteristica positiva dell'arbitrato.

Sarebbe opportuno modificare l'art. 810 c.p.c. nel senso di demandare sempre la nomina degli arbitri a soggetti esterni, recependo la soluzione che il legislatore ha adottato con l'art. 34 d.lgs. 3/05 <sup>(49)</sup>. O, in alternativa, prevedere meccanismi di nomina congiunta degli arbitri ad opera delle parti.

Da ultimo, sarebbe opportuno modificare l'art. 812 c.p.c. nel senso di indicare, in modo esplicito, che non possono essere nominati arbitri coloro che ricoprono ruoli all'interno della società o dell'ente coinvolti nella controversia; così come escludere la possibilità di nomina del collega di studio <sup>(50)</sup>.

Anche sotto tale profilo l'arbitrato amministrato si presenta come strumento di maggiore garanzia, atteso che gli statuti ed i regolamenti spesso disciplinano casi d'incompatibilità <sup>(51)</sup>.

Analoga soluzione è stata adottata nel procedimento di mediazione, laddove l'art. 14 *bis*, d.m. 180/10 prevede che: *“Il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali”*.

---

<sup>(49)</sup> Nello stesso senso SANGIOVANNI, *L'avvocato-arbitro nell'art. 61 del nuovo codice deontologico forense*, cit., 397, per il quale la nomina dell'arbitro ad opera della parte *“porta con sé un radicale conflitto d'interessi”*; TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, cit., 491.

<sup>(50)</sup> *Contra*: SANGIOVANNI, *L'avvocato-arbitro nell'art. 61 del nuovo codice deontologico forense*, cit., 395 e ss. Il quale ritiene che *“limitare per legge o per regolamento d'arbitrato le caratteristiche che l'arbitro deve soddisfare non è pertanto, in genere, un obiettivo particolarmente auspicabile”*.

<sup>(51)</sup> Sempre a titolo esemplificativo, l'art. 16 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano statuisce: *“Non possono essere nominati arbitri: a. i membri del Consiglio di Amministrazione e del Consiglio Arbitrale, nonché i revisori dei conti della Camera Arbitrale; b. i dipendenti della Camera Arbitrale; c. gli associati professionali, i dipendenti e coloro che hanno stabili rapporti di collaborazione professionale con le persone indicate sub a, fatta salva la diversa e concorde volontà delle parti”*.

L'art. 61, co. 3, codice deontologico forense prevede che “*L'avvocato non deve accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita, o sia stata assistita*”<sup>(52)</sup> negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali”.

Alla luce di quanto sopra riportato, non può non osservarsi che lo stato attuale della normativa è alquanto eterogeneo, con una tutela del principio dell'imparzialità dell'arbitro realizzata in modo differente, sicuramente più debole nell'apparato codicistico<sup>(53)</sup>.

I recenti provvedimenti — si pensi al codice deontologico forense piuttosto che alla normativa in tema di mediazione — unitamente ai regolamenti disciplinanti gli arbitrati amministrati, soggetti a periodiche modifiche, dimostrano una maggiore attenzione alla disciplina del principio dell'imparzialità dell'arbitro.

Ciò determina la necessità di rivedere l'apparato codicistico: le modifiche suggerite *de iure condendo* non mirano solo a garantire con maggiore forza l'imparzialità dell'arbitro, ma realizzano una maggiore organicità tra la disciplina codicistica, la normativa deontologica<sup>(54)</sup> ed il tenore dei regolamenti adottati negli arbitrati amministrati.

Una maggiore organicità in punto disciplina dell'imparzialità dell'arbitro evita il proliferare di ingiustificate differenze normative<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Distingue l'assistenza dalla consulenza DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2008, 199 e ss. Limita l'applicazione della norma alla sola assistenza — in ossequio al tenore letterale della disposizione — FERRARIS, *Ultime novità in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 783. A parere di chi scrive il termine “assistenza” utilizzato dal legislatore indica l'attività giudiziale e stragiudiziale svolta dal difensore a favore della parte.

<sup>(53)</sup> A titolo esemplificativo, le ipotesi di “convivenza” e di “commensalità abituale” riferite ai colleghi di studio sono interpretate in modo più severo nel codice deontologico forense, rispetto al codice di procedura civile.

<sup>(54)</sup> Il rischio, invero, molto concreto è che un determinato comportamento non sia ricusabile, ma costituisca un illecito disciplinare. Nello stesso senso: SANGIOVANNI, *L'avvocato-arbitro nell'art. 61 del nuovo codice deontologico forense*, cit., 406.

<sup>(55)</sup> A titolo esemplificativo, secondo il Codice deontologico forense non può essere nominato arbitro il collega di studio: perché per altre professioni tale divieto non opera?

## Un significativo contributo alla migliore conoscenza del sistema italiano dell'arbitrato

L'esperienza applicativa maturata da una importante Corte di Appello del nostro Paese attraverso la propria giurisprudenza in materia di impugnazione del lodo per nullità consente una valida verifica in ordine agli effetti della riforma dell'arbitrato del 2006.

È questo il risultato di un pregevole lavoro di raccolta, analisi e commento delle decisioni in questa materia della Corte di Appello di Genova nel decennio 2005-2015, curato da un gruppo di autorevoli colleghi di quel Foro <sup>(1)</sup>.

Nella sua prefazione al lavoro, la Presidente della Corte di Appello di Genova, Dott.ssa Maria Teresa Bonavia, sottolinea come l'impugnazione del lodo costituisce un serio ostacolo alla rapidità della definizione della controversia che è il pregio maggiore dell'arbitrato rispetto alla lentezza della giustizia ordinaria tanto da ipotizzare, come rimedio, l'impugnabilità del lodo o, quantomeno, l'esclusione dell'impugnazione in unico grado di merito dinanzi alla Corte di Appello <sup>(2)</sup>. Ad avviso di chi scrive, la validità di queste considerazioni è confermata in primo luogo dall'eccessivo numero di motivi di ricorso per nullità contro il lodo previsti dal nostro ordinamento. Anche se i dodici motivi di cui all'attuale art. 829, 1° co., c.p.c. sono in parte il risultato di una scomposizione dei precedenti otto motivi, il numero e la varietà di contenuto sono tali da incoraggiare, da un lato, la parte soccombente a ricercare l'annullamento del lodo e, dall'altro, gli operatori internazionali a collocare la sede del loro procedimento arbitrale nell'ambito di altri sistemi giuridici più favorevoli per l'arbitrato anche sotto questo profilo <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> G. BRUZZONE, R. DOMINICI, T. GALLETTO, M. RICCOMAGNO, E. RIGHETTI, *Arbitrato e Imprese - 10 anni di sentenze e statistiche della Corte di Appello di Genova* (a cura di Tomaso Galletto), Erga Edizioni, giugno 2016.

<sup>(2)</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>(3)</sup> I motivi di annullamento del lodo sono cinque per la Legge Modello dell'UNCITRAL nonché nel sistema francese e in quello svizzero dell'arbitrato internazionale. Sono queste le considerazioni che hanno ispirato la proposta di riduzione dei motivi di annullamento del lodo predisposta, anche a questo riguardo, dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato, trasmessa lo scorso mese di giugno alla Commissione Alpa nominata dal Ministro Orlando per la riforma dell'arbitrato.

Ma vi è una seconda ragione per cui l'impugnazione per nullità del lodo si muove nel nostro ordinamento in controtendenza rispetto alla rapidità del rendere giustizia propria dell'arbitrato. La ragione è data dal fatto che la giurisprudenza formatasi in materia non sempre è stata in grado di offrire prevedibilità di risultato dato il carattere oscillante di varie decisioni su temi rilevanti (4). Nel che consiste anche l'ulteriore motivo di preferenza per la scelta da parte dell'operatore internazionale della sede del proprio arbitrato nell'ambito di altri ordinamenti giuridici.

Il bel saggio introduttivo di Tomaso Galletto (5) non manca di porre in rilievo luci ed ombre della riforma del 2006. È proprio in questo contesto che il lavoro in esame offre un ineguagliabile contributo là dove, attraverso la lettura della massima riportata per ogni decisione e, soprattutto, della nota di commento che l'accompagna, corredata da una sintesi dei fatti di causa, dei motivi di impugnazione e della soluzione adottata, permette di cogliere le linee di tendenza più significative sui numerosi temi oggetto di esame e decisione, così consentendo di apprezzare quanta parte di questa giurisprudenza rifletta principi consolidati nella specifica materia ed il sostanziale *favor* per l'arbitrato. Questo *favor* è reso evidente dall'analisi sotto il profilo statistico delle 80 sentenze rese in materia arbitrale nel periodo 2005-2015 riportata al temine del volume. Anzitutto, con riguardo all'esito dei vari procedimenti, da cui emerge la sostanziale stabilità del lodo. Questa si attesta al 91% dei casi di impugnazione per nullità, dato considerato "tendenzialmente estensibile a livello nazionale", con un tasso di accoglimento di questo mezzo di impugnazione che "tende a diminuire significativamente a seguito della riforma del 2006" in ragione soprattutto della esclusione della impugnazione per errore di diritto, salvo espressa previsione delle parti o nei limitati casi previsti dalla legge (6). Sarebbe stato utile integrare l'analisi con il dato relativo alla durata del procedimento di impugnazione del lodo nel periodo di riferimento, che può tuttavia ricavarsi dai dati statistici del Ministero della Giustizia. Con riferimento al periodo temporale 2010 - 1° semestre 2014, questi dati segnalano una durata media per la Corte di Appello di Genova pari a 1133 giorni, sensibilmente inferiore a quella registrata per lo stesso periodo a livello nazionale, che è pari a 1563 giorni (7).

---

(4) Basti pensare ai diversi indirizzi interpretativi della Suprema Corte circa l'applicabilità della riforma del 2006, quale *ius superveniens*, al motivo di impugnazione del lodo per violazione della regola di diritto, ammissibile sino a tale riforma. Per risolvere il contrasto si è dovuta attendere la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 9 maggio 2016 n. 9284 che ha deciso l'inammissibilità dello *ius superveniens* alle convenzioni arbitrali stipulate prima della riforma.

(5) Tomaso GALLETTO, *La giustizia affidata ai privati: il rinnovato interesse per l'arbitrato quale alternativa al processo civile*, *ibid.*, 9 ss.

(6) *Op. cit.*, 312.

(7) In questa *Rivista*, 2015, 407.

Ovviamente, l'abituale relatività dei dati offerti dalle statistiche <sup>(8)</sup> impedisce di cogliere pienamente la portata rappresentativa del fenomeno. Resta il fatto che questi dati, anche se inducono ad esprimere apprezzamento per il grado di efficienza delle varie Corti di Appello considerati i numerosi problemi che affliggono la giustizia italiana in generale <sup>(9)</sup>, non reggono il confronto con l'esperienza offerta in materia dalla giurisprudenza di altri sistemi giuridici proprio a causa di questo e di altri motivi attinenti alla più liberale disciplina normativa <sup>(10)</sup>.

È proprio da analisi quale quella condotta nel volume in esame che possono trovarsi utili indicazioni per una riforma dell'arbitrato che, anche sotto il profilo della impugnazione del lodo per nullità, consenta di recuperare un maggiore grado di efficienza del sistema e all'Italia di essere favorevolmente considerata dagli operatori internazionali come sede dei loro arbitrati.

In quest'ottica, può solo auspicarsi che questo lavoro sia di stimolo per la produzione di analoghi contributi quanto alla giurisprudenza in materia di arbitrato di altre importanti sedi di Corti di Appello del nostro Paese. [PIERO BERNARDINI]

---

<sup>(8)</sup> La durata media del procedimento oggetto di esame non può, tra l'altro, prescindere dal numero di impugnazioni iscritte presso ogni Distretto di Corte di Appello.

<sup>(9)</sup> Quali quelli di carenza dell'organico denunciati dalla Dott.ssa Bonavia nella prefazione al lavoro.

<sup>(10)</sup> Così è per il dato relativo alla Svizzera, che segnala una durata media di durata del "setting aside proceedings" di sei mesi nel periodo 2010-2015: DASSER/WOITOWICZ, *Challenges of Swiss Arbitral Awards - Updated and Extended Statistical Data as of 2015*, ASA Bulletin, 2016, 287. I dati forniti informalmente da colleghi francesi pratici della materia segnalano una durata media del procedimento di annullamento della sentenza arbitrale in Francia di circa quattordici mesi.



## **Una nuova Rivista in materia di arbitrato**

La *Rivista* saluta la nascita di una nuova rivista in tema di arbitrato: “Giurisprudenza arbitrale”. Rivista torinese (per i direttori, Cagnasso, Montalenti, Cerrato, D’Arrigo; e, per l’editore, Giappichelli), che, come emerge dalle dichiarazioni programmatiche della direzione, muove dalla convinzione che “terreno elettivo per la giustizia arbitrale è il diritto societario”, e ha l’ambizione di fornire una risposta al convincimento (o alla sensazione) che la giurisprudenza arbitrale non coincida con la giurisprudenza dei giudici togati.

L’augurio è dunque che i prossimi fascicoli della nuova rivista (semestrale) siano in grado di fornire al lettore un’ampia messe di lodi inediti.  
[G.D.N.]



## **Il nuovo Presidente della Associazione Italiana per l'Arbitrato**

La *Rivista* è lieta di informare che il Prof. Andrea Giardina è stato eletto Presidente dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato nel corso del Consiglio direttivo dell'Associazione tenutosi lo scorso giugno.

Alle congratulazioni ed agli auguri di buon lavoro per il nuovo Presidente si aggiunge la gratitudine da esprimersi al Presidente uscente, Prof. Piero Bernardini, per lo straordinario e fruttuoso impegno profuso in questi anni.

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2017

Unione europea	€ 100,00
Paesi extra Unione europea	€ 150,00
Prezzo di un singolo numero (Extra U. E. € 38,00)	€ 25,00

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>	€ 140,00	€ 210,00
<i>Rivista dell'arbitrato</i>	€ 100,00	€ 150,00

Gli sconti non sono cumulabili

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2016, sono disponibili fino ad esaurimento scorte

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 31,00\* non abbonato € 82,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2017, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2017.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- **a ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

### **Pubblicità:**

**Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426 - e-mail: [periodici@giuffre.it](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.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66