



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVI - N. 4/2016  
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)



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVI - N. 4/2016  
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**

## INDICE

### **DOTTRINA**

GIORGIO DE NOVA, <i>Errori cognitivi e lodo arbitrale</i> .....	575
SALVATORE BOCCAGNA, <i>L'arbitrato al tempo della "degiurisdizionalizzazione" (riflessioni sull'art. 1 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132)</i> ....	581
FABIO BORTOLOTTI, <i>L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale</i> .....	599

### **GIURISPRUDENZA ORDINARIA**

#### **I) Italiana**

*Sentenze annotate:*

Cass. Sez. III 28 giugno 2016, n. 13291, con nota di F. TIZI, <i>Perizia contrattuale e arbitraggio: due fenomeni distinti</i> .....	623
Trib. Treviso 31 luglio 2015, App. Venezia 3 dicembre 2015, con nota di F. CRISCUOLO, <i>Lodo arbitrale e accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione di un diritto di proprietà immobiliare: i confini attuali della nozione di indisponibilità della situazione giuridica</i> .....	637

#### **II) Straniera**

*Sentenze annotate:*

Paesi Bassi - Rechtbank Den Haag 20 aprile 2016, con nota di A. LEANDRO, <i>Il caso Yukos tra limiti all'applicazione provvisoria dell'Energy Charter Treaty e annullamento di lodi UNCITRAL</i> .....	649
--	-----

### **RASSEGNE E COMMENTI**

CHRISTIAN CORBI, <i>L'eccezione di compensazione ex art. 817 bis c.p.c. e 56 l. fall. avente ad oggetto controcrediti non insinuati al passivo fallimentare ed esclusi dalla convenzione arbitrale</i> .....	687
VITTORIO MIRRA, <i>I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "Arbitro per le Controversie Finanziarie"</i> .....	693

ILARIA LOMBARDINI, <i>Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera Arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?</i> .....	715
--	-----

**DOCUMENTI E NOTIZIE**

<i>Arbitrato e TMT: pubblicato il Survey 2016 della Queen Mary University</i> [M.B.D.] .....	757
<i>Ricordando Nicola Picardi</i> [A.B.] .....	759
<i>La scomparsa di Victor Uckmar</i> [M.B.D.] .....	761

## Errori cognitivi e lodo arbitrale (\*)

GIORGIO DE NOVA (\*\*)

Di errori cognitivi nei giudizi civili si parla, da parte degli studiosi di psicologia sperimentale e di scienze cognitive, con particolare riferimento agli errori di chi giudica nell'accertare i fatti e nel ragionamento, nel trarre cioè conclusioni dai fatti accertati, o dalle norme (1).

A prima vista gli argomenti svolti da questi studiosi sembrerebbero indifferenti rispetto alla circostanza che a decidere sia un giudice togato o invece un arbitro (2).

Ma ad una più attenta riflessione il tema degli errori cognitivi con riferimento all'arbitrato e al lodo presenta profili peculiari, su cui vorrei soffermarmi.

Considero in particolare l'arbitrato domestico di diritto, perché per l'arbitrato internazionale, come per l'arbitrato di equità, le cose potrebbero stare diversamente.

Innanzitutto, occorre osservare che per quanto concerne gli arbitri e il lodo il tema degli errori cognitivi assume una valenza pressoché solo preventiva.

Perché il lodo non può essere impugnato per errori di fatto (3) e oggi,

---

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

(\*\*) Relazione al Convegno "Errori cognitivi e arbitrato", che si è tenuto a Roma il 27 ottobre 2016.

(1) Così BONA, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2010, 12 ss.. Sull'impatto delle neuroscienze sulla prova civile v. PICOZZA, in Picozza, Capraro, Cuzzocrea, Terracina, *Neurodiritto, una introduzione*, Torino, 2011, 180 ss.

(2) Per un recente approfondito esame del tema con riferimento al giudizio togato v. FABIANI, *Scienze cognitive e processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 953 ss..

(3) Deve « ritenersi inammissibile l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale con la quale .... si tenda in realtà ad ottenere un riesame del fatto deciso dagli arbitri » (Cass. 7 dicembre 2007 n. 25623, *Dir. e prat. soc.*, 2008, 20, 76. Nel medesimo senso, si vedano, tra le altre: Cass. 25 luglio 2008, n. 20468, in *Guida al diritto*, 2008, 43, 49, solo massima; Cass. 2 maggio 2006, n. 10131; Cass. 28 luglio 2004, n. 14198, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2559; Cass. 25 ottobre 2001, n. 13148). LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2007, 219: sottolinea l'« assoluta assenza di una norma che preveda come motivo di impugnazione del lodo la sua erroneità in fatto, l'errore nella valutazione delle prove e risultanze processuali, la ricostruzione di una situazione o di uno svolgimento dei fatti che si voglia censurare come errata ».

salvo diversa previsione della convenzione arbitrale, non può essere impugnato neppure per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (fatto salvo il caso estremo dell'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico) (art. 829, 3° comma, c.p.c.).

Sicché quanto si dice in tema di errori cognitivi è in realtà rivolto agli arbitri di buona volontà, perché cerchino di evitare di commettere errori cognitivi nel redigere i loro lodi, e non alla Corte d'Appello in sede di impugnazione dei lodi perché sappia come scoprirli e quindi censurarli.

Svolta questa essenziale premessa, se per comodità distinguiamo tra errori di fatto e errori di diritto non mi pare che vi siano particolari ragioni per le quali un arbitro debba commettere errori cognitivi di diritto diversi dal giudice togato. Semmai si può ritenere che almeno in qualche settore specialistico la conoscenza giuridica dell'arbitro sia superiore a quella del giudice togato, e dunque che gli errori di diritto dell'arbitro dovrebbero essere meno frequenti (4).

Mi limito solo ad osservare che gli studiosi degli errori cognitivi di chi giudica dedicano particolare attenzione al ragionamento deduttivo, e al riguardo è necessario fare cenno a quella che mi è parso opportuno qualificare come la “grande dicotomia”, e cioè la contrapposizione tra il decidere in applicazione di norme dotate di fattispecie e invece il decidere in base ai valori. Perché il ragionamento deduttivo si attaglia al primo modo di decidere, e non al secondo (5), sicché il suddetto contributo delle scienze cognitive rileva nel primo caso, e non nel secondo.

Venendo agli errori di fatto, occorre innanzitutto tenere presente che vi sono due concezioni diverse della “verità” nel processo: da un lato la verità “relativa”, che, nel processo isonomico (per usare una espressione di Alessandro Giuliani) e cioè nel processo in cui le parti e chi giudica sono tutti sullo stesso piano, nasce dal contraddittorio tra le parti; dall'altro la verità « oggettiva », che il giudice, nel processo asimmetrico in cui ha una posizione sopraelevata rispetto alle parti, accerta sul modello delle scienze esatte ed empiriche secondo la concezione “dimostrativa” della prova. E qui mi limito a ricordare il dialogo tra Cavallone e Taruffo (6).

---

(4) Sul giudice esperto v. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992.

(5) DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie* in corso di pubblicazione sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

(6) Il dialogo parte da TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009 e dalla lettura di CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss., cui segue la replica di TARUFFO, *Contro la Veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995 ss.

Si discute se il binomio ordine isonomico/ordine asimmetrico corrisponda al binomio principio dispositivo/principio inquisitorio (7).

Comunque sia, ciò che occorre chiedersi è se l'arbitro abbia poteri inquisitori maggiori del giudice togato, e se abbia maggiore libertà nella valutazione delle prove rispetto al giudice togato.

Quanto al primo quesito, osservo che per un verso l'art. 816 *ter* c.p.c. riconosce oggi alcuni poteri officiosi agli arbitri: quello di farsi assistere da consulenti tecnici e di richiedere informazioni scritte alla pubblica amministrazione (8); per altro verso gli arbitri sono privi di poteri coercitivi, sicché non possono rendere coattivo l'ordine di esibizione rivolto ad un terzo, così come la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (9).

Più in generale gli interpreti si dividono tra chi ritiene che la regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. ("il giudice deve porre a fondamento della propria decisione le prove proposte dalle parti") non si applichi agli arbitri, per l'affidamento che le parti farebbero agli arbitri anche quanto alla decisione sull'assunzione di mezzi di prova (10) e chi invece ritiene la suddetta regola applicabile anche agli arbitri, per la funzione sostitutiva rispetto al giudizio togato riconosciuto all'arbitrato (11).

Se le questioni di principio sono dibattute, nella concreta esperienza arbitrale è ben raro che gli arbitri si attivino d'ufficio nella ricerca delle fonti di prova.

A me pare che in arbitrato si realizzi con particolare evidenza un processo *isonomico*, in cui il sapere in fatto degli arbitri è costituito dal risultato del contraddittorio.

Ciò che accade è che l'arbitro si trova di fronte a due narrative in fatto contrapposte, con cui ciascuna delle difese allega e prova le circostanze a sé favorevoli. Nel farlo, se vuole essere presa sul serio, ciascuna difesa deve esporre una rilevante quantità di dati veridici. Condivido in ciò le valutazioni di Cavallone (12) e la sua critica alla tesi di Twining, ripresa da Taruffo (13), secondo cui le narrative degli avvocati sarebbero per definizione non veritiere ed anzi finalizzate ad ingannare il giudice.

---

(7) In senso negativo CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107 ss.; in senso affermativo COMOGLIO, « *Moralizzazione* » del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 131 ss..

(8) Lo osserva PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II<sup>a</sup> ed. Padova, 2012, Vol. II, 240, nota 690.

(9) Lo osserva DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, 27, nota 14.

(10) LA CHINA, *L'arbitrato*, III<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 164.

(11) SALVANESCHI, *Arbitrato*, Roma, 2014, 431; BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrali (con un'esercitazione conclusiva sulla "non contestazione")*, in questa *Rivista*, 2013, 873 ss..

(12) CAVALLONE, *Veriphobia*, cit., 7.

(13) TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 46.



Ricordo infatti quanto mi diceva Cesare Grassetti: guai all'avvocato che viene colto dal giudice ad aver allegato un fatto non vero, i fatti devono essere esposti con il massimo scrupolo, in diritto poi si argomenti come si vuole o si può.

Ciò detto, può accadere (ma è un caso per fortuna eccezionale) che l'arbitro si renda conto che entrambe le difese raccontano il falso, nell'intento di ottenere un lodo che vada bene a tutte e due le parti, perché l'uno aspira ad ottenere un lodo favorevole, e l'altra aspira ad ottenere un lodo che giustifichi da parte sua il pagamento all'altra parte. Se questo caso eccezionale si verifica, la soluzione a mio parere corretta è che l'arbitro eserciti una forte *moral suasion* invitando le parti a transigere per conto loro.

Nei casi normali è il contraddittorio che consente all'arbitro di selezionare le circostanze di fatto rilevanti per la sua decisione.

Quanto al secondo quesito, se cioè gli arbitri abbiano maggiore discrezionalità rispetto al giudice togato nel valutare le prove, a me pare corretta la tesi secondo cui anche agli arbitri si applichino in linea di massima i principi che reggono la valutazione delle prove nel giudizio togato.

Ciò che più differenzia il giudizio arbitrale dal giudizio togato è l'assunzione dei mezzi di prova.

Anche per l'arbitrato domestico, infatti, si sta diffondendo su accordo delle parti *ex art. 816 bis c.p.c.* l'adozione (se pur con i necessari adattamenti) di modalità di assunzione delle prove secondo le *IBA Rules on the taking of evidence* redatte per gli arbitrati internazionali.

Accade così che le testimonianze siano scritte, e che in udienza si sottopongano alcuni testi rilevanti ad un sorta di domestica *cross-examination*, e che alla consulenza tecnica d'ufficio si sostituisca il contraddittorio tra due *expert witness* (con gravi difficoltà, devo dire, per gli arbitri nel valutare, su questioni tecniche, quale dei due *expert witness* sia da seguire).

L'adozione di questa modalità di assunzione della prova testimoniale presuppone la previa verifica, da parte del Tribunale arbitrale, che entrambe le parti siano assistite da legali familiari con tale procedura<sup>(14)</sup>.

I cultori di psicologia cognitiva suggeriscono tecniche di esame del teste in più fasi: la costruzione di un rapporto con il testimone, la narrazione libera del fatto ad opera del teste, le domande dirette al teste, aperte o chiuse, un secondo racconto libero, la chiusura amichevole dell'intervista<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Così giustamente MAZZONI, in DRAETTA and LUZZATTO ed., *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: a Commentary*, New York, 2012, sub art. 25, 413.

<sup>(15)</sup> BONA, *Sentenze imperfette*, 96-97. Per una valutazione di queste proposte v. MORERA, *La testimonianza nel processo civile e arbitrale. Profili cognitivi e comportamentali*, in *Giur. arb.*, 2016, 175 ss.

È facile concludere che siamo molto lontani non solo dalla modalità di esame del teste nel giudizio civile e nel giudizio arbitrale domestico, ma anche dall'esame del teste nell'arbitrato internazionale.

Vorrei toccare un ultimo tema, che è proprio dell'arbitrato, quello del dialogo tra gli arbitri, componenti del Collegio arbitrale.

Due opposti errori di impostazione vanno a mio parere evitati: l'errore del Presidente che delega di fatto agli arbitri designati dalle parti la elaborazione di una decisione, l'errore degli arbitri designati dalle parti che delegano di fatto al Presidente la decisione.

La decisione deve invece nascere dal dialogo tra gli arbitri, dialogo che deve cominciare dall'inizio del procedimento arbitrale, e che si conclude con il lodo <sup>(16)</sup>.

Un'ultima considerazione riguarda l'unanimità nella deliberazione del lodo.

Gli psicologi cognitivi mettono in evidenza il c.d. *group thinking*, il fenomeno rappresentato dalla pressione di un gruppo coeso verso il raggiungimento di una decisione uniforme e condivisa piuttosto che verso la migliore risoluzione del problema <sup>(17)</sup>.

Nel caso dell'arbitrato la ricerca di un lodo unanime può essere incentivata dall'aspirazione ad un lodo che meglio possa resistere ad una impugnativa.

Ora è comprensibile che il Presidente veda con favore un lodo unanime, ma non c'è nulla di male in una decisione a maggioranza <sup>(18)</sup>. Molti lodi errati sono figli non tanto di errori cognitivi, magari indotti dal *group thinking*, quanto del desiderio di raggiungere ad ogni costo l'unanimità.

Gli psicologi cognitivi mettono poi in evidenza il fenomeno della *polarizzazione di gruppo*, fenomeno che mostra come gli individui di un gruppo, quando devono prendere decisioni, tendono ad estremizzare le loro posizioni iniziali, con la conseguenza che giudici di una certa severità se riuniti in collegio pronunciano decisioni più severe di quelle che prenderebbero singolarmente. Ciò perché prima che inizi la discussione collegiale il singolo avrà una sua posizione iniziale, che poi esporrà al gruppo: se gli altri dovessero dividerla, il risultato sarà di estremizzare la posizione iniziale <sup>(19)</sup>.

Proviamo a vedere se la polarizzazione di gruppo operi in arbitrato.

---

<sup>(16)</sup> DERAIS, *La pratique du délibéré arbitral*, in *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution - Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, Publishing 2005, 223. Nello stesso senso DRAETTA, *Monads or triads: conflict and cooperation among arbitrators*, *Juris*, 2016, 83.

<sup>(17)</sup> BONA e RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, 2013, 259 e 266.

<sup>(18)</sup> DERAIS, *La pratique du délibéré arbitral*, cit., 231. Nello stesso senso DRAETTA, *Monads or triads*, cit., 118.

<sup>(19)</sup> BONA e RUMIATI, *op. cit.*, 13, 261, 268.

Anche in arbitrato il presidente ha in animo una propria posizione iniziale, ma suole ascoltare gli arbitri designati dalle parti prima di esporla. Certo, se entrambi gli arbitri di parte si esprimono nello stesso senso della posizione iniziale del presidente, questi potrà essere intimamente confortato, e indotto anzi a proporre all'esito del colloquio con i co-arbitri una soluzione "più severa" di quella che aveva in animo.

Ma di regola, tenuto conto che i due co-arbitri sono designati dalle parti (salvo che nell'arbitrato societario), uno dei due co-arbitri argomenterà in direzione opposta rispetto alla posizione che il presidente ha in mente, e ciò potrà indurre quest'ultimo, nonostante l'adesione alla sua posizione dell'altro arbitro, a moderare la sua posizione. In altre parole si può dire che in arbitrato ricorre in *re ipsa* il rimedio che gli psicologi cognitivi suggeriscono per ridurre gli effetti della polarizzazione, quello cioè di affidare a uno dei componenti del collegio il ruolo di « avvocato del diavolo »<sup>(20)</sup>.

La conclusione di queste mie sommarie considerazioni è scontata: il dialogo tra gli studiosi di psicologia comportamentale e di scienze cognitive e gli studiosi dell'arbitrato è promettente, ma deve tenere adeguato conto della peculiarità del giudizio arbitrale.

*Cognitive science researches considered the issue whether a ordinary judge might encounter errors when ascertaining the facts for the reasoning of the case. With regards to arbitration, we should assume that errors encountered in establishing the facts of the case do not constitute a ground to refuse the recognition and enforcement of an arbitral award. Moreover we should take into account that errors of such a kind are uncommon in arbitration due to the peculiarities of the its procedure.*

---

(20) BONA e RUMIATI, *op. cit.*, 262.

## **L'arbitrato al tempo della « degiurisdizionalizzazione » (riflessioni sull'art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132) (\*)**

SALVATORE BOCCAGNA (\*\*)

1. Premessa: crisi del processo e fughe dalla giurisdizione — 2. Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti *ex art. 1 d.l. 132/14*: rilievi generali — 3. Ambito di applicazione — 4. L'« istanza congiunta » delle parti — 5. La nomina degli arbitri — 6. Il trasferimento disposto in grado d'appello — 7. (*segue*) Il termine per la pronuncia del lodo e l'eventuale riassunzione in sede ordinaria — 8. (*segue*) L'impugnazione del lodo pronunciato in grado d'appello.

1. Con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, il legislatore italiano, sempre alla ricerca di soluzioni (preferibilmente a costo zero) per gli ormai cronici mali da cui è affetta la giustizia civile, imbecca la via della c.d. degiurisdizionalizzazione, nuovo (e invero non elegantissimo) verbo, qui declinato sia sul versante dello smaltimento dell'arretrato sia su quello dell'introduzione di una nuova condizione di procedibilità della domanda con finalità di deflazione del carico giudiziario.

Questa scelta presta il fianco a critiche di vario tipo. Un primo tipo di critica si muove su un piano, per di così, ideologico, e consiste nell'osservazione secondo cui, per perseguire l'obiettivo della riduzione del contenzioso, lo Stato finisce col rinunciare a uno dei suoi compiti fondamentali qual è l'esercizio della giurisdizione <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Questo scritto, già destinato agli studi in onore di Nicola Picardi, è dedicato alla memoria del Maestro scomparso.

(\*\*) Professore associato nell'Università di Napoli Federico II.

(1) A questa sorta di resa allude il titolo dello scritto di BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (5.12.2014). Secondo quest'a. il legislatore del d.l. 132/14 si sarebbe comportato « come quegli imprenditori che esternalizzano le loro lavorazioni per contenere i costi e per evitare nuove assunzioni ». V. anche CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della « degiurisdizionalizzazione »*, in *Corr. giur.*, 2014, 1176; ID., *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla*

Un altro tipo di critica riguarda l'effettiva utilità delle misure introdotte in questa come in altre precedenti occasioni dal legislatore. Appare infatti illusorio pensare di poter curare i mali che affliggono la giustizia civile attraverso (più o meno avventurose) « fughe » dalla giurisdizione, realizzate favorendo, se non addirittura imponendo, ai litiganti (uno dei quali di norma non ha alcuna intenzione di addivenire in tempi rapidi alla definizione della controversia) strumenti di risoluzione della controversia, quali la conciliazione e lo stesso arbitrato, che si fondano sul consenso delle parti <sup>(2)</sup>.

A queste critiche non si sottrae l'istituto che forma oggetto di queste riflessioni, e ciò sebbene in linea di principio l'arbitrato, specie quello rituale (di diritto), costituisca una via di fuga dalla giurisdizione a mio avviso più accettabile (starei per dire più onorevole) della conciliazione. Ciò sotto un duplice profilo: *a*) perché, in quanto strumento di risoluzione della controversia (fondato bensì sull'accordo delle parti, ma pur sempre) di tipo *eteronomo* <sup>(3)</sup>, consente di realizzare l'obiettivo della degiurisdizionalizzazione senza rinunciare a perseguire l'esigenza di una risoluzione della controversia « giusta » perché *secundum ius* <sup>(4)</sup>; *b*) perché, come non è ormai più revocabile in dubbio dopo la riforma del 2006, sfocia in un

---

“degiurisdizionalizzazione” arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva, in *Giust. civ.*, 2014, 1071.

<sup>(2)</sup> Osserva a questo riguardo GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e « fuga » dalla giurisdizione*, Messina, 2014, 7, che i *conditores* sembrano avere invertito i termini del rapporto virtuoso fra mezzi alternativi di composizione delle liti ed efficienza del processo civile: quest'ultima infatti non può essere assicurata incentivando o addirittura imponendo il ricorso ai mezzi di *Alternative Dispute Resolution*, poiché fino a quando il processo avrà una durata eccessivamente lunga vi sarà sempre una parte che avrà interesse ad evitare qualsiasi accordo con l'avversario per ritardare l'adempimento delle proprie obbligazioni; al contrario, in un sistema che assicuri la decisione in tempi rapidi, le parti risultano incentivate a superare il proprio « egoismo processuale » e a ricercare un accordo con l'avversario, idoneo a evitare la decisione del giudice.

In una prospettiva diametralmente opposta, individua proprio nel ricorso agli strumenti di ADR la via maestra per garantire l'efficienza della giustizia, VIGORITI, *Il trasferimento in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, in *www.judicium.it* (1.10.2014), 2-3.

Più in generale, si è osservato (PUNZI, *La c.d. « degiurisdizionalizzazione » della giustizia civile*, in *Id.* (a cura di), *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 1 ss.) che questa tendenza a favorire il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si inserisce nel più vasto fenomeno della crisi del monopolio statale della giurisdizione, fenomeno attentamente indagato (oltre che dallo stesso PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1 ss.; *Id.*, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, *ivi*, 2015, 1 ss.) dal Maestro al quale sono dedicate queste pagine (cfr. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. 13 ss.).

<sup>(3)</sup> Per la distinzione tra strumenti autonomi e strumenti eteronomi di risoluzione delle controversie cfr., per tutti, LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss.

<sup>(4)</sup> Sottolinea questo rischio insito nel ricorso a strumenti di tipo conciliativo GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, spec. 371 ss.

risultato qualitativamente identico alla sentenza del giudice dello Stato. Da quest'ultimo punto di vista ci si potrebbe anzi spingere ad affermare che il legislatore ha reso un miglior servizio all'efficienza della giustizia civile con la riforma del 2006, che ha reso non poco più funzionale — e dunque appetibile — l'arbitrato rituale, che con interventi del tipo di quello in commento.

E tuttavia, in mancanza di un efficace sistema di incentivi (quale non può certo ritenersi quello prefigurato dal comma 5 dell'art. 1 d.l. 132/14, che si limita a prevedere una possibile riduzione dei compensi arbitrari — realizzata con il recente d.m. 12 aprile 2016, n. 61, il cui art. 3 prevede una riduzione del trenta per cento dei parametri previsti dal d.m. 10 marzo 2014, n. 55, relativo alle tariffe forensi — e a derogare alla regola della solidarietà dell'obbligo al pagamento del compenso stabilita dall'art. 814 c.p.c.), pensare che le parti di un processo pendente (che hanno già dovuto sopportare i non lievi costi legati all'instaurazione del giudizio, specie se di impugnazione) si accordino per deferire la controversia ad arbitri è cosa che sta semplicemente fuori dalla realtà. Sicché è facile prevedere che il nuovo istituto finirà per rimanere sulla carta <sup>(5)</sup>.

2. Fatte queste premesse, e venendo ad esaminare più da vicino l'istituto disciplinato dall'art. 1 d.l. 132/14, bisogna anzitutto domandarsi se era davvero necessaria l'introduzione di una norma *ad hoc* per consentire il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti davanti all'autorità giudiziaria. Nessuno infatti ha mai dubitato della possibilità che la convenzione arbitrale venga stipulata non soltanto prima dell'insorgere della controversia, ma anche quando quest'ultima è già pendente davanti al giudice dello Stato.

Senonché la stipulazione di un compromesso in corso di causa, risolvendosi in una ragione di (sopravvenuta) incompetenza del giudice

---

<sup>(5)</sup> È questa l'opinione pressoché unanime dei commentatori: significativa al riguardo la petizione al Ministro della Giustizia Orlando sottoscritta da M. BOVE, S. MENCHINI, P. BIAVATI, G. MICCOLIS, M. DE CRISTOFARO (consultabile in [www.change.org](http://www.change.org)), ove si afferma che « il trasferimento delle liti in arbitrato è misura che troverà applicazione saltuaria e residuale, incapace di incidere in un qualunque modo statisticamente rilevante sullo smaltimento delle cause pendenti ». Per analoghe considerazioni, SCARSELLI, *Luci e ombre sull'ennesimo progetto di riforma del processo civile*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (10.9.2014), secondo cui la nuova disposizione, pur « condivisibile quanto ad idea, [...] ha pochissimo di nuovo e sarà rarissimamente utilizzata »; CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) (12.9.2014); CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., 1175; BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge sulla « degiurisdizionalizzazione » ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in questa *Rivista*, 2014, 633 s.; BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro it.*, V, 17, par. 1, il quale peraltro valuta positivamente, sul piano delle potenzialità applicative, il peculiare meccanismo di silenzio-assenso al trasferimento in sede arbitrale introdotto in sede di conversione per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in cui sia parte una pubblica amministrazione; così anche VALERINI, *Il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria*, in LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Torino, 2014, 1.

adito, ricade nell'ambito applicativo dell'art. 5 c.p.c., ai sensi del quale, come è noto, i mutamenti dello stato di fatto (e di diritto) successivi alla proposizione della domanda non hanno effetto sulla competenza. Sicché l'unico modo in cui le parti possono far emergere nel processo l'opzione arbitrale da loro esercitata è quello di rinunciare agli atti del giudizio, con conseguente caducazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale <sup>(6)</sup>.

Se questi rilievi sono esatti, è possibile affermare che l'introduzione di una norma *ad hoc* risponde all'esigenza di far sì che, in deroga all'art. 5 c.p.c., l'opzione esercitata dalle parti in favore dell'arbitrato acquisti una diretta rilevanza nel processo in corso, determinando l'incompetenza (sopravvenuta) del giudice adito e la conseguente trasmigrazione della causa in sede arbitrale a norma dell'art. 50 c.p.c. <sup>(7)</sup>, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda <sup>(8)</sup>.

La previsione della salvezza degli effetti della domanda (del resto indispensabile per offrire al nuovo istituto una sia pur minima prospettiva di applicazione pratica) è però compensata da una serie di limiti all'autonomia delle parti, relativi per lo più alla nomina degli arbitri, limiti in ragione dei quali l'arbitrato introdotto dal d.l. 132/14 può ben essere inquadrato nella categoria degli arbitrati c.d. predisposti o « da legge » <sup>(9)</sup>.

3. L'ambito applicativo del nuovo arbitrato « deflattivo » o « di prosecuzione » riguarda tutte le « cause civili pendenti dinanzi al tribunale o in grado d'appello »: espressione che pare idonea a ricomprendere tutte le cause pendenti dinanzi al tribunale (sia in primo grado che in grado d'appello) nonché quelle pendenti in secondo grado presso la corte

---

<sup>(6)</sup> Analogamente, BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 634.

<sup>(7)</sup> Com'è noto, quest'ultima disposizione è divenuta applicabile anche nei rapporti tra giudice e arbitri per effetto di Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D'ALESSANDRO, ACONE e FRASCA; in *Corr. giur.*, 2013, 1107, con nota di CONSOLO; in *Giusto processo civ.*, 2013, 1107, con nota di BOVE; in *Giur. it.*, 2014, 1381, con note di BUZANO e ASPRELLA; in questa *Rivista*, 2014, 81, con nota di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI.

<sup>(8)</sup> Un'altra ragione per l'introduzione di una norma *ad hoc* può forse essere individuata nella volontà del legislatore di consentire la devoluzione in arbitrato anche delle controversie pendenti in grado d'appello. Ciò almeno laddove si aderisca alla *communis opinio* secondo cui l'arbitrato non potrebbe essere utilizzato con riguardo ai giudizi di tipo impugnatorio (così ad es. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, 72; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 53). Vale però la pena di segnalare come la possibilità di compromettere in arbitri una controversia già decisa in primo (e addirittura in secondo) grado fosse già ammessa da MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, s.d., 55-56.

<sup>(9)</sup> Per quest'ultima espressione cfr. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 81 ss. Critico verso la tendenza del legislatore italiano a concepire modelli arbitrali così fortemente differenziati CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 1070.

d'appello<sup>(10)</sup>, con esclusione, dunque, delle controversie pendenti dinanzi al giudice di pace e di quelle devolute alla competenza in unico grado della corte d'appello<sup>(11)</sup>.

Tali controversie potranno essere trasferite in sede arbitrale se pendenti alla data di entrata in vigore del d.l. 132/2014 (13 settembre 2014) e non ancora assunte in decisione, sempre che però non abbiano ad oggetto diritti indisponibili<sup>(12)</sup> e che non vertano in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale<sup>(13)</sup>.

Non sono previste limitazioni con riguardo al rito cui è assoggettata la controversia: il trasferimento in sede arbitrale sarà dunque possibile non soltanto in relazione a cause soggette al rito ordinario ma anche (salva la limitazione appena illustrata con riguardo alle controversie di lavoro) in relazione a cause soggette al rito del lavoro (e ciò pure nei casi in cui tale rito è esteso dal d.lgs 150/11 a cause non di lavoro)<sup>(14)</sup>. Né sembrano esservi ragioni per escludere dall'ambito applicativo dell'istituto le cause trattate con rito sommario e quelle di opposizione a decreto ingiuntivo<sup>(15)</sup>.

Sempre con riguardo ai limiti di operatività dell'istituto, va poi precisato che l'arbitrato cui fa riferimento l'art. 1 d.l. 132/14 è esclusivamente quello rituale. Tanto si desume inequivocabilmente dalla disposizione del comma 3, che, in applicazione della regola generale sancita dall'art. 824-bis c.p.c., prevede che il lodo pronunciato a seguito della riassunzione *apud arbitros* « ha gli stessi effetti della sentenza »<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> L'uso della disgiuntiva potrebbe in astratto autorizzare anche una lettura diversa, tale da escludere le controversie pendenti dinanzi al tribunale in grado d'appello (cfr., in senso dubitativo, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 2-3). Di fronte all'ambiguità del dato letterale, peraltro, l'interpretazione offerta nel testo appare da preferire poiché assicura (quanto meno in astratto) all'istituto un più vasto campo di applicazione.

<sup>(11)</sup> Analogamente, BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale*, cit., par. 2; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo arbitrato "deflattivo"*, cit., 3; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile*, cit., 66; VALERINI, *Il trasferimento*, cit., 2.

<sup>(12)</sup> Secondo quanto disposto in via generale, in tema di individuazione delle controversie arbitrabili, dall'art. 806 c.p.c.

<sup>(13)</sup> Ad eccezione peraltro delle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. Al riguardo, si noti la differenza con quanto previsto in via generale dall'art. 806, 2° comma, c.p.c., che consente il deferimento ad arbitri di *tutte* le controversie di lavoro se ciò sia previsto nei contratti o accordi collettivi di lavoro. Il criterio utilizzato dall'art. 1 d.l. 132/14 sarà foriero di (evitabili) incertezze applicative, poiché non sempre è facile stabilire se un diritto trovi nel contratto collettivo la sua fonte esclusiva (per analogo rilievo, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 3).

<sup>(14)</sup> Conf., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 4.

<sup>(15)</sup> Conf., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 4, che argomenta, quanto ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, dalla circostanza che il trasferimento in arbitrato è ammesso anche in relazione al giudizio d'appello. V. anche NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 4.

<sup>(16)</sup> Conf., tra gli altri, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 4; CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla « degiurisdizionalizzazione »*, cit., 1067; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile*, cit., 67; BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 640.



4. Il comma 1 dell'art. 1 d.l. 132/14 prevede che il trasferimento in sede arbitrale avvenga su « istanza congiunta » delle parti. Al riguardo, ci si è chiesti se detta istanza debba provenire dalle parti personalmente o possa essere formulata anche dai difensori.

Per rispondere a questo interrogativo, appare necessario ampliare il discorso.

Non pare dubbio che, in base ai principi generali, il trasferimento della causa in sede arbitrale presupponga una valida manifestazione di volontà compromissoria delle parti. A questo riguardo, peraltro, mi sembra necessario distinguere il compromesso vero e proprio dall'istanza congiunta che lo presuppone (o, eventualmente, contiene). Il compromesso stipulato dalle parti in corso di causa è un atto sostanziale (sia pure ad effetti processuali) che, in deroga all'art. 5 c.p.c., determina l'incompetenza (sopravvenuta) del giudice adito e la competenza (del pari sopravvenuta) degli arbitri. Questo atto, che in sé considerato, non è un atto del processo (anche se è destinato a produrre effetti sul processo), emerge nel processo attraverso l'istanza congiunta, la quale dà luogo ad una sorta di accordo processuale sul(l'incompetenza del giudice e sul)la competenza degli arbitri, che trova, a mio avviso, il suo modello più prossimo nell'accordo endoprocessuale sulla competenza per territorio derogabile disciplinato dall'art. dall'art. 38, 2° comma, c.p.c. (17).

Se si condivide questa ricostruzione, ne discende che l'istanza congiunta, quale atto processuale distinto dall'accordo compromissorio, che, per un verso, non è dalla legge espressamente riservato alla parte, per altro verso, non comporta di per sé alcuna disposizione del diritto in contesa, ben può provenire dai difensori delle parti (18).

Sempre nella logica dell'art. 38, 2° comma, c.p.c., dovrà ritenersi che, come, di fronte all'adesione dell'attore all'eccezione di incompetenza sollevata dal convenuto, il giudice si limita a prendere atto dell'accordo processuale sulla competenza, senza poter esaminare la fondatezza dell'eccezione (19), allo stesso modo nel caso in esame il giudice dovrà limitarsi a prendere atto dell'istanza congiunta (dei difensori) delle parti, senza neppure poter verificare l'esistenza dell'accordo compromissorio

---

(17) Su tale disposizione cfr. ACONE, *Accordo processuale di proroga della competenza e condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 688, che sottolinea le differenze esistenti, in punto di forma, soggetti ed effetti, tra l'accordo processuale in questione e il vero e proprio *pactum de foro prorogando*, che si realizza invece sul terreno negoziale; FRANCHI, in AA.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 1, Torino, 1973, sub art. 38, 390 ss.

(18) Per un'analoga conclusione, NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 8. Nel senso invece che l'istanza congiunta darebbe vita a un vero e proprio compromesso, che in quanto tale dovrebbe essere sottoscritto dalle parti personalmente, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 3; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile*, cit., 67-68; v. anche BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale*, cit., par. 3.

(19) ACONE, *Accordo processuale di proroga della competenza*, cit., 691; FRANCHI, in AA.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 391.

(potendo al limite ammettersi soltanto una valutazione in ordine all'arbitrabilità della controversia, intesa quale requisito di ammissibilità dell'istanza) <sup>(20)</sup>.

Analogamente a quanto si verifica nell'ipotesi disciplinata dall'art. 38, 2° comma, c.p.c., poi, una volta preso atto dell'istanza congiunta delle parti, il giudice non dovrà emettere nessun provvedimento decisorio (neppure in ordine alle spese) <sup>(21)</sup>, ma dovrà limitarsi a disporre con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo <sup>(22)</sup>.

Ancora in analogia con quanto previsto dall'art. 38, 2° comma, c.p.c. in tema di proroga consensuale della competenza territoriale, l'accordo processuale sulla competenza degli arbitri renderà incontestabile, una volta avvenuta la riassunzione, tale competenza <sup>(23)</sup>. Ciò comporta che a seguito della riassunzione le parti non potranno eccepire l'incompetenza degli arbitri per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale (né, di conseguenza, gli arbitri potranno decidere sulla propria competenza) ai sensi dell'art. 817 c.p.c., salvo il caso di controversia non arbitrabile, che, com'è noto, costituisce (nel regime introdotto dalla riforma del 2006) l'unico caso di incompetenza arbitrale rilevabile d'ufficio.

In definitiva, la nostra idea è che ai fini del trasferimento in sede arbitrale è sì necessaria, in linea di principio, una valida manifestazione di volontà compromissoria delle parti, ma l'istanza congiunta dei difensori preclude il rilievo dell'incompetenza arbitrale, allo stesso modo in cui l'accordo processuale sulla competenza disciplinato dall'art. 38, 2° comma, c.p.c. preclude il rilievo dell'incompetenza del giudice indicato dalle parti.

Contro una simile ricostruzione si potrebbe essere tentati di obiettare che una cosa è l'incompetenza per territorio, un'altra è l'incompetenza del giudice ordinario nei confronti degli arbitri. Dato che l'arbitrato rinviene il proprio fondamento nella volontà delle parti, nel caso che ci occupa non si potrebbe prescindere dalla verifica dell'esistenza di una valida volontà compromissoria delle parti e non sarebbero concepibili fenomeni preclusivi collegati al comportamento dei difensori.

---

<sup>(20)</sup> Ove si ammetta una siffatta valutazione, sarà giocoforza ritenere che in caso di controversia non arbitrabile il giudice debba rifiutarsi di rimettere la causa agli arbitri. Questo rifiuto equivarrà ad una pronuncia di rigetto dell'eccezione di compromesso e come tale sarà impugnabile (a differenza dell'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo di cui subito appresso nel testo) con regolamento (a seconda dei casi necessario o facoltativo) di competenza.

<sup>(21)</sup> Conf., con riguardo all'ipotesi disciplinata dall'art. 38, 2° comma, c.p.c., Cass. 7 giugno 1985, n. 3415.

<sup>(22)</sup> Analogamente, NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 9.

<sup>(23)</sup> *Contra*, nel senso che a seguito della riassunzione gli arbitri conserverebbero il potere di decidere sulla propria competenza, VALERINI, *Il trasferimento*, cit., 5; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 9; VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (l. 162/2014)*, in *www.judicium.it* (12.2.2015), 8. In quest'ultimo senso, v. anche le osservazioni formulate dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato, in questa *Rivista*, 2014, 666.

Mi pare tuttavia che a superare quest'obiezione basti il richiamo all'art. 817, 2° comma, c.p.c. (nel testo introdotto dalla riforma del 2006), che, secondo l'opinione largamente prevalente <sup>(24)</sup>, disciplina appunto una preclusione processuale al rilievo dell'incompetenza arbitrale, estesa al caso-limite della radicale inesistenza dell'accordo compromissorio, ed ai cui effetti rileva non solo il comportamento della parte ma anche quello del difensore.

La ricostruzione ora offerta presenta, a mio avviso, alcuni vantaggi.

Il primo di questi vantaggi consiste in una notevole semplificazione del meccanismo attraverso cui si realizza il trasferimento della causa in sede arbitrale. Invero, ove si ritenga che il giudice, prima di spogliarsi della causa, sia tenuto a verificare l'esistenza di una valida volontà compromissoria delle parti, diviene difficile escludere la necessità che il processo si chiuda con una pronuncia (che secondo l'opinione prevalente dovrebbe essere resa addirittura in forma di sentenza) dichiarativa dell'incompetenza del giudice adito in ragione della convenzione di arbitrato, impugnabile, a norma dell'art. 819-ter c.p.c., con regolamento di competenza.

Il secondo vantaggio di questa ricostruzione è che essa riesce a fornire una spiegazione più adeguata del peculiare meccanismo di silenzio-assenso previsto dalla seconda parte del comma 1 in relazione alle controversie di valore non superiore a 50.000 euro in cui sia parte una pubblica amministrazione, riconducendolo sul terreno della preclusione processuale anziché su quello, più problematico, del compromesso tacito o *per facta concludentia* in deroga al disposto dell'art. 807 c.p.c. <sup>(25)</sup>.

Un ultimo vantaggio della ricostruzione qui proposta si coglie, infine, in relazione all'ipotesi di estinzione del giudizio arbitrale o di annullamento del lodo ad opera della corte d'appello, sulla quale avremo modo di soffermarci tra breve (*infra*, § 6).

5. Come già accennato, l'art. 1 d.l. 132/14 introduce una serie di limiti all'autonomia delle parti in materia di nomina degli arbitri.

a) In primo luogo, si prevede che le parti non possano far ricorso all'arbitro unico se il valore della controversia eccede i centomila euro. Al riguardo, non è ben chiaro se detto limite operi solo quando la nomina sia effettuata dal presidente del consiglio dell'ordine o anche quando a farla siano le parti direttamente <sup>(26)</sup>. Quest'ultima interpretazione risulterebbe

---

<sup>(24)</sup> Cfr. ad es. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 72; G.F. RICCI, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2007, 473 s.; RUFFINI, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, 2010, 289 s.; BOCCAGNA, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2013, 1171, ove anche ulteriori riferimenti.

<sup>(25)</sup> In quest'ultimo senso cfr. invece BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 4.

<sup>(26)</sup> Per analogo rilievo, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 6.

più rispettosa dell'autonomia delle parti, ma la volontà del legislatore sembra piuttosto nel primo senso: l'inciso (introdotto in sede di conversione) contenente l'alternativa collegio (per le controversie di valore superiore a centomila euro)/arbitro unico (per le controversie fino a centomila euro) è infatti riferibile a entrambe le ipotesi (la trasmissione al presidente del consiglio dell'ordine essendo prevista anche quando gli arbitri siano nominati dalle parti personalmente: v. subito *infra*) e precede la parte della norma concernente le modalità di nomina (che prevede l'alternativa tra la nomina ad opera del presidente del consiglio dell'ordine e quella effettuata dalle parti) <sup>(27)</sup>.

b) Un ulteriore limite all'autonomia delle parti è insito nella previsione secondo cui gli arbitri possono essere nominati da queste ultime solo « concordemente », in deroga alla regola generale dettata dall'art. 810 c.p.c., secondo cui quando a norma della convenzione di arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse procede alla nomina del proprio arbitro <sup>(28)</sup>.

Se le parti non concordano nella scelta degli arbitri, la nomina, come accennato, è fatta dal presidente del consiglio dell'ordine (degli avvocati), cui il fascicolo viene in ogni caso trasmesso. A quest'ultimo riguardo, appare forse eccessivamente severo il rilievo secondo cui detta trasmissione risulterebbe del tutto inutile nel caso in cui gli arbitri siano nominati direttamente dalle parti <sup>(29)</sup>. Il consiglio tiene infatti l'elenco degli arbitri (v. subito *infra, sub c*) ed è quindi chiamato a « gestire » la fase di nomina degli arbitri attraverso un'attività che va dal semplice svolgimento di funzioni di segreteria <sup>(30)</sup> alla nomina degli arbitri in caso di mancato accordo tra le parti.

c) Un ultimo limite all'autonomia privata è rappresentato dalla previsione secondo cui arbitro può essere soltanto un avvocato iscritto all'albo dell'ordine circondariale da almeno cinque anni, che sia in possesso dei requisiti di onorabilità di cui al comma 2 e non rivesta (né abbia rivestito nel corso della precedente consiliatura) la carica di consigliere

---

<sup>(27)</sup> Giudica « inopportuna ed inspiegabile » la scelta del legislatore di negare alla volontà concorde delle parti la possibilità di optare per l'arbitro unico anche per le cause di valore superiore a centomila euro, BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale*, cit., par. 4.

<sup>(28)</sup> Nel senso, peraltro, che le parti potrebbero, di comune accordo, stabilire che la nomina degli arbitri avvenga con le modalità previste dall'art. 810 c.p.c., cfr. NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 13.

<sup>(29)</sup> Così invece BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 6; v. anche CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., 1174-1175; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile*, cit., 70; BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 636, ad avviso del quale in caso di nomina operata dalle parti il giudice *a quo* dovrebbe disporre la trasmissione del fascicolo direttamente al presidente del collegio arbitrale o all'arbitro unico.

<sup>(30)</sup> In questa prospettiva, si potrebbe ad es. pensare che il consiglio dell'ordine possa ricevere gli atti di nomina delle parti, per poi trasmetterli agli arbitri da esse designati.

dell'ordine <sup>(31)</sup>. Al riguardo, può discutersi se la mancanza di dette qualità sia deducibile in sede di impugnazione per nullità ai sensi del n. 2 o del n. 3 dell'art. 829 c.p.c. <sup>(32)</sup>, ma la questione ha perso gran parte della sua rilevanza pratica a seguito della riforma del 2006, che ha introdotto per tutti i vizi del lodo la regola della previa eccezione in sede arbitrale (art. 829, 2° comma, c.p.c.).

6. Il comma 3 dell'art. 1 d.l. 132/14 prevede che, una volta disposto il trasferimento, il procedimento prosegue davanti agli arbitri, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Non si prevede un termine entro cui procedere alla riassunzione, ma questo, sia che si ritenga applicabile l'art. 50 c.p.c. <sup>(33)</sup>, sia che (come a noi è parso preferibile) si individui la disposizione di riferimento nell'art. 38, 2° comma, c.p.c., sarà di tre mesi dal provvedimento (sentenza o ordinanza) che dispone il trasferimento, pena, deve ritenersi, l'estinzione del giudizio <sup>(34)</sup>.

Naturalmente, anche di fronte alla nuova disposizione si pone il problema (che si era già posto all'indomani di Corte cost. n. 223/13 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter c.p.c., ha reso applicabile l'istituto della *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitrato e processo) di individuare l'atto mediante il quale deve avvenire la riassunzione in sede arbitrale. Anche in tal caso sarà giocoforza applicare analogicamente le norme sulla domanda arbitrale <sup>(35)</sup>, adattandole però alla necessità di nomina congiunta di tutti gli arbitri (potrà così pensarsi

---

<sup>(31)</sup> Sul punto, v. le perplessità di CERRI, *Vedi alla voce « Degiurisdizionalizzazione » (trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in *www.judicium.it* (7.10.2014), secondo cui la scelta degli arbitri tra gli avvocati iscritti allo stesso ordine territoriale al quale appartengono i difensori delle parti rischia di compromettere la necessaria imparzialità dell'organo arbitrale. V. anche VALERINI, *Il trasferimento*, cit., 7.

Più in generale, nel senso che la scelta di affidare ai consigli dell'ordine la gestione dei contenziosi che trasmigrano dai tribunali e dalle corti d'appello « dà tutta l'impressione di una strizzata d'occhio ad una categoria elefantica e in forte crisi identitaria », CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi*, cit.

<sup>(32)</sup> Nel primo senso, BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 636; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 6-7; v. anche, dubitativamente, PUNZI, *La c.d. « degiurisdizionalizzazione »*, cit., 4-5.

<sup>(33)</sup> Così BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 8.

<sup>(34)</sup> Conf., NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 14.

<sup>(35)</sup> Vale a dire gli 2652-2653, 2690-2691 e 2943 c.c. e 669-octies c.p.c., che, con riguardo, rispettivamente, alla trascrizione delle domande giudiziali, all'interruzione della prescrizione e all'introduzione del giudizio di merito dopo la concessione di un provvedimento cautelare *ante causam*, individuano la domanda arbitrale nell'atto notificato con il quale la parte dichiara la propria intenzione di promuovere il giudizio arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri. Per l'applicazione analogica di tali disposizioni a seguito di Corte cost. n. 223/13 cfr. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 380. Nel senso peraltro che nel caso di specie non sarebbe necessaria la riproposizione della domanda, cfr. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 8.

che l'atto di riassunzione contenga l'invito rivolto alla controparte di addivenire ad un accordo per la nomina degli arbitri, o anche che la parte che procede alla riassunzione sottoponga uno o più nominativi all'approvazione della controparte, invitandola a fare altrettanto).

Non pare dubbio che, a seguito della riassunzione, il processo debba proseguire nelle forme del giudizio arbitrale, dovendosi escludere ogni ipotesi di ultrattività del rito. Questa conclusione si ricava dal comma 1 dell'art. 1 d.l. 132/14, e in particolare dal richiamo, ivi contenuto, alle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del c.p.c., richiamo che vale, tra l'altro, a rendere applicabile l'art. 816-*bis* c.p.c., in tema di determinazione delle forme del procedimento arbitrale <sup>(36)</sup>.

Il comma 2 dell'art. 1 d.l. 132/14 sancisce invece l'ultrattività delle preclusioni e delle decadenze maturate nella fase *apud iudicem*, le quali dunque rimarranno ferme anche a seguito del trasferimento della causa in sede arbitrale. Si tratta, a mio avviso, di una previsione di dubbia opportunità <sup>(37)</sup>, giacché l'imposizione *ex lege* di limiti preclusivi all'esercizio dei poteri processuali delle parti mal si concilia con il principio, sancito dal richiamato art. 816-*bis* c.p.c., che rimette alle parti la determinazione delle forme del procedimento. Ciò induce a condividere l'opinione secondo cui la regola dell'ultrattività delle preclusioni sarebbe superabile dalla concorde volontà delle parti <sup>(38)</sup>.

Tra le disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del c.p.c. che, in virtù del richiamo operato dall'art. 1, comma 1, d.l. 132/14 risultano applicabili all'arbitrato in discorso vi sono anche l'art. 820, che disciplina il termine per la pronuncia del lodo, e l'art. 821, che prevede l'estinzione del procedimento qualora una delle parti, anteriormente alla deliberazione del lodo, abbia fatto valere la decadenza degli arbitri. L'estinzione comporterà il venir meno della litispendenza, sicché non sarà possibile riassumere (nuovamente) la causa davanti al giudice ordinario <sup>(39)</sup>, ed anzi

---

<sup>(36)</sup> Più articolata la posizione di BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 8-9, ad avviso del quale la libertà delle parti di dettare le regole del procedimento incontrerebbe un limite nella necessità di garantire la continuità con la precedente fase *apud iudicem*.

<sup>(37)</sup> Analogamente, CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi*, cit.; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 7; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., 1175. V. anche ID., *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 1066, per il rilievo secondo cui alla prevista ultrattività delle preclusioni non si accompagna il trasferimento agli arbitri dei poteri di impulso istruttorio propri del giudice togato (specie monocratico).

<sup>(38)</sup> Cfr. BALENA, *Il trasferimento in sede arbitrale*, cit., par. 4.

<sup>(39)</sup> Conf., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 9. *Contra*, nel senso che in caso di mancata pronuncia del lodo il processo potrebbe essere riassunto in sede ordinaria, *ad instar* di quanto previsto dal comma 4 in relazione all'arbitrato d'appello, v. il Dossier n. 13/2014 elaborato dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense, in *www.cnf.it* (ove una simile conclusione vien fatta discendere dall'inciso « in ogni caso » contenuto nel citato comma 4); analogamente, VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione*, cit., 10.

le parti rimarranno vincolate dall'accordo compromissorio in applicazione della regola generale dettata dall'art. 808-*quinquies* c.p.c. Ciò, beninteso, sempre che un vero accordo compromissorio vi sia, ch  invece il mero accordo processuale sulla competenza degli arbitri integrato dall'« istanza congiunta » dei difensori non avr  di per s  effetti al di fuori del processo. In ci    possibile cogliere, se non ci inganniamo, un ulteriore vantaggio della ricostruzione, da noi suggerita (*supra*, § 4), che riconduce l'« istanza congiunta » sul terreno della mera preclusione processuale: vantaggio consistente appunto nella possibilit  di escludere (tutte le volte in cui l'istanza non abbia alle spalle una vera e propria convenzione arbitrale stipulata dalle parti personalmente) l'operativit  dell'art. 808-*quinquies* c.p.c. e consentire cos  la riproposizione della domanda in sede ordinaria dopo il « fallimento » dell'esperimento arbitrale <sup>(40)</sup>.

7. Con particolare riguardo al trasferimento disposto in grado d'appello, si pone l'alternativa se gli arbitri siano chiamati a pronunciarsi sui motivi d'appello gi  formulati dalle parti (nell'ambito di un vero e proprio giudizio di secondo grado rispetto a quello svoltosi davanti al giudice togato) oppure se « prescindendo dai motivi d'appello (ma allora anche dalla sentenza gi  resa in primo grado) si dovr  giudicare sulla domanda cos  come originariamente proposta, ferme per  le preclusioni e le decadenze gi  intervenute » <sup>(41)</sup>. Alternativa che non esiterei a sciogliere nel primo senso, dovendo anche in tal caso trovare applicazione il principio secondo cui il giudizio (arbitrale) *ad quem* costituisce la prosecuzione di quello instaurato davanti al giudice (togato) *a quo* <sup>(42)</sup>. Del resto, una chiara indicazione in favore della natura di vero e proprio giudizio di secondo grado del procedimento arbitrale in discorso   offerta dallo stesso d.l. (art. 1, comma 4), allorch  richiama, in relazione all'ipotesi di mancata riassunzione del giudizio a seguito dell'inutile decorso del termine per la pronuncia del lodo, l'art. 338 c.p.c. in tema di (effetti dell')estinzione del giudizio d'appello.

---

La tesi mi pare peraltro insostenibile proprio sul terreno dell'interpretazione letterale sul quale   formulata. Invero, l'intero comma 4 si riferisce esclusivamente all'ipotesi di annullamento del lodo pronunciato in grado d'appello (« Quando la trasmissione a norma del comma 2   disposta in grado d'appello... »), e l'inciso « in ogni caso » allude semplicemente alla possibilit , ammessa dallo stesso comma 4, che il lodo (d'appello) venga (validamente) pronunciato dopo la scadenza del termine di centoventi giorni dall'accettazione della nomina, ma entro quello per la riassunzione in sede ordinaria (« lodo pronunciato [in grado d'appello] entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione »).

<sup>(40)</sup> Ci  sia nel caso, considerato nel testo, di decadenza degli arbitri, sia in quello, in parte analogo, di accoglimento dell'impugnazione per nullit , nei casi in cui non   prevista la decisione del merito da parte della corte d'appello (art. 830 c.p.c.).

<sup>(41)</sup> Cos  CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., 1175.

<sup>(42)</sup> Conf. BALENA, *Il trasferimento*, cit., par. 5, sub B).

Né mi pare che, per giustificare la sostituzione del lodo (emanato dagli arbitri d'appello) alla sentenza di primo grado sia necessario postulare l'esistenza di una concorde rinuncia delle parti agli effetti della sentenza impugnata, sia pure condizionata alla tempestiva pronuncia del lodo <sup>(43)</sup>. Invero, l'art. 824-*bis* c.p.c., riprodotto dal comma 2 dell'art. 1 d.l. 132/14, riconosce al lodo la stessa efficacia della sentenza del giudice togato, sicché non sembra esservi, sul piano sistematico <sup>(44)</sup>, alcun ostacolo che impedisca di ricollegare alla pronuncia degli arbitri un'efficacia direttamente sostitutiva della pronuncia togata di primo grado.

Il giudizio tempestivamente riassunto davanti agli arbitri sarà dunque a tutti gli effetti la prosecuzione del giudizio d'appello già instaurato davanti al giudice, con conseguente ultrattività (anche in virtù del disposto del comma 2 dell'art. 1 d.l. 132/14 che, come già ricordato, fa salve le preclusioni già intervenute) dei limiti alla cognizione del giudice d'appello derivanti dagli artt. 329, 2° comma, 342 e 346 c.p.c., come pure di quelli posti allo *ius novorum* dall'art. 345 c.p.c. <sup>(45)</sup>.

Una rilevante differenza tra l'appello davanti agli arbitri e quello davanti al giudice togato è peraltro rappresentata dall'assenza in capo ai primi del potere di disporre l'inibitoria della decisione impugnata ai sensi degli artt. 283 e 351 c.p.c. <sup>(46)</sup>. Questa conclusione appare imposta dalla disposizione dell'art. 818 c.p.c., secondo cui gli arbitri non possono concedere sequestri né altre misure cautelari: disposizione, com'è noto, rispondente ad una ben precisa (ancorché, probabilmente, ormai anacronistica) opzione di politica legislativa, non scalfita neppure dalla riforma del 2006, e che trova un'unica circoscritta deroga nell'art. 35 d.lgs. n. 5/03 che, in tema di arbitrato societario statutario, riconosce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia della deliberazione assembleare impugnata.

8. Sempre con riguardo al trasferimento disposto in grado d'appello, va osservato che, a differenza di quanto si verifica in primo grado (dove, in virtù del rinvio operato dal comma 1 dell'art. 1 d.l. 132/14, risulta applicabile la disciplina generale di cui agli artt. 820 ss.: *supra*, § 6), il comma 4 del d.l. 132/14 prevede che il lodo debba essere pronunciato

---

<sup>(43)</sup> Così invece BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 638; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 22 (ad avviso del quale, peraltro, gli arbitri sarebbero liberi di decidere il merito della lite prescindendo dalla sentenza di primo grado, sicché l'arbitrato in discorso si porrebbe quale « sostituto di tutti i gradi del processo »). Nel senso del testo, invece, BALENA, *Il trasferimento*, cit., par. 5, sub B).

<sup>(44)</sup> Né tanto meno su quello della legittimità costituzionale, evocato da BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 638.

<sup>(45)</sup> Limiti, gli uni e gli altri, che potranno forse ritenersi superabili dalla concorde volontà delle parti, fatta eccezione per il giudicato formatosi sulle parti di sentenza non impugnate a norma dell'art. 329 cpv.

<sup>(46)</sup> Analogamente, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 11.



entro il termine di centoventi giorni, prorogabile su accordo delle parti di ulteriori trenta giorni.

Si noti che, a differenza dell'art. 820 c.p.c., che prevede: *a*) una proroga disposta direttamente dalle parti mediante dichiarazioni scritte indirizzate agli arbitri e *b*) una proroga disposta dal presidente del tribunale su richiesta motivata di una delle parti o degli arbitri, l'art. 1 d.l. 132/14 considera l'accordo delle parti come semplice presupposto in grado di legittimare (ma non, a quanto pare, di imporre) una richiesta di proroga da parte degli arbitri. La norma, peraltro, tace in merito al destinatario di questa richiesta. Né la risposta appare scontata, dato che, per un verso parrebbe ragionevole ritenere che la richiesta di proroga vada indirizzata al capo dell'ufficio (tribunale o corte d'appello) dinanzi al quale era stato introdotto il procedimento poi trasferito in sede arbitrale; per altro verso, l'art. 820 c.p.c. (applicabile in forza del rinvio contenuto nel comma 1 dell'art. 1 d.l. 132/14) prevede per la proroga del termine la competenza del presidente del tribunale del luogo in cui è la sede dell'arbitrato: sicché è a quest'ultimo organo che sembrerebbe dover essere indirizzata la richiesta di proroga, anche quando il trasferimento in sede arbitrale sia stato disposto dalla corte d'appello <sup>(47)</sup>.

La disciplina della proroga dettata dall'art. 1 d.l. 132/14 parrebbe prevalere, quale *lex specialis*, su quella generale dettata dall'art. 820 c.p.c. Di conseguenza, appare da escludere l'applicabilità delle due ipotesi di proroga contemplate dal 3° comma di quest'ultima disposizione poc'anzi ricordate. Più dubbio è, invece, se la stessa conclusione sia destinata a valere anche per le ipotesi di proroga *ex lege* disciplinate dal 4° comma dell'art. 820, collegate ad eventi (quali l'assunzione di mezzi di prova o di consulenza tecnica, la pronuncia di lodo non definitivo o parziale o la modifica della composizione del collegio) che ben possono verificarsi anche nell'arbitrato in discorso <sup>(48)</sup>.

La previsione secondo cui « quando [...] il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. [...] Quando il processo è riassunto il lodo non può più essere pronunciato », indurrebbe a ritenere derogato anche l'art. 821 c.p.c. sulla possibilità di far

---

<sup>(47)</sup> Per analogia conclusione, GRADI, *Inefficienza della giustizia civile*, cit., 73. Nel senso che il riferimento alla richiesta da parte degli arbitri sarebbe frutto di un refuso, PUNZI, *La c.d. « degiurisdizionalizzazione »*, cit., 6.

<sup>(48)</sup> Per analoghi rilievi, CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., 1175; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 24. Nel senso invece che la disciplina della proroga dettata dal d.l. 132/14 sostituirebbe integralmente quella di cui all'art. 820 c.p.c., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 10.

valere la decadenza degli arbitri con atto notificato prima della deliberazione del lodo <sup>(49)</sup>.

Il lodo deve dunque essere pronunciato entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina. Se non viene pronunciato entro tale termine, la causa dovrà essere riassunta nei successivi sessanta giorni, pena l'estinzione del processo che darà luogo all'applicazione dell'art. 338 c.p.c.

In pendenza di questo secondo termine gli arbitri continuano però ad essere investiti della controversia perché è solo con la riassunzione in sede ordinaria che si determina l'impedimento alla pronuncia del lodo.

Il passaggio della causa dagli arbitri al giudice ordinario avviene dunque, per dir così, senza soluzione di continuità, nel senso che è solo con il determinarsi della pendenza in sede ordinaria che cessa la pendenza della lite davanti agli arbitri. Si tratta, se non ci inganniamo, di un fenomeno assolutamente inedito, poiché solitamente la *translatio iudicii* presuppone che il giudice (o, dopo Corte cost. n. 223/13 l'arbitro) *a quo* si sia previamente spogliato della controversia.

Ciò posto, mi pare si possano verificare diverse situazioni.

a) Nei sessanta giorni (successivi alla scadenza del termine per la pronuncia del lodo) il processo non viene riassunto, né è pronunciato il lodo: in tal caso la norma è chiara nel ricollegare all'inattività delle parti (e degli arbitri) l'estinzione del processo d'appello con conseguente applicazione dell'art. 338 c.p.c.

b) Nei sessanta giorni, prima che il processo venga riassunto in sede ordinaria, viene pronunciato il lodo. In tal caso non avrei dubbi nel ritenere che venga meno l'onere di riassumere il processo a pena di estinzione. Direi anzi che a seguito della pronuncia del lodo il processo non possa più essere riassunto, proprio perché il lodo ha posto fine al grado di giudizio.

c) L'ipotesi più delicata è peraltro quella in cui lodo venga pronunciato nonostante l'avvenuta riassunzione in sede ordinaria (avvenuta, evidentemente, prima del decorso dei sessanta giorni). Qui si pone il problema di stabilire se la parte soccombente abbia l'onere di proporre impugnazione per nullità o il lodo sia affetto da una sorta di nullità-inesistenza che lo renda *ex se* inefficace indipendentemente dall'impugnazione.

La soluzione preferibile è, a mio avviso, quest'ultima, perché, come si è visto, la riassunzione in sede ordinaria fa cessare la pendenza della lite davanti agli arbitri. Nello stesso senso depone altresì l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 1 d.l. 132/14, che disciplina i possibili esiti dell'impugna-

---

<sup>(49)</sup> Conf., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 10; nel senso invece che, decorsi i centoventi giorni, le parti potrebbero far valere la decadenza degli arbitri a norma dell'art. 821 c.p.c., BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge*, cit., 638; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 25; GRADI, *Inefficienza della giustizia*, cit., 77-78.

zione per nullità facendo esclusivo riferimento al lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni dall'accettazione della nomina o in ogni caso entro la scadenza del termine per la riassunzione in sede ordinaria <sup>(50)</sup>.

Resta da domandarsi se i termini previsti, rispettivamente, per la pronuncia del lodo e per la riassunzione in sede ordinaria siano soggetti alla sospensione feriale ai sensi della l. 7 ottobre 1969 n. 742. La risposta negativa parrebbe scontata per il primo dei due termini, quantomeno alla luce dell'orientamento espresso da Cass. 8 ottobre 2008, n. 24866, che ha dichiarato inapplicabile la sospensione feriale al termine per la pronuncia del lodo <sup>(51)</sup>. Quanto al termine di sessanta giorni per la riassunzione in sede ordinaria, la circostanza, sopra segnalata, che in pendenza di tale termine la causa continua a pendere davanti agli arbitri (i quali possono pronunciare il lodo) potrebbe indurre a considerare anche quest'ultimo un termine « interno » al giudizio arbitrale, come tale sottratto (sempre stando al predetto orientamento) alla sospensione feriale.

9. Il lodo pronunciato in grado d'appello è impugnabile (non per cassazione, bensì) per nullità (oltre che per revocazione straordinaria e opposizione di terzo), secondo la regola generale dell'art. 827 c.p.c. <sup>(52)</sup>.

Con particolare riferimento all'ipotesi di accoglimento dell'impugnazione per nullità, l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 1 d.l. 132/14 prevede che il processo d'appello deve essere riassunto (diremmo davanti al giudice ordinario presso il quale pendeva originariamente) <sup>(53)</sup> entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità (a pena, sembrerebbe, di estinzione del giudizio d'appello con conseguente applicazione dell'art. 338 c.p.c.).

La norma ha sicuramente l'effetto di derogare al disposto dell'art. 830, 3° comma, c.p.c., ai sensi del quale quando la corte d'appello non decide nel merito si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità del lodo dipenda dalla sua invalidità o inefficacia <sup>(54)</sup>.

Essa, tuttavia, omette di considerare che, ai sensi del 1° comma dell'art. 830 c.p.c., in non pochi casi la corte d'appello che ha dichiarato la nullità del lodo è chiamata anche a decidere il merito della causa.

---

<sup>(50)</sup> Analogamente, BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 10; nel senso invece che il lodo pronunciato nonostante l'avvenuta riassunzione sarebbe impugnabile per nullità, GRADI, *Inefficienza della giustizia*, cit., 79.

<sup>(51)</sup> In *Foro it.*, 2008, I, 3072; in questa *Rivista*, 2008, 223, con nota di UNGARETTI DELL'IMMAGINE; in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1401, con nota di PEZZANI.

<sup>(52)</sup> Giudica questa scelta « molto discutibile sul piano dell'opportunità » BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 11.

<sup>(53)</sup> Così anche GRADI, *Inefficienza della giustizia*, cit., 80. Nel senso, invece, che la riassunzione dovrebbe avvenire davanti a nuovi arbitri, NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 27.

<sup>(54)</sup> Conf., BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., 11.

Oltretutto, ben potrebbe darsi che la corte d'appello investita dell'impugnazione per nullità sia la stessa dinanzi alla quale era originariamente pendente il giudizio d'appello. Talché parrebbe ragionevole ritenere che almeno in quest'ultima ipotesi il merito dell'appello venga deciso, senza soluzione di continuità, dalla stessa corte, evitandosi così un'inutile riasunzione <sup>(55)</sup>.

*In order to decrease the number of court proceedings, Article 1 of the Italian Decree Law n.132/2014 provides that disputes pending in front of domestic courts could be transferred into arbitration proceedings. The Author analyzes the new provision, focusing on the critical issues that envisage a little use of the institute in practice.*

---

<sup>(55)</sup> Conf. BALENA, *Il trasferimento*, cit., par. 5, sub C).



## L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale

FABIO BORTOLOTTI (\*)

1. Lo sviluppo graduale di una prassi processuale internazionale. — 2. Le iniziative volte a « codificare » la prassi arbitrale internazionale. — 3. L'amministrazione della prova. — 4. Prove scritte e prove orali: *civil law* e *common law* a confronto. — 5. Le *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*. — 6. La prova scritta. — 6.1. Modalità di presentazione. — 6.2. Non estendibilità all'arbitrato internazionale dell'istituto della *discovery*. — 6.3. Richiesta di produzione di documenti secondo le *IBA Rules*. — 6.4. Conclusioni sulla richiesta di documenti. — 7. La prova orale. — 7.1. Ruolo centrale della prova orale nell'arbitrato internazionale. — 7.2. Equiparazione tra parti e testimoni. — 7.3. La « preparazione » dei testimoni. — 7.4. I *witness statements*. — 7.5. L'esame dei testi: *direct examination*, *cross examination* e *re-direct examination*. — 7.6. Organizzazione e gestione dell'udienza. — 8. La consulenza o testimonianza tecnica. — 8.1. Esperti nominati dalle parti. — 8.2. Esperto nominato dal tribunale arbitrale.

1. Nel contesto dell'arbitrato internazionale, caratterizzato da una sostanziale autonomia riconosciuta alle parti e agli arbitri, si sta gradualmente sviluppando una prassi procedurale uniforme <sup>(1)</sup> che tende ad avvicinare modalità processuali sviluppatesi rispettivamente nei paesi di *civil law* e di *common law*, e che si differenzia sensibilmente dalla disciplina della procedura civile negli ordinamenti nazionali. Come affermano efficacemente gli autori di un manuale sull'arbitrato internazionale <sup>(2)</sup>,

« ... *The only certainty is that the parties' counsel should not bring the rule books from their home courts with them. The rules of civil procedure that govern*

---

(\*) Già professore associato nella Università di Torino.

(1) Il che non esclude che una procedura arbitrale internazionale possa essere condotta secondo le regole e tradizioni prevalenti in un determinato ordinamento, specialmente quando le parti a gli arbitri appartengano al medesimo paese.

(2) BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN, HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, 362.

*proceedings in national courts do not apply in arbitration unless the parties expressly agree to adopt them.* ».

Dare una descrizione precisa della prassi processuale internazionale è ovviamente impossibile, proprio perché espressione dell'autonomia delle parti e degli arbitri, e quindi soggetta a variare da un caso all'altro a seconda delle preferenze degli arbitri e delle parti. Con tutto ciò, è innegabile che si vanno affermando delle tendenze generali comuni, condivise dalla maggior parte degli arbitri internazionali, di cui cercherò di rendere conto nel presente articolo.

Tra queste possiamo menzionare innanzitutto quella di riconoscere un ruolo fondamentale alla prova orale <sup>(3)</sup>. Nel contesto di una procedura arbitrale internazionale assume un'importanza fondamentale l'udienza dedicata all'esame dei testimoni, con un'attiva partecipazione (anche attraverso la *cross-examination*) degli avvocati delle parti. Ma non solo. Mentre nella tradizione di alcuni Paesi di *civil law* viene distinta, ai fini della prova, la posizione delle parti e quella dei testimoni, nell'arbitrato internazionale è ormai pacifico che non vi è alcuna differenziazione <sup>(4)</sup> (fatta eccezione per il fatto che le parti assistono a tutta l'udienza mentre gli altri testi sono presenti solo durante la loro deposizione, sempre che le parti non si accordino in altro modo). Ora, ciò permette alla parte di giocare, attraverso la sua testimonianza diretta, un ruolo assai più incisivo di quello normalmente consentito dalle regole processuali dei paesi di *civil law*.

Sempre con riferimento alla prova orale, una pratica sempre più diffusa consiste nel richiedere alle parti la presentazione di *witness statements*, che serviranno come base per l'esame dei testimoni nel corso dell'udienza. Questi *witness statements* vengono preparati con l'assistenza dell'avvocato della parte che presenta il teste, il che può apparire sorprendente a chi è uso ad un sistema processuale che non consente una prassi di questo tipo <sup>(5)</sup>. Così, anche in arbitrati tra parti di *civil law* e con avvocati di *civil law* è ormai comunemente accettato che i testimoni redigano delle dichiarazioni testimoniali con l'assistenza degli avvocati della parte che li presenta e che questi vengano liberamente interrogati dagli avvocati delle due parti e dagli arbitri.

---

<sup>(3)</sup> Così, ad esempio, i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali prevedono che si debba tenere un'udienza se una delle parti lo richiede: art. 27(1) *SCC Institute Rules*; art. 25(6) *Regolamento CCI*; art. 19(1) *LCIA Arbitration Rules*: « Any party which expresses a desire to that effect has the right to be heard orally before the Arbitral Tribunal on the merits of the dispute, unless the parties have agreed in writing on documents-only arbitration. »

<sup>(4)</sup> In quanto la valutazione dell'attendibilità di quanto dichiarato è rimessa agli arbitri, senza regole o presunzioni precostituite.

<sup>(5)</sup> A questo proposito va tenuto presente che il rischio che l'avvocato influenzi il teste è controbilanciato dalla facoltà offerta all'altra parte di procedere alla *cross examination*.

2. Se è vero che non è possibile enucleare con precisione una prassi processuale comune dell'arbitrato internazionale, è comunque possibile avere un quadro delle tendenze in atto attraverso una serie di linee guida e regole non obbligatorie elaborate a livello internazionale.

A questo proposito conviene menzionare innanzitutto le *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, di cui è stata pubblicata una nuova versione nel 2012. Queste note mirano soprattutto a fornire una *checklist* delle questioni da affrontare nell'organizzazione di una procedura arbitrale internazionale con una descrizione delle varie soluzioni che si possono adottare, senza peraltro imporre alcun obbligo alle parti e agli arbitri. Esse affrontano tutta una serie di questioni che potranno essere disciplinate all'inizio o nel corso della procedura, riguardanti, ad es., lingua dell'arbitrato, sede, modalità di redazione e trasmissione delle memorie scritte, individuazione delle questioni controverse, modalità di preparazione e audizione dei testimoni, organizzazione delle udienze, ecc.

Per quanto riguarda in particolare l'amministrazione della prova, assumono un'importanza fondamentale le *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, ora disponibili nella versione del 2010, che dettano una serie di principi in materia prove scritte (con particolare riferimento alla questione molto discussa della *discovery*), prove orali e udienze. Le *IBA Rules* possono essere richiamate espressamente dalle parti e dagli arbitri, venendo in tal modo a far parte delle regole applicabili alla procedura arbitrale in questione. Tuttavia, la tendenza più diffusa tra gli arbitri è di limitarsi a considerarle come linee guida alle quali gli arbitri possono ispirarsi senza essere obbligati alla loro osservanza.

Finalmente, conviene menzionare le Linee guida dell'IBA sulla rappresentanza delle parti nell'arbitrato internazionale (*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*) del 25 maggio 2013<sup>(6)</sup> che dettano una serie di principi relativamente alla condotta dei rappresentanti delle parti nelle procedure arbitrali internazionale, ispirate al principio secondo cui:

« ... party representatives should act with integrity and honesty and should not engage in activities designed to produce unnecessary delay or expense, including tactics aimed at obstructing the arbitration proceedings ».

---

<sup>(6)</sup> Su cui v., tra gli altri, HONLET, *The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, in *J. int'l arb.*, 2013, 701 ss.; SCHNEIDER, *President's Message: Yet another Opportunity to Waste Time and Money on Procedural Skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representation*, in *ASA Bull.*, 2013, 497 ss.; MOURRE, ZULETA JARAMILLO, *The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, 105-114; SUSSMAN, *Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2013, 98-105.



Questo « codice deontologico » dell'arbitrato internazionale affronta una serie di questioni, quali, ad esempio, le modalità di comunicazione del rappresentante della parte con gli arbitri, il divieto di dichiarazioni di cui si conosca la falsità, l'obbligo di avvisare le parti sugli obblighi relativi a documenti richiesti dalla controparte <sup>(7)</sup>, i rapporti con i testimoni potenziali e i possibili rimedi in caso di inosservanza.

A proposito di questa crescente tendenza verso una « codificazione » della prassi processuale dell'arbitrato internazionale, è opportuno sottolineare come essa comporti il rischio di una progressiva « processualizzazione » dell'arbitrato internazionale, che potrebbe avere l'effetto di allontanare gli utilizzatori, che confidano in una procedura semplice e (relativamente) rapida, dalla soluzione arbitrale <sup>(8)</sup>. In quest'ottica è essenziale evitare che regole di procedura dettagliate vengano a far parte della procedura arbitrale e possano quindi essere invocate nel corso della stessa o successivamente come motivo di impugnazione del lodo. In altri termini, è importante che qualsiasi riferimento a regole di questo tipo sia effettuato in modo tale da chiarire che si tratta di principi dai quali gli arbitri possono trarre ispirazione, senza che ciò limiti in alcun modo il loro potere di decidere discrezionalmente, tenendo conto delle specifiche esigenze del caso di specie.

3. In materia di amministrazione della prova l'autonomia degli arbitri non incontra praticamente alcun limite, salvo, ovviamente, quello del rispetto dei principi fondamentali di un equo processo. A questo proposito l'art. 18 della Legge Modello dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale stabilisce che:

*« The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case ».*

Infatti, nei paesi che dispongono di una normativa moderna in materia di arbitrato, si tende a riconoscere agli arbitri ed alle parti la libertà di organizzare l'amministrazione delle prove con la massima libertà, fissando al massimo qualche principio generale, come quello che le prove orali possono essere escluse solo in presenza di accordo delle parti, come disposto dall'art. 24(1) della Legge Modello, secondo cui:

---

<sup>(7)</sup> Queste disposizioni, che mirano ad assicurare che la parte tenga un comportamento corretto riguardo a documenti oggetto di una richiesta di *disclosure* (evitando di distruggere o nascondere documenti rilevanti, ricercando diligentemente tutti i documenti richiesti, ecc.), sono quanto mai discutibili nell'ottica di un giurista di *civil law*, in quanto presuppongono un obbligo generalizzato di *disclosure*, incompatibile con il diritto alla riservatezza, come riconosciuto generalmente in questi ordinamenti.

<sup>(8)</sup> V. ad es., DRAETTA, *The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization*, in *ASA Bulletin*, 2015, 327-342 e SCHNEIDER, *President's Message*, cit..

« Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party. ».

Anche i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali riconoscono agli arbitri la massima libertà in materia, come mostra l'art. 24 del regolamento CCI, intitolato « Istruzione della causa » riportato qui di seguito:

1. Il tribunale arbitrale istruisce la causa nei termini più brevi con tutti i mezzi appropriati.

2. Dopo l'esame delle memorie scritte delle parti e di tutti i documenti su cui esse fanno affidamento, il tribunale arbitrale sente le parti personalmente in contraddittorio se richiesto da una di esse, e, in difetto, può decidere d'ufficio di sentirle.

3. Il tribunale arbitrale può decidere di sentire testimoni, esperti nominati dalle parti od ogni altra persona, in presenza delle parti o in loro assenza, a condizione che esse siano state debitamente convocate.

4. Il tribunale arbitrale, sentite le parti, può nominare uno o più esperti, definirne il mandato e riceverne i rapporti. Su richiesta di una parte, in udienza le parti possono porre domande all'esperto nominato dal tribunale arbitrale.

5. In ogni momento durante il procedimento, il tribunale arbitrale può chiedere alle parti di fornire prove ulteriori.

6. Il tribunale arbitrale può statuire in base ai soli documenti prodotti dalle parti, salvo che una di esse richieda un'udienza.

È interessante notare come tale norma prescriva che, in presenza della richiesta di una delle parti, debbano essere sentite personalmente le parti e debba essere tenuta un'udienza, sottolineando quindi l'esigenza di una fase orale che potrà essere esclusa solo se nessuna delle parti vi si oppone. Inoltre, il 5° comma della norma chiarisce, a scanso di equivoci, che gli arbitri hanno il potere di richiedere prove ulteriori rispetto a quelle presentate dalle parti, permettendo quindi, ove gli arbitri così decidano, un approccio più « inquisitorio » in materia.

Possiamo quindi concludere che la disciplina dell'amministrazione della prova è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità degli arbitri, che potranno stabilire le rispettive regole all'inizio della procedura e nel corso della stessa, cercando, nei limiti del possibile, il consenso delle parti.

Questa amplissima libertà costituisce a ben vedere uno degli aspetti più positivi dell'attuale disciplina dell'arbitrato internazionale, in quanto permette di adattare di volta in volta la disciplina delle prove alle specifiche esigenze del caso concreto, tenendo conto delle tradizioni culturali degli arbitri, delle parti e dei loro difensori.

Così, si potrà scegliere tra uno scambio consecutivo o simultaneo di memorie; si potrà prevedere o meno una procedura di produzione di documenti, prima o dopo l'udienza; si potrà imporre la presentazione di

*witness statements* o semplicemente richiedere l'indicazione dei testimoni prima dell'udienza; si potrà prevedere la nomina di un perito da parte del tribunale o dei periti di parte, ecc. ecc..

Quanto sopra, però, non esclude che si vada affermando, sia pure nel contesto di una serie di possibili soluzioni alternative, una prassi comune, seguita in modo abbastanza costante dagli arbitri e dalle parti. Di questa si cercherà appunto di rendere conto nei prossimi paragrafi.

4. Nel descrivere le attuali tendenze in materia di disciplina delle prove è inevitabile partire da un discorso generale sulle differenze tra gli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, pur tenendo presente che tale discorso può farsi solo in termini generalissimi, considerando che anche all'interno delle due famiglie di *common law* e *civil law* sussistono differenze sostanziali.

Un primo aspetto che va messo in luce è costituito dal diverso ruolo del giudice. Come affermano Poudret e Besson <sup>(9)</sup>:

« ... les deux systèmes se distinguent par le rôle du juge en procédure. En *common law*, la mission du juge est de départager les allégations et opinions divergentes des parties et de trancher les conflits qui jalonnent la marche du procès. Sur le Continent, son rôle est d'établir la vérité, donc plus actif, en particulier dans la conduite de l'instance qui échappe souvent dans une assez large mesure au contrôle des parties. ».

Ma, soprattutto, è profondamente differente l'importanza attribuita rispettivamente allo scambio di memorie scritte e all'udienza orale. Mentre nei sistemi di *civil law* le prove scritte costituiscono il fulcro della procedura e la base principale della decisione del giudice, nei sistemi di *common law* tutto ruota intorno alla presentazione orale nel corso di un'udienza che può durare giorni o, addirittura, settimane. In altri termini, mentre nei sistemi di *civil law* l'udienza mira essenzialmente all'acquisizione della prova orale <sup>(10)</sup>, in aggiunta a quella scritta, che comunque mantiene un peso preponderante, nei sistemi di *common law*, essa serve anche a presentare, spiegare e confermare, attraverso i testimoni, quanto contenuto nella prova scritta <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> POUURET, BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich-Bâle-Genève, 2002, 512.

<sup>(10)</sup> Quando il tribunale ritiene che vi si debba ricorrere. Cfr. VAN HOUTTE, *Counsel-Witness Relations and Professional Misconducts in Civil Law Systems*, in *Arb. Int'l.*, 2003, 457, il quale afferma che in trent'anni di esperienza professionale in Belgio ha visto solo due casi commerciali in cui sono stati sentiti dei testimoni.

<sup>(11)</sup> Questa impostazione si spiega storicamente con il ruolo assunto, soprattutto in passato, dalle giurie popolari, alle quali i fatti (inclusi eventuali documenti probatori) dovevano essere spiegati oralmente da persone interrogate e controinterrogate dai difensori delle parti: v. DERAIS, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 2004, 781 ss., 787.

Ora, sotto questo aspetto si assiste indubitabilmente ad un graduale avvicinamento tra le due impostazioni: da un lato i giuristi di *common law* hanno preso atto dell'importanza dello scambio di memorie scritte onni-comprehensive<sup>(12)</sup>, mentre d'altro canto i giuristi di *civil law* accettano ormai quasi universalmente il ruolo centrale attribuito alla prova testimoniale e al suo approfondimento attraverso la partecipazione attiva dei difensori delle parti (inclusa la *cross-examination*), nonché all'audizione diretta delle parti.

Possiamo quindi concludere che la prassi arbitrale attuale tende verso un ragionevole equilibrio tra prove scritte e orali, grazie alla reciproca influenza esercitata da giuristi delle due famiglie giuridiche. A ciò hanno dato un contributo sostanziale le *IBA Rules of Evidence*, come vedremo nel prossimo paragrafo.

5. Le *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, nel testo aggiornato nel 2010, rappresentano un importante tentativo di «codificare» la prassi arbitrale esistente, ricercando un ragionevole compromesso tra le rispettive tradizioni procedurali di *common law* e di *civil law*<sup>(13)</sup>.

Come già accennato in precedenza, gli arbitri mostrano spesso una certa reticenza davanti alla richiesta delle parti di richiamare espressamente le *IBA Rules on Evidence* come norme applicabili alla procedura arbitrale. Ciò è dovuto soprattutto al desiderio di mantenere la massima flessibilità nella gestione della procedura e di evitare che una parte possa invocare pretestuosamente la violazione di una disposizione delle stesse. Di qui la tendenza a richiamare le *IBA Rules* in termini generali come principi guida a cui gli arbitri potranno fare riferimento, senza che ciò limiti in alcun modo il loro potere di condurre la procedura arbitrale.

Una clausola frequentemente utilizzata nell'atto di missione o nelle ordinanze di procedura è la seguente:

«The arbitral tribunal shall seek guidance from, but not be bound by, the (2010) IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration.».

Sia pure entro questi questi limiti, le *IBA Rules* costituiscono una fonte di *soft law* della massima importanza, in quanto permettono di avere

---

<sup>(12)</sup> Cfr. ad es., ELSING, TOWNSEND, *Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration*, in *Arb. Int'l*, 2002, 59 ss..

<sup>(13)</sup> VON SEGESSER, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 2010, 735 ss.; COHEN KLÄSENER, DOLGORUKOW, *Die Überarbeitung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SchiedsVZ*, 2010, 202 ss.; MARTÍNEZ-FRAGA, *King or Arbitrator: Exploring the Inherent Authority of Arbitrators to Impose Sanction within the Framework of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *Rev. Club Español Arbitraje*, 2011, 57-75; KÜHNER, *The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *J. Int'l. Arb.*, 2010, 667 ss..

un quadro aggiornato delle attuali tendenze e della prassi internazionale prevalente in materia di amministrazione della prova, a cui gli arbitri e le parti possono fare (e sovente fanno) riferimento nel corso della procedura arbitrale per individuare soluzioni eque e al tempo stesso conformi alle esigenze del caso di specie.

6. Abbiamo visto come la prova scritta assuma un peso preponderante nei sistemi di *civil law*, mentre nei sistemi di *common law* essa svolge un ruolo secondario rispetto alla prova orale, considerata di regola necessaria per confermare la validità del documento scritto <sup>(14)</sup>.

Sotto questo profilo la prassi attuale, mentre da un lato attribuisce alla prova orale un peso maggiore di quello tradizionalmente riconosciuto nei sistemi di *civil law*, tende al tempo stesso a riconoscere un ruolo altrettanto importante alla prova scritta <sup>(15)</sup>.

6.1. È prassi usuale che le prove scritte vengano presentate in allegato alle memorie iniziali, prima dell'udienza di audizione dei testimoni. La presentazione di ulteriori documenti, non sarà di regola ammessa, salvo che il tribunale arbitrale lo consideri giustificato (ad es. per prove su fatti emersi durante l'udienza).

Quanto alla individuazione dei documenti da produrre, le *IBA Rules of Evidence* prevedono all'art. 3.1 che la parte debba produrre « *all documents available to it on which it relies* », eccetto quelli già prodotti da un'altra parte. È da ritenersi che ciò vada inteso nel senso che essa può scegliere liberamente i documenti a supporto delle proprie tesi, omettendo la produzione di documenti sfavorevoli alla stessa (sia pure entro il limite dell'obbligo di buona fede, che potrebbe considerarsi violato quando il gioco delle omissioni porti ad una presentazione volutamente distorta e quindi sostanzialmente non veritiera <sup>(16)</sup>).

Per quanto riguarda gli aspetti formali, nell'arbitrato internazionale non è richiesto che l'autenticità del documento sia provata per testimoni

---

<sup>(14)</sup> Cfr. ad es., DIERYCK, *Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 1988, 267 ss., 270. Cfr. anche Poudret, Besson, *Arbitrage international*, cit., 512: « *En common law les écritures visent principalement à déclencher le processus judiciaire, mais ne lient pas les parties qui développent oralement tous leurs arguments lors de l'audience de jugement.* ».

<sup>(15)</sup> LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, 556: « *As a general rule written presentations in international arbitration are extensive and are the principal means of evidence.* ».

<sup>(16)</sup> Cfr. WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, 830-831: « *A failure to provide relevant, albeit adverse evidence may be a breach of a duty to engage in arbitration in good faith. In most cases, it would be highly misleading to present selective favourable documents. In extreme cases it would be tantamount to fraud if the selective documents suggested a contrary factual picture to that known by claimant to be the reality.* ».

(come normalmente richiesto nei sistemi di *common law*), in quanto essa si presume fino a prova contraria<sup>(17)</sup>. Né è necessaria la presentazione di un originale del documento, salvo che lo richieda il tribunale arbitrale<sup>(18)</sup>.

6.2. Una questione che ha dato luogo in passato ad accese discussioni è quella relativa al ricorso alla *discovery* nel contesto dell'arbitrato internazionale.

Com'è noto, nei sistemi di *common law*, ed in particolare negli Stati Uniti, si prevede il diritto delle parti di richiedere all'altra parte, sin dalle prime fasi della procedura, una serie di documenti di cui si può presumere che la controparte abbia la disponibilità (ad es. verbali del consiglio di amministrazione, resoconti di riunioni, corrispondenza interna tra dirigenti e funzionari della società, ecc.), indipendentemente dal fatto che si tratti di documenti favorevoli o sfavorevoli alla parte richiesta. Ciò comporta anzitutto l'obbligo di non occultare o distruggere dati che potrebbero essere rilevanti per un accertamento dei fatti<sup>(19)</sup>. Inoltre, la consapevolezza di essere soggetti ad obblighi di questo tipo, porterà le parti da un lato ad essere prudenti nel predisporre documenti che potrebbero essere utilizzati a suo danno dalla controparte nel processo e dall'altro a prendere le necessarie precauzioni affinché certi documenti rientrino tra quelli non soggetti a *disclosure*, in particolare attraverso l'istituto del *professional legal privilege*.

Al contrario, nei sistemi di *civil law* si parte dall'idea che l'attore debba disporre delle prove necessarie prima di iniziare la causa e che non possa cercare di ottenerle dalla controparte nel corso della controversia. Inoltre, essendo pacifico che la parte non è tenuta — se non in casi particolari — a svelare alla controparte eventuali informazioni interne, essa si verrebbe a trovare sostanzialmente svantaggiata rispetto ad una controparte di *common law* davanti ad una azione di *discovery*.

In considerazione di queste differenze fondamentali<sup>(20)</sup>, è ormai riconosciuto in termini generali che l'istituto della *discovery*, secondo le

---

<sup>(17)</sup> WAICYMER, *Procedure*, cit., 827-828.

<sup>(18)</sup> *IBA Rules of Evidence*, art. 3.12(a).

<sup>(19)</sup> Cfr. BORN, *International Commercial Arbitration*, second edition, Kluwer Law International 2014, 2367, secondo il quale queste « *litigation holds* » giocano un ruolo minore nell'arbitrato internazionale. Sotto questo aspetto può considerarsi criticabile la previsione contenuta al punto 12 delle *IBA Guidelines on Party Representation* secondo cui « *When the arbitral proceedings involve or are likely to involve Document production, a Party Representative should inform the client of the need to preserve, so far as reasonably possible, Documents, including electronic Documents that would otherwise be deleted in accordance with a Document retention policy or in the ordinary course of business, which are potentially relevant to the arbitration* ».

<sup>(20)</sup> V. POUDET, BESSON, *Arbitrage international*, cit., 587: « ... il existe une différence fondamentale entre les mesures visant à obtenir la production de documents selon les droits de tradition civiliste et les procédures de *discovery* ».

modalità descritte sopra, non sia utilizzabile nell'arbitrato internazionale (se non tra parti che condividano questa impostazione, come ad es. tra due società statunitensi).

A questo proposito è stato affermato <sup>(21)</sup> che:

« ... in principle, discovery as understood in the common law systems does not have a place in international commercial arbitration. Parties rely on the documents in their possession and there is no obligation to produce copies of internal and confidential documents merely because requested by the opposing party. ».

Ciò ha portato i redattori delle *IBA Rules of Evidence* ad elaborare delle regola che permettessero di superare il divario tra i due orientamenti al fine di

« ... avoid on the one hand the excesses attributed to the common law system (notably as it had developed in the U.S.) and, on the other hand, to curb the approach in many civil law jurisdictions by which any intrusion into one's files was deemed inappropriate, and asking a party to produce from its files documents to assist its opponent in proving its case, was anathema » <sup>(22)</sup>.

6.3. L'art. 3.3 delle *IBA Rules* detta una serie di requisiti che debbono essere rispettati nel presentare una richiesta di produzione (*Request to produce*), come indicato qui di seguito.

A Request to Produce shall contain:

(a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or  
(ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner;

(b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and

(c) (i) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and

(ii) a statement of the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party.

È quindi necessario che la richiesta di produzione riguardi documenti identificati specificamente o facenti parte di una categoria strettamente delimitata che possa ragionevolmente ritenersi esistente, il che dovrebbe almeno in teoria escludere forme di *discovery* troppo ampie (*fishing expeditions*). Inoltre la parte richiedente deve indicare i motivi per cui i

---

<sup>(21)</sup> LEW, MISTELIS, KRÖLL, *International Arbitration*, cit., 567.

<sup>(22)</sup> DEWITT WIJNEN, *Collection of Evidence in International Arbitration* in FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, ARIAS (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010, 351.

documenti richiesti sono rilevanti per il caso e determinanti per il suo esito, nonché perché ritiene che l'altra parte ne abbia la disponibilità.

Problemi particolari si presentano per i documenti in forma elettronica <sup>(23)</sup>.

Come nota giustamente Born,

«... e-disclosure can impose very substantial costs, because locating, reviewing and producing large volumes of electronic data can be time-consuming and expensive. Reviewing hundreds of thousands or millions of documents, retained in electronic format on a party's servers, for relevance and materiality, privilege and the like can potentially involve dozens of personnel and weeks or months of effort. These costs can be greatly increased where a party seeks electronic data that has been deleted. Increasingly, parties and law firms retain specialist electronic discovery firms to assist in the data collection and review process.» <sup>(24)</sup>.

Se ciò non può costituire una ragione per escludere *a priori* tali documenti dall'obbligo di produzione, è comunque necessario evitare che la loro ricerca comporti tempi ed oneri inaccettabili. Per tener conto di questa preoccupazione l'art. 3.3(a)(ii) delle *IBA Rules* prevede espressamente la possibilità di individuare criteri di delimitazione ulteriormente restrittivi, in funzione di una ricerca efficiente ed economica degli stessi.

La richiesta di produzione va fatta all'altra parte e al tribunale arbitrale. Se l'altra parte si oppone (come accade frequentemente) essa dovrà indicare per iscritto i motivi (che potranno consistere nell'assenza dei requisiti di cui all'art. 3.3 oppure nella presenza di uno dei motivi indicati nell'art. 9, come il segreto professionale o *legal privilege*) e la parte richiedente risponderà a sua volta a tali obiezioni. Se poi le parti non si accordano spontaneamente, sarà il tribunale arbitrale a decidere sull'ammissibilità della richiesta ordinando, in caso affermativo, la produzione dei documenti nella misura ritenuta giustificata. In particolare, l'articolo 9(2) delle *IBA Rules on Evidence* stabilisce quanto segue:

The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable;
- (c) unreasonable burden to produce the requested evidence;
- (d) loss or destruction of the Document that has been shown with reasonable likelihood to have occurred;

---

<sup>(23)</sup> Su tale problematica, v. l'interessante studio di un gruppo di lavoro della CCI: ICC, *Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration*. ICC 2012.

<sup>(24)</sup> BORN, *Int'l commercial arbitration*, cit., 2368.



(e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling;

(f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or

(g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.

Un punto particolarmente critico è quello relativo al cosiddetto *legal privilege*, e cioè il diritto di opporsi alla richiesta di produzione i documenti relativi a comunicazioni tra avvocato e cliente. Infatti, questo istituto tende a configurarsi diversamente da un paese all'altro: in particolare nei paesi di *civil law* l'assenza di un ampio obbligo di *disclosure* ha fatto sì che la questione assumesse un rilievo secondario<sup>(25)</sup>.

Così, ad es., in alcuni paesi il *legal privilege* si applica solo ai rapporti con l'avvocato esterno, mentre in altri esso vale anche per il legale interno<sup>(26)</sup>.

Ora, ciò significa un eventuale approccio al problema basato sull'individuazione della legge applicabile<sup>(27)</sup> non appare sufficiente in quanto porterebbe a creare delle disuguaglianze inaccettabili tra parti di diversi paesi. Di ciò tengono conto le *IBA Rules* riconoscendo al tribunale arbitrale la massima discrezionalità, prevedendo in particolare all'art. 9(2)(g) che lo stesso tenga conto di

« ... considerazioni di economia processuale, proporzionalità, equità o uguaglianza delle parti... »<sup>(28)</sup>.

Un altro aspetto rilevante riguarda l'opponibilità di motivi di riservatezza commerciale o tecnica. Qui, però, potranno esserci degli spazi per definire modalità di assunzione della prova (ad es. attraverso l'intervento di un terzo) che permettano di escludere che informazioni riservate vengano messe a disposizione dell'altra parte.

In questo contesto non è infrequente l'uso di una tabella (la cosiddetta *Redfern Schedule*, dal nome di chi l'ha proposta) indicante le rispettive posizioni delle parti sulle varie richieste di esibizione, di cui si riporta qui di seguito un esempio.

---

<sup>(25)</sup> BORN, *Int'l commercial arbitration*, cit., 2376.

<sup>(26)</sup> Cfr. WAINCYMER, *Procedure*, cit., 811; HUNTER, TRAVAINI, *Electronically Stored Information and Privilege in International Arbitration*, in FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, ARIAS (eds), La Ley, 2010, 618-619.

<sup>(27)</sup> Che porterebbe verosimilmente ad applicare la legge della sede d'affari della parte con cui sono avvenute le comunicazioni avvocato-cliente: BERGER, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*, in *Arb. Int'l.*, 2006, 501 ss., 511

<sup>(28)</sup> Sulla base di tali criteri generali il tribunale arbitrale potrà applicare ad ambedue le parti la legge che prevede la protezione più ampia; ad es., se una legge prevede il *legal privilege* unicamente per gli avvocati esterni e l'altra no, estendere la protezione agli avvocati interni ad ambedue le parti. Cfr. BERGER, *Evidentiary Privileges*, cit., 517-520.

Esempio di Redfern Schedule				
Requesting party	Requested document(s)	Ground for request	Objections to request	Tribunal's comments
Claimant	Respondent's internal correspondence between February 2008 - May 2008 regarding the decision to terminate the contract.	This requested information is necessary in order to clarify the reasons of termination.	Request not relevant or material to the outcome of the case.	

La procedura relativa alla produzione di documenti potrà essere prevista già all'inizio dell'arbitrato (nei *terms of reference* o nella prima ordinanza di procedura), oppure potrà essere decisa dagli arbitri in seguito nel caso in cui ve ne sia bisogno, ispirandosi in misura maggiore o minore alle *IBA Rules*.

6.4. Se è vero che i criteri contenuti nelle *IBA Rules* permettono di organizzare procedure ragionevoli ed equilibrate per eventuali richieste di documenti, va comunque considerato che questa prassi, che tende comunque ad espandersi in tempi recenti, può di fatto portare risultati non dissimili dalla vera e propria *discovery*. Come notano Poudret e Beson (29), le restrizioni contenute nelle *IBA Rules*

« ... ne suffisent pas à éviter les requêtes de production de pièces « investigatoires » qui semblent se multiplier dans la pratique actuelle. En effet, il est possible de soumettre aux arbitres un document contenant des nombreuses requêtes spécifiques portant chacune sur des documents commerciaux usuels dont dispose chaque entreprise (procès-verbaux du conseil d'administration, rapports au conseil de fondation, business plans, etc.), dans le but principal de découvrir une information interne. De telles requêtes sont animés par l'esprit du discovery tout en utilisant des techniques juridiques plus proches de la tradition civiliste. ».

Inoltre, in certi casi le richieste di produzione di documenti possono assumere dimensioni e complessità notevoli, al punto da giustificare in casi estremi il ricorso ad un esperto indipendente (*document-production expert*) (30).

È quindi opportuno che gli arbitri usino il loro potere di indirizzo per limitare l'uso di questo strumento nei casi in cui lo stesso possa complicare e allungare irragionevolmente la procedura arbitrale.

Sotto questo profilo il tribunale arbitrale tenderà di regola a non ammettere richieste di produzione presentate prima dello scambio iniziale

(29) POUURET, BESSON, *Arbitrage international*, cit., 588.

(30) VAN HOUTTE, *The Use of an Expert to Handle Document Production: IBA Rules on the Taking of Evidence (Art. 3(7))*, in ICCA, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Congress series, vol. 13, 622 ss.

di memorie <sup>(31)</sup>, preferendo che le stesse vengano discusse dopo lo scambio di memorie scritte, o persino dopo l'udienza, ove ritengano di potersi pronunciare con maggiore cognizione di causa dopo aver sentito le parti e i testimoni.

Un altro aspetto che richiede un approccio prudente è quello relativo alla scelta se prevedere in via preventiva (nell'atto di missione o nella prima ordinanza di procedura) una procedura apposita o se non sia meglio affrontare la questione in seguito, ove essa si presenti in concreto. La prima soluzione ha l'indubbio vantaggio di stabilire sin dall'inizio delle regole accettate dalle parti; al tempo stesso però, essa comporta un allungamento dei tempi ed un invito alle parti di usufruirne.

7.-7.1. Abbiamo visto come la prova orale assuma nell'ambito dell'arbitrato internazionale un ruolo più importante di quanto avviene normalmente nei sistemi processuali di *civil law*. La presentazione del caso, attraverso la testimonianza diretta dei protagonisti della vicenda oggetto di controversia e la discussione che ne consegue, con un'attiva partecipazione dei legali delle parti e degli arbitri, costituisce uno strumento essenziale per un accertamento approfondito dei vari elementi controversi.

7.2. Mentre nei diritti processuali dei paesi di *civil law* è frequente la previsione secondo cui le parti e i loro rappresentanti non possono essere sentiti come testimoni, negli ordinamenti di *common law* questa differenza non esiste: le parti possono testimoniare alla pari dei terzi, salvo che, ovviamente, il giudice potrà valutarne diversamente la credibilità.

La tradizione civilistica si basa da un lato sull'idea che colui che è parte in causa non possa fornire una testimonianza attendibile <sup>(32)</sup> e dall'altro sull'esigenza di non costringere una parte, vincolata a dichiarare il vero sulla base del giuramento, a fare dichiarazioni contro se stessa.

Nei sistemi di *common law* la questione si pone in termini diversi, da un lato perché la minore attendibilità del testimone-parte è controbilanciata dalle possibilità offerte all'altra parte di verificare la sua credibilità attraverso la *cross-examination*, e dall'altro perché vige il principio per cui la parte è tenuta a comunicare anche informazioni contrarie al suo interesse.

Nella prassi dell'arbitrato internazionale risulta ormai pacificamente ammessa la piena equiparazione della parte ai testimoni. A questo pro-

---

<sup>(31)</sup> Cfr. WAINCYMER, *Procedure*, cit., 844-855.

<sup>(32)</sup> Cfr. il principio affermato della giurisprudenza francese secondo cui « *nul ne peut être témoin dans sa propre cause* »: v. CAMBOULIVE, *Compatibilité des rôles de partie et de témoin en droit français de l'arbitrage international*, note sous Paris, Pôles 1 - Ch. 1, 10 janvier 2012, in *Rev. arb.*, 2012, 416 ss.

posito è significativa l'espressa precisazione contenuta nell'art. 4(2) delle IBA Rules of Evidence, secondo cui:

« Any person may present evidence as a witness, including a Party or a Party's officer, employee or other representative. ».

In tal modo si dà agli arbitri la possibilità di sentire ed interrogare direttamente i « protagonisti » della vicenda, il che costituisce un indubbio vantaggio in vista dell'accertamento della verità.

Ma a ciò si aggiunge un ulteriore elemento. La possibilità offerta alla parte, e quindi di regola ad uno o più protagonisti della vicenda, di spiegare oralmente la propria posizione, può costituire, in alcuni casi, uno strumento di convincimento ben più efficace delle memorie scritte predisposte dai difensori <sup>(33)</sup>.

È quindi importante, quando si impostano le strategie processuali, decidere quale ruolo attribuire alla testimonianza dei rappresentanti della parte e preparare tali soggetti all'udienza.

7.3. Un altro principio che può ormai considerarsi acquisito nell'arbitrato internazionale è quello relativo al diritto dei difensori delle parti di sentire preventivamente i potenziali testimoni e di « prepararli » all'udienza, redigendo insieme a loro l'eventuale *witness statement* e dando loro le indicazioni necessarie per affrontare l'udienza.

A questo proposito l'art. 4(3) delle *IBA Rules on Evidence* stabilisce espressamente quanto segue:

« It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them. ».

Questa prassi si pone in netto contrasto con le norme di procedura della maggioranza dei paesi di *civil law*, che vietano ogni contatto tra il difensore ed i testimoni. In particolare ci si è domandati se questa prassi, comunemente accettata nell'arbitrato internazionale, possa porsi in conflitto con le norme di deontologia degli avvocati in vigore nel paese in cui ha sede l'arbitrato.

In linea di principio si ritiene che tali norme non si applichino all'arbitrato internazionale, e che quindi il problema non sussista. Tuttavia, in alcuni casi si è preferito fare chiarezza attraverso esposte previsioni in materia come quelle introdotte dagli ordini degli avvocati francofoni e di lingua olandese in Belgio <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Inoltre, in certi casi, solo la parte è in grado di spiegare in modo chiaro e convincente, se del caso attraverso un dialogo con i difensori e gli arbitri, certi aspetti tecnici difficilmente comprensibili attraverso atti scritti.

<sup>(34)</sup> Cfr. HOLLANDER, DRAYE, *Belgium: Brussels Bar Lifts the Traditional Prohibition on Preparatory Contacts Between Attorneys and Witnesses*, in *ASA Bull.*, 2011, 496-500.

Il fatto che sia legittimo interrogare i potenziali testimoni, assisterli nella redazione della dichiarazione testimoniale e prepararli alle insidie di un'eventuale *cross examination*, non fa venir meno l'obbligo del difensore di evitare di influenzarli. A questo proposito può essere interessante menzionare i Principi 20-24 delle *IBA Guidelines on Party Representation*.

« 20. A Party Representative may assist Witnesses in the preparation of Witness Statements and Experts in the preparation of Expert Reports.

21. A Party Representative should seek to ensure that a Witness Statement reflects the Witness's own account of relevant facts, events and circumstances.

22. A Party Representative should seek to ensure that an Expert Report reflects the Expert's own analysis and opinion.

23. A Party Representative should not invite or encourage a Witness to give false evidence.

24. A Party Representative may, consistent with the principle that the evidence given should reflect the Witness's own account of relevant facts, events or circumstances, or the Expert's own analysis or opinion, meet or interact with Witnesses and Experts in order to discuss and prepare their prospective testimony. ».

7.4. È prassi normale che le parti indichino nelle loro memorie gli eventuali testimoni chiamati a confermare le affermazioni contenute nelle stesse e che precisino, entro una data fissata dal tribunale arbitrale, quali testi parteciperanno all'udienza.

Nell'arbitrato internazionale non si richiede la formulazione di capitoli di prova. È invece sempre più frequente la richiesta degli arbitri di predisporre delle dichiarazioni testimoniali (*witness statements*) che costituiranno la base dell'esame a cui si procederà nel corso dell'udienza <sup>(35)</sup>.

Riportiamo, qui di seguito l'art. 4(5) delle *IBA Rules on Evidence*, che detta una serie di regole sui contenuti di tali dichiarazioni testimoniali, che potranno costituire un'utile indicazione per le parti e gli arbitri.

Each Witness Statement shall contain:

(a) the full name and address of the witness, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience, if such a description may be relevant to the dispute or to the contents of the statement;

(b) a full and detailed description of the facts, and the source of the witness's information as to those facts, sufficient to serve as that witness's evidence in the matter in dispute. Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided;

(c) a statement as to the language in which the Witness Statement was originally prepared and the language in which the witness anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing;

---

<sup>(35)</sup> In linea di principio, quindi, la dichiarazione testimoniale dovrà essere confermata all'udienza e assoggettata a controinterrogatorio. Solo in casi eccezionali (e previo accordo delle parti) essa potrà essere considerata come prova senza aver proceduto all'escussione del teste. Cfr. ZIADE, DE TAFFIN, *Les témoins dans l'arbitrage international*, in *RDAI/IBLJ*, 2010, 115 ss., 121-122.

- (d) an affirmation of the truth of the Witness Statement; and
- (e) the signature of the witness and its date and place.

Può considerarsi ormai pacificamente accettato che il *witness statement* venga redatto dal difensore della parte sulla base di quanto dichiarato dal testimone. Ciò serve a garantire che la dichiarazione affronti in termini chiari e concisi gli aspetti essenziali della testimonianza. Se poi il testimone non è in grado di fare la dichiarazione nella lingua dell'arbitrato, è normale che sia il difensore a provvedere alla sua traduzione. È però importante che la dichiarazione riporti fedelmente ciò che il teste intende dire e non ciò che l'avvocato vorrebbe fargli dire. *Witness statements* contenenti affermazioni volte a sostenere le argomentazioni giuridiche della parte <sup>(36)</sup>, che talvolta lo stesso teste non è in grado di spiegare quando viene interrogato, sono controproducenti in quanto ne minano la credibilità. È infatti importante che il teste racconti i fatti di cui è a conoscenza con un linguaggio corrispondente alla sua formazione di tecnico, manager o quant'altro, senza cercare di trarne le conclusioni di tipo giuridico a cui mira l'avvocato che lo ha assistito nella redazione della dichiarazione.

Come affermato opportunamente in un contributo sul ruolo dei *witness statements*:

« As far as possible, counsel should ensure that the witness's own words are used in the witness statement. This will avoid embarrassment to the witness during cross-examination when the witness is confronted with his own statement which he may not understand if drafted by counsel. In addition, the arbitral tribunal may tend to see a witness as more credible if the witness statement is in the witness's own words, in contrast to a witness statement that has been elegantly drafted by counsel. Legalistic words like « peruse » and « I verily believe » should be avoided at all costs. » <sup>(37)</sup>.

La predisposizione preliminare dei *witness statements* costituisce ormai una prassi abbastanza consolidata: tuttavia non mancano casi in cui le parti preferiscono limitarsi ad indicare nelle memorie i testi a supporto delle loro tesi, senza produrre una loro dichiarazione scritta <sup>(38)</sup>. In questo caso, gli arbitri potranno richiedere che, al momento di indicare i testi che parteciperanno all'udienza, la parte fornisca un'indicazione generale dei temi su cui dovranno testimoniare.

---

<sup>(36)</sup> Lasciando da parte l'ipotesi estrema di affermazioni false, che comportano una responsabilità del difensore che ne ha coscienza o che addirittura le suggerisce: cfr. la *guideline* n. 11 delle *IBA Guidelines on Party Representation*: « A Party Representative should not submit Witness or Expert evidence that he or she knows to be false. ».

<sup>(37)</sup> HWANG, CHIN, *The Role of Witness Statements in International Commercial Arbitration*, in *ICCA, International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Congress series, vol. 13, 650 ss., 657.

<sup>(38)</sup> Sotto questo profilo sembra eccessiva l'affermazione di LEVY, REED (*Managing Fact Evidence*, cit., 635), secondo i quali « ... nowadays the question is more or less settled that no witness will be allowed to testify if he or she has not submitted a witness statement ».

Lo strumento del *witness statement* ha l'indubbio vantaggio di consentire agli arbitri e alla controparte di inquadrare meglio il tema oggetto della testimonianza. Occorre però evitare che ciò limiti lo spazio lasciato alla parte nel presentare il proprio caso e agli arbitri ed alla controparte di allargare il discorso ad altri temi collegati, come vedremo meglio in seguito.

7.5. Premesso che gli arbitri, in consultazione con le parti, sono liberi di organizzare l'audizione dei testi come meglio credono (al limite anche escludendo la *cross-examination*), si è comunque affermata nel tempo una prassi diffusa, chiaramente ispirata ai sistemi processuali di *common law*, che conviene descrivere nella parte che segue.

Dopo aver chiesto al teste di indicare il proprio nome, qualifiche, ecc. ed averlo avvisato che è tenuto a dire la verità e null'altro che la verità<sup>(39)</sup>, il presidente del collegio (o arbitro unico) inviterà il difensore della parte che ha presentato il teste a procedere al suo interrogatorio (la cosiddetta *direct examination*).

La *direct examination* ha ovviamente come funzione primaria di chiedere al teste di confermare ciò che ha scritto nella dichiarazione testimoniale. È abbastanza diffusa l'idea che la dichiarazione scritta renda superflua la *direct examination* e che si possa passare direttamente al controinterrogatorio. Così, ad es., nel commento alle *IBA Rules on Evidence* si afferma che:

« Witness statements may [...] contribute to a shortening of the length of oral hearings. For instance, they may be considered as the "evidence in chief" ("direct evidence"), so that extensive explanation by the witness becomes superfluous and examination by the other party can start almost immediately. »<sup>(40)</sup>.

Tuttavia, ciò non esclude che in certi casi possa essere opportuno dare al teste la possibilità di esporre oralmente ciò che è stato messo per iscritto. Ciò è essenziale soprattutto quando la dichiarazione testimoniale ha per oggetto aspetti che si possono spiegare adeguatamente solo attraverso una presentazione orale, che consenta ai destinatari di ottenere i chiarimenti necessari attraverso successive domande e risposte. Sovente, infatti, vi sono situazioni complesse di carattere tecnico o contabile che si

---

<sup>(39)</sup> Se del caso secondo modalità indicate dalla normativa processuale applicabile. Nella maggior parte dei paesi favorevoli all'arbitrato internazionale non è previsto il giuramento davanti al tribunale arbitrale.

<sup>(40)</sup> *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 16. Ancora più decisa la posizione assunta da HWANG, CHIN (*The Role of Witness Statements in International Commercial Arbitration*, in ICCA, *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Congress series, vol. 13, 650 ss., 650) secondo i quali: « ... witness statements are used to replace the oral examination in chief of the witnesses. This brings about substantial savings of time during the hearings ».

riescono a capire solo attraverso una presentazione orale e successivo confronto con gli arbitri.

In presenza di situazioni di questo tipo, ed in particolare nel caso di testimonianza della parte, può essere opportuna una *direct examination* più approfondita, con una partecipazione attiva degli arbitri e della controparte, che permetta di chiarire a fondo gli aspetti dubbi.

Dopo la *direct examination*, il difensore avversario procederà di regola alla *cross examination*, secondo una prassi ormai accettata comunemente a livello internazionale, anche in arbitrati tra parti appartenenti a paesi di tradizione civilistica <sup>(41)</sup>.

Quanto alle modalità della *cross examination*, va tenuto presente che le tecniche utilizzate davanti alle giurisdizioni di *common law* sono assai diverse da quelle di cui dispone un difensore non appartenente a tale sistema processuale. Come afferma Born:

« ... In common law jurisdictions, aggressive cross-examination is prevalent, directed at both the substance of a witness's testimony and his or her credibility. Civil lawyers are less accustomed to this and may in particular feel attacks on credibility inappropriate or unhelpful. » <sup>(42)</sup>.

In considerazione di ciò sarà opportuno evitare che la *cross-examination* venga praticata con modalità di stile anglosassone che potrebbero mettere in difficoltà un teste non preparato a subirle e creare una disparità di trattamento rispetto al difensore avversario che non abbia la preparazione tecnica necessaria. Sarà quindi responsabilità degli arbitri fare in modo che la *cross-examination* si svolga secondo modalità corrette <sup>(43)</sup> che garantiscano comunque una reale parità di trattamento alle parti.

Successivamente la parte che ha presentato il teste potrà procedere alla *re-direct examination*, al fine di chiarire (e, se possibile, cercare di rimediare a) quanto emerso dalla *cross-examination*.

La procedura descritta sopra, chiaramente influenzata dall'esperienza anglosassone, pur costituendo la prassi normale, non ha affatto carattere obbligatorio, ben potendo le parti e gli arbitri discostarsene.

Durante tutte queste fasi gli arbitri potranno di regola intervenire senza limiti con domande di chiarimenti. Si tenga presente che il ruolo

---

<sup>(41)</sup> Talvolta succede che difensori poco avvezzi a questo tipo di procedura, si oppongono alla *cross-examination* e chiedono che sia l'arbitro a porre le domande. In questo caso è quasi inevitabile che, dopo qualche domanda iniziale, si abbandoni questo sistema e il difensore si rivolga direttamente al testimone: v. VAN HOUTTE, *Counsel-Witness Relations*, cit., 458-459.

<sup>(42)</sup> BORN, *Int'l commercial arbitration*, cit., 2286.

<sup>(43)</sup> « *The preparation and professionalism of an arbitral tribunal mean that cross-examination should be limited by counsel to only the most important issues. It should also be conducted strictly to inform the tribunal; theatrical cross-examination or attempts to humiliate a witness should be avoided* »: CREMADES, *The Oral Presentation of Fact Witnesses in International Commercial Arbitration*, in *ICCA, International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Congress series, vol. 13, 645 ss., 646.



generalmente riconosciuto all'arbitro internazionale in questo contesto non è quello di semplice spettatore della presentazione fatta dai rispettivi difensori delle parti, e di garante dello svolgimento corretto della procedura. Anzi, l'arbitro internazionale procederà di regola attivamente alla ricerca della verità, attraverso domande di chiarimenti e precisazioni, cercando di ottenere delle risposte alle questioni non sufficientemente chiarite nelle rispettive memorie scritte, che avrà studiato attentamente prima dell'udienza.

7.6. In linea di principio il tribunale arbitrale ha il pieno controllo dell'udienza istruttoria (*evidentiary hearing*). A questo proposito l'art. 8(2) delle *IBA Rules on Evidence* stabilisce quanto segue:

« The Arbitral Tribunal shall at all times have complete control over the Evidentiary Hearing. The Arbitral Tribunal may limit or exclude any question to, answer by or appearance of a witness, if it considers such question, answer or appearance to be irrelevant, immaterial, unreasonably burdensome, duplicative or otherwise covered by a reason for objection set forth in Article 9.2. Questions to a witness during direct and re-direct testimony may not be unreasonably leading ».

Il tribunale arbitrale fisserà, di regola entro un termine congruo prima dell'udienza, la data entro cui le parti debbono comunicare i nomi dei testimoni che intendono presentare all'udienza.

Inoltre è prassi comune, che si proceda, prima dell'udienza (di solito attraverso una conferenza telefonica), ad una discussione con le parti sull'organizzazione della stessa (durata, numero dei testi, ordine e modalità di escussione, registrazione delle deposizioni, ecc.), cui potrà far seguito un'ordinanza del tribunale arbitrale che specifichi quanto concordato.

Un primo problema che può presentarsi in questa sede è se, ed in che misura, gli arbitri possano fare una selezione dei testi, escludendo eventuali testimonianze ritenute superflue o non pertinenti. In linea di principio gli arbitri tendono a non limitare *a priori* i testi ammissibili, anche per evitare qualsiasi rischio di contestazione della parte che potrebbe sostenere di essere stata privata dei suoi diritti di difesa. Tuttavia, ove appaia evidente un intento dilatorio o comunque incompatibile con una gestione efficiente della procedura. essi potranno provvedere nei modi più opportuni ad escludere la testimonianza o a limitarne l'oggetto e/o la durata.

Alcuni arbitri fissano rigidamente il tempo complessivo di cui ciascuna parte dispone per presentare le proprie dichiarazioni e per interrogare i propri testi e quelli della controparte<sup>(44)</sup>. Più spesso ci si rimetterà alle determinazioni che gli arbitri potranno prendere nel corso del-

---

<sup>(44)</sup> Che sarà normalmente, ma non necessariamente, uguale per le due parti, potendosi presentare dei casi in cui una parte ha necessità probatorie oggettivamente differenti dall'altra. Cfr. BORN, *Int'l commercial arbitration*, cit., 2273-2274.

l'udienza al fine di garantire che ciascuna parte abbia delle pari opportunità <sup>(45)</sup>.

Un altro aspetto da definire riguarda la presenza dei testimoni all'udienza. Secondo un'impostazione tradizionale, il testimone partecipa all'udienza solo al momento della sua testimonianza, in modo da non essere influenzato da quanto dichiarato da altri testi. Si tratta però di una regola non tassativa, che può essere superata, specialmente se le parti vi consentono <sup>(46)</sup>. Dopo che il teste ha testimoniato, si tenderà in genere a permettergli di presenziare all'udienza <sup>(47)</sup>.

In certi casi poi gli arbitri possono disporre che vengano sentiti contemporaneamente più testimoni (soprattutto se presentati da parti diverse) in modo da facilitare un confronto di posizioni divergenti sostenute dagli stessi. Questa pratica (*witness conferencing*) di impronta tendenzialmente inquisitoria, che sposta l'iniziativa dell'interrogatorio verso il tribunale (e quindi non viene sempre apprezzata dal difensore, che si vede privato della possibilità di seguire la lista di domande preparata in anticipo riguardo al singolo testimone) può essere estremamente utile per una migliore comprensione di elementi controversi, grazie al confronto tra le posizioni contrastanti dei testi.

Sempre con riguardo alla presenza nel corso dell'udienza è estremamente importante chiarire chi possa partecipare comunque a tutta l'udienza in veste di rappresentante (titolare dell'impresa, amministratore, manager) della parte. Infatti, il difensore deve poter contare sulla presenza continuativa di un rappresentante del proprio cliente con cui consultarsi nel corso dell'udienza, in particolare ove emergano aspetti sui quali è necessaria una conoscenza approfondita di fatti che solo quest'ultimo può conoscere <sup>(48)</sup>.

Inoltre, la parte deve poter avere una visione complessiva del caso. Sotto questo profilo sono condivisibili le affermazioni di un autore, secondo il quale:

*« As a general rule, it is felt that parties must be given an opportunity to be present throughout the proceedings, otherwise they might legitimately argue that they have not had a full opportunity to continually monitor, and hence present their case. It is only when they can consider all aspects of the proceedings that they know*

---

<sup>(45)</sup> Sull'esigenza di gestire questo aspetto con la massima flessibilità, v. BÖCKSTIEGEL, *Party Autonomy and Case Management - Experiences and Suggestions of an Arbitrator*, in *SchiedsVZ*, 2013, 1 ss.

<sup>(46)</sup> Infatti, la presenza di testi della controparte potrebbe servire a chiarire eventuali contraddizioni e costituire un deterrente contro dichiarazioni non veritiere: v. *UNCITRAL Notes*, 23, § 65.

<sup>(47)</sup> BORN, *Int'l commercial arbitration*, cit., 2288.

<sup>(48)</sup> A ciò si aggiunge l'esigenza che la parte possa vedere e controllare l'azione del difensore. Sotto questo profilo va combattuta la tentazione del difensore di farsi guidare dal desiderio di impressionare il proprio cliente.

*how best to address issues of concern to the tribunal and issues raised by opposing witnesses and direct counsel as to case strategy modifications* ». <sup>(49)</sup>.

Quanto all'ordine in cui sentire i testi, la prassi è che vengano sentiti prima quelli dell'attore e poi quelli del convenuto. Tuttavia, si può anche prevedere un ordine diverso, ad es., raggruppando le testimonianze in relazione agli argomenti (ad es., negoziazione del contratto; interpretazione di certe clausole; profili tecnici, ecc.), oppure per venire incontro ad esigenze organizzative di singoli soggetti.

8. Quando si presentino questioni tecniche o contabili complesse che richiedano delle competenze specifiche di cui non dispongano gli arbitri, potrà essere necessario ricorrere al parere di un esperto.

Anche in questa materia troviamo una contrapposizione abbastanza netta tra i sistemi di *common law* e quelli di tradizione civilistica. Mentre i primi favoriscono la produzione di perizie private, predisposte da esperti nominati dalle parti (*expert witnesses*) e oggetto di confronto in udienza attraverso la *cross-examination*, nei paesi di *civil law* si tende piuttosto a far capo ad esperti indipendenti nominati dal giudice e chiamati ad operare conformemente alle istruzioni di quest'ultimo <sup>(50)</sup>.

Nell'arbitrato internazionale può farsi ricorso, a seconda delle esigenze e delle preferenze delle parti e degli arbitri ad una o all'altra soluzione <sup>(51)</sup>. In ambedue i casi l'esperto redige un rapporto e potrà essere interrogato dalle parti nell'udienza istruttoria.

Il parere dell'esperto costituisce un mezzo di prova di cui gli arbitri sono liberi di valutare l'attendibilità.

8.1. Il *party-appointed expert* viene scelto liberamente dalla rispettiva parte. Egli redige un parere scritto che sarà in seguito sottoposto a *cross-examination* ad opera della controparte.

Quanto ai contenuti dell'*expert report*, l'art. 4/2) delle *IBA Rules on Evidence* prevede quanto segue:

« The Expert Report shall contain:

(a) the full name and address of the Party-Appointed Expert, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal, and a description of his or her background, qualifications, training and experience;

(b) a description of the instructions pursuant to which he or she is providing his or her opinions and conclusions;

(c) a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal;

---

<sup>(49)</sup> WAINCYMER, *Procedure*, cit., 927.

<sup>(50)</sup> PLOUDRET, BESSON, *Arbitrage international*, cit., 592.

<sup>(51)</sup> Anche se la tendenza prevalente è di far riferimento agli esperti nominati dalle parti: WAINCYMER, *Procedure*, cit., 931.

(d) a statement of the facts on which he or she is basing his or her expert opinions and conclusions;

(e) his or her expert opinions and conclusions, including a description of the methods, evidence and information used in arriving at the conclusions. Documents on which the Party-Appointed Expert relies that have not already been submitted shall be provided;

(f) if the Expert Report has been translated, a statement as to the language in which it was originally prepared, and the language in which the Party-Appointed Expert anticipates giving testimony at the Evidentiary Hearing;

(g) an affirmation of his or her genuine belief in the opinions expressed in the Expert Report;

(h) the signature of the Party-Appointed Expert and its date and place; and

(i) if the Expert Report has been signed by more than one person, an attribution of the entirety or specific parts of the Expert Report to each author. ».

Il tribunale arbitrale può fissare un incontro tra gli esperti volto a chiarire i punti discordanti e ad individuare quelli sui cui gli esperti possono trovare un accordo <sup>(52)</sup>.

Gli esperti debbono presenziare all'udienza istruttoria per poter essere interrogati dalle parti e dagli arbitri. In tale occasione si potrà procedere, se del caso, ad un confronto (*expert conferencing*).

Quanto al rapporto tra il *party-appointed expert* e la parte che lo incarica, la tendenza attuale è di richiedere che egli sia indipendente dalla parte che lo nomina. Così, ad esempio, le *IBA Rules* richiedono una espressa dichiarazione di indipendenza rispetto alla parte, i difensori e gli arbitri <sup>(53)</sup>. In realtà, l'esperienza pratica insegna che l'esperto, scelto dalla parte in quanto disponibile a sostenere una certa tesi, e pagato dalla parte in questione, potrà sì essere indipendente, ma è ben difficile che sia del tutto imparziale. Del resto, ciò che ci attende da lui è proprio che egli porti avanti, sia pure con un ragionamento obiettivo e tecnicamente corretto, la tesi più favorevole alla parte che l'ha nominato. Sarà poi dal confronto tra i due esperti di parte che potrà emergere la soluzione del problema (e, ove ciò risulti impossibile si potrà ricorrere a un esperto terzo scelto dalle parti o nominato dal tribunale arbitrale) <sup>(54)</sup>.

Una soluzione alternativa interessante, che dovrebbe permettere di superare il problema è quella dell'*expert teaming*: il tribunale chiede a ciascuna parte di proporre una lista di esperti e ne sceglie due dalle rispettive liste, incaricandoli della perizia <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Art. 4(4), *IBA Rules on Evidence*.

<sup>(53)</sup> V. anche, LEW, MISTELIS, KRÖLL, *International Arbitration*, cit., 579: « ... As a general rule an expert must be independent and not an advocate for the parties. ».

<sup>(54)</sup> Sotto questo profilo sarebbe errato estendere al *party-appointed expert* i requisiti di indipendenza e imparzialità applicabili all'arbitro. Infatti, l'arbitro decide la controversia, mentre l'esperto si limita a redigere un parere che verrà discusso dalle parti ed apprezzato liberamente dagli arbitri.

<sup>(55)</sup> Per maggiori dettagli, v. SACHS, SCHMIDT-AHRENDTS, *Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence*, in ICCA, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Atti del XX° Congresso dell'ICCA, Rio de Janeiro, 2011, ICCA Congress Series, vol. 15, 135 ss.

8.2. Il tribunale arbitrale può nominare uno o più esperti, dopo aver sentito le parti: v. ad es. l'art. 25(4) del regolamento CCI.

Le *IBA Rules* prevedono a questo proposito che il tribunale determini, dopo aver consultato le parti, i termini dell'incarico (*terms of reference*) e prevedono una procedura che permetta alle parti di fare eventuali obiezioni, dopo essere state informate del nominativo e delle qualifiche dell'esperto.

Le parti sono tenute a fornire all'esperto la documentazione e le informazioni richieste da quest'ultimo. A questo proposito l'art. 6(3) delle *IBA Rules* stabilisce una serie di regole dettagliate volte a consentire all'esperto l'accesso alle informazioni necessarie per lo svolgimento della sua funzione.

« Subject to the provisions of Article 9.2, the Tribunal-Appointed Expert may request a Party to provide any information or to provide access to any Documents, goods, samples, property, machinery, systems, processes or site for inspection, to the extent relevant to the case and material to its outcome. The authority of a Tribunal-Appointed Expert to request such information or access shall be the same as the authority of the Arbitral Tribunal. The Parties and their representatives shall have the right to receive any such information and to attend any such inspection. Any disagreement between a Tribunal-Appointed Expert and a Party as to the relevance, materiality or appropriateness of such a request shall be decided by the Arbitral Tribunal, in the manner provided in Articles 3.5 through 3.8. The Tribunal-Appointed Expert shall record in the Expert Report any non-compliance by a Party with an appropriate request or decision by the Arbitral Tribunal and shall describe its effects on the determination of the specific issue. ».

L'esperto redigerà poi una relazione scritta che verrà trasmessa alle parti, le quali avranno la possibilità di pronunciarsi, se del caso mediante una relazione del consulente di parte.

Se richiesto da una delle parti, l'esperto dovrà partecipare all'udienza istruttoria e potrà essere interrogato dagli arbitri, dalle parti e dai loro esperti <sup>(56)</sup>.

*In international arbitration common rules and practices regarding procedure, are gradually developing, international arbitrators normally tend manage the procedure, in particular as concerns presentation of evidence, with recourse to practices (like witness statements, cross examination, document production) influenced both by civil law and common law procedural tradition. These common procedural practices are also influenced by soft law developed on the international level, like the IBA rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration.*

---

<sup>(56)</sup> Cfr. Art. 6(6), *IBA Rules on Evidence*.

## D) ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civile, sentenza 28 giugno 2016, n. 13291;  
TRAVAGLINO Pres.; GRAZIOSI Est.

#### **Arbitraggio - Perizia arbitrale - Differenze - Art. 1349 c.c. - Inapplicabile.**

*Inserendo la clausola di arbitraggio in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla; e l'arbitratore, sempre che le parti non si siano affidate al suo mero arbitrio, deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco, risolvendosi così l'equo apprezzamento in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta, il che si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore. Diverso invece è il caso della perizia contrattuale, che ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. Anche la perizia contrattuale, invero, costituisce fonte di integrazione del contratto, ma si distingue dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere.*

*Nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone*

*l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 3. Il ricorso principale è fondato.

3.1. Il primo e il secondo motivo possono essere valutati congiuntamente. Nel primo, infatti, si prospetta, come vizio motivazionale, l'omessa considerazione di un fatto decisivo, cioè il patto tra le attuali, gli attuali ricorrenti e le eredi di T. L. avente ad oggetto una perizia contrattuale, in quanto tale vincolante; e il secondo concerne la denuncia di violazione dell'art. 1349 c.c. per averlo applicato alla perizia contrattuale partendo dal presupposto, in sostanza, che questa non fosse una perizia vincolante.

Per meglio comprendere i due motivi, occorre sintetizzare come il giudice d'appello ha esternato il suo convincimento in ordine all'incarico che era stato conferito ai due professionisti dagli attuali ricorrenti e dalle suddette eredi.

Definendo "impeccabile" quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la corte territoriale afferma che il nucleo centrale del suo ragionamento risiede nel fatto che "l'inadempimento è configurabile nella consegna di un'opera intellettuale non idonea allo scopo per il quale era stato conferito il mandato" e che, nel caso *de quo*, "i prestatori d'opera hanno fornito un prodotto inutile ai committenti".

Per questi ultimi però, secondo il giudice di merito, il "risultato sperato" non era una perizia vincolante, non potendo esserla nessuna opera del genere "per l'intrinseca opinabilità, con il corollario dell'impugnabilità, a torto o a ragione, *ex art. 1349* da ciascun committente che si ritenga insoddisfatto". Sarebbe quindi gravato sui committenti appellanti — gli attuali ricorrenti — "dimostrare quale vantaggio giuridico maggiore avrebbe dato una perizia valida per indurre la controparte ad accettare la proposta dei professionisti".

E se questi avessero "consegnato un prodotto valido", sempre secondo la corte territoriale "gli odierni appellanti avrebbero dovuto difendersi dalla sola domanda *ex art. 1349 c.c.*", i cui esiti non sarebbero stati prevedibili. In conclusione, "il prodotto anche valido non avrebbe potuto avere alcun potere vincolante perché l'accordo fra gli ex soci non prevedeva alcuna rinuncia all'azione *ex art. 1349 c.c.*" per cui "sulla differenza di valori di quota sociale qualsiasi effetto causale dipendeva non dalla bontà della prestazione, ma dal diritto potestativo delle altre committenti eredi di T.L.".

Il nucleo delle doglianze in esame risiede allora nella denuncia della inapplicabilità dell'art. 1349 c.c. al caso di specie come prospettato dalla corte territoriale, avendo tutte le parti riconosciuto che il prodotto avrebbe dovuto avere un'efficacia vincolante per loro in quanto committenti, e avendo in realtà lo stesso giudice di primo grado riconosciuto che in caso di esatto adempimento dell'incarico non vi sarebbe stato alcun giudizio oppure, se questo fosse stato instaurato, "l'eventuale domanda avrebbe potuto essere paralizzata ricorrendo alle determinazioni di cui alla perizia", come insegna la giurisprudenza di legittimità e la prevalente dottrina. Ritengono pertanto i ricorrenti l'inammissibilità di un'impugnazione per iniquità o erroneità nel caso di perizia contrattuale "in quanto soltanto la determinazione dell'arbitratore può essere fatta con equo apprezzamento (e come tale soggetta al rimedio per manifesta iniquità od erroneità di giudizio), mentre va esclusa per il perito contrattuale poiché la sua determinazione è sottratta ad ogni

criterio discrezionale”. E questo, ad avviso dei ricorrenti, è assorbente e dirimente rispetto ad ogni altro profilo.

3.2. La perizia contrattuale, invero, sussiste quando le parti devolvono a uno o più terzi, scelti per una particolare competenza tecnica, la formulazione di un apprezzamento tecnico che le parti stesse si impegnano preventivamente ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva (così Cass. sez. 1, 10 maggio 2007 n. 10705; Cass. sez. 3, 12 maggio 2005 n. 10023; Cass. sez. 3, 24 maggio 2004 n. 9996; Cass. sez. 1, 27 settembre 2002 n. 14015; Cass. sez. 1, 3 maggio 2000 n. 5505; Cass. sez. 2, 5 gennaio 2000 n. 38; Cass. sez. 3, 18 febbraio 1998 n. 1721): volontà diretta non solo a determinare l’oggetto negoziale di per sé, ma altresì finalizzata ad un obiettivo preventivo-transattivo che si nutre proprio della vincolatività (cfr., oltre alla giurisprudenza appena citata, Cass. sez. 2, 30 marzo 1995 n. 3791, che sottolinea come la perizia contrattuale condivide con l’arbitrato libero lo scopo di eliminare, su basi trattative o conciliative, una controversia, differenziandosene per la natura di questa — tecnica per la perizia, giuridica per l’arbitrato — “ma non per gli effetti, dato che in entrambi il contrasto è superato mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del terzo, che le parti si impegnano preventivamente a rispettare”; sulla stessa linea Cass. sez. 1, 12 luglio 1996 n. 6344; Cass. sez. 1, 5 dicembre 2001 n. 15410). La distinzione con l’arbitraggio *ex art.* 1349 c.c., peraltro, è stata assai chiaramente delineata da Cass. sez. 3, 30 giugno 2005 n. 13954. Osserva questa — del tutto condivisibile — pronuncia che, inserendo la clausola di arbitraggio in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, “le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla”; e l’arbitratore, sempre che le parti non si siano affidate al suo mero arbitrio, “deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all’equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell’equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco”, risolvendosi così l’equo apprezzamento “in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell’arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta, il che si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l’attività dell’arbitratore”.

Diverso invece è il caso della perizia contrattuale, che “ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale: anche la perizia contrattuale, invero, costituisce fonte di integrazione del contratto, ma “si distingue dall’arbitraggio perché arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere”, da ciò conseguendo che “nel caso di perizia contrattuale va esclusa l’esperibilità della tutela tipica prevista dall’art. 1349 c.c. per manifesta



erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito".

Risulta pertanto fondata la doglianza dei ricorrenti: erroneamente la corte territoriale ha escluso, a ben guardare, l'utilità stessa dell'accordo che essi avevano stipulato con le eredi del socio defunto, giungendo ad affermare (motivazione, pagine 23-24) che il conseguente "prodotto anche valido non avrebbe avuto alcun potere vincolante perché l'accordo fra gli ex soci non prevedeva alcuna rinuncia all'azione ex art. 1349 c.c.". Ciò assorbe gli ulteriori motivi, conducendo all'accoglimento del ricorso principale, avendo in sostanza errato il giudice d'appello nella individuazione delle conseguenze pregiudizievoli che i ricorrenti hanno subito per l'impossibilità di avvalersi della stima che insieme alle eredi di T.L. avevano incaricato R.G. ed D. C.E. di espletare come perizia contrattuale vincolante nei confronti di tutti i conferenti. (*Omissis*).

### **Perizia contrattuale e arbitraggio: due fenomeni distinti.**

1. La decisione in esame, che prende le mosse dalla vicenda di fatto di seguito illustrata, s'inserisce nell'annoso e risalente dibattito relativo alla definizione e distinzione dei due istituti della perizia contrattuale <sup>(1)</sup> e dell'arbitraggio <sup>(2)</sup>.

I soci accomandanti di una società in accomandita semplice incaricavano due esperti professionisti a procedere alla stima del valore delle quote societarie del socio accomandatario defunto, impegnandosi contrattualmente con le sue eredi a considerare tale stima vincolante nella liquidazione delle quote. Poiché l'incarico, conferito collegialmente a due professionisti, veniva di fatto eseguito da uno solo di loro, le eredi chiedevano ed ottenevano, nei confronti tanto dei soci che degli stessi professionisti, la sostituzione giudiziale della valutazione peritale della quota societaria, stimata dal tribunale adito di valore di gran lunga superiore a quanto risultante dalla perizia.

Tale sentenza induceva, dunque, i soci ad instaurare nei confronti dei professionisti un giudizio di responsabilità al fine di ottenere il risarci-

---

<sup>(1)</sup> Per l'identificare il fenomeno in parola, oltre a perizia contrattuale, sono utilizzate, come indicato da VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Nov. mo dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 846 ss., spec. 864, diverse espressioni quali: perizia arbitrale o stragiudiziale e ancora arbitraggio tecnico o arbitrato tecnico. Nel testo i termini perizia arbitrale e contrattuale sono utilizzati indistintamente. Sul punto v. anche BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2000, 2, che specifica come il termine perizia arbitrale sia la traduzione letterale della parola tedesca *Schiedsgutachten*.

<sup>(2)</sup> La questione, come meglio di seguito indicato, è affrontata in maniera analitica da BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 10 ss., 129 e ss.; Id., *La perizia contrattuale*, in GABRIELLI-LUISSO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2005, II, 1219 ss. spec. 1228 ss.; Id., *La giustizia privata*, Trento (Lavis), 2015, 290 ss.

mento del danno rappresentato dalla differenza tra la stima contrattuale e quella giudiziale che erano costretti a corrispondere alle eredi, nonché dalle spese di lite sostenute.

I giudici di primo e secondo grado, accogliendo parzialmente la domanda attorea, si limitavano, però, a condannare solidalmente i professionisti a rinfondere ai soci il solo danno relativo alle spese di giudizio. Ciò in quanto — a detta dei giudici di merito — nonostante l'inadempimento contrattuale, nessun danno, diverso dalle spese giudiziali, gli stessi avrebbero subito, posta l'intrinseca opinabilità ed impugnabilità di ogni opera intellettuale ai sensi dell'art. 1349 c.c.: in assenza di espressa rinuncia all'azione di cui all'art. 1349 c.c. « *sulla differenza di valori di quota sociale qualsiasi effetto causale dipendeva non dalla bontà della prestazione, ma dal diritto potestativo delle altre committenti eredi* » (3).

La Corte di Cassazione cassava la decisione in parola e, nel rimettere la causa a diversa composizione della Corte di Appello, statuiva il principio per cui nel caso di perizia arbitrale non può verificarsi la sostituzione ad opera del giudice statale del responso del terzo, in quanto il rimedio di cui all'art. 1349, comma 1, c.c. sarebbe applicabile al solo caso di arbitraggio.

2. Come immediatamente appare la decisione in commento, seguendo un'indirizzo ormai consolidatosi in giurisprudenza (4), sembra abbandonare l'idea (5) profilata, soprattutto in passato (6), per cui la perizia arbitrale sarebbe spiegabile secondo lo schema dell'arbitraggio (7).

---

(3) La frase tra virgolette è riportata nella decisione in commento che riprende le parole dei giudici di merito.

(4) In tal senso v. tra più: Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2166; App. Napoli, 10 giugno 2002, in *Nuovo Dir.*, 2004, 186; Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Trib. Isernia, 20 gennaio 2010, n. 65, in *Giur. Merito*, 2010, 2147.

(5) In proposito si sono formate diverse teorie che riconducono in maniera diversa il fenomeno della perizia contrattuale all'arbitraggio. Infatti, accanto alle ricostruzioni di SCADUTO, *Gli arbitratori del diritto privato*, Cortona, 1923, 52 ss., 60 ss. e 80 ss. ed ASCARELLI, *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nella assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni*, 1936, II, 114 ss.; Id., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1929, I, 308 ss., si pone un diverso orientamento che, più in generale, interpreta la perizia contrattuale come la forma di cooperazione di cui all'art. 1349 c.c. tra parti e terzo nella formazione di un rapporto giuridico. Ma cerchiamo di spiegare meglio. Per Ascarelli e Scaduto il perito arbitrale avrebbe il compito di completare il contratto di transazione/accertamento formatosi successivamente alla nascita del rapporto in discussione. Mentre Ascarelli riconduce, poi, la perizia arbitrale ad un arbitraggio nel contratto di accertamento di un fatto o di una questione giuridica, Scaduto la intende, invece, come sviluppo del rapporto giuridico a cui si riferisce, con il conseguente sostanziarsi di questa nella determinazione/chiarificazione di un suo elemento. Accanto a tali teorie si pone, invece, un diverso orientamento di stampo germanico che ritiene che il perito arbitrale debba intervenire per completare un determinato rapporto giuridico, di guisa che, se quel rapporto ha fonte in un contratto, s'immagina che il perito arbitrale intervenga su quel contratto, non anche nel diverso contratto di accertamento stipulato dalle parti. Per i riferimenti bibliografici relativi a quest'ultima tesi v. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 136 ss.

(6) Per la ricostruzione della perizia arbitrale in termini di arbitraggio v. nella giurisprudenza meno recente per tutti Cass., 11 febbraio 1976, n. 446, in *Rep. Giust. Civ.*, 1976, voce

Se dal punto di visto strutturale arbitraggio e perizia contrattuale presentano, infatti, varie analogie, in quanto in entrambi i casi le parti devolvono a uno o più terzi, scelti per la loro particolare competenza, la formulazione di un apprezzamento tecnico che si impegnano preventivamente ad accettare, invero, la moderna interpretazione — a cui sembra allinearsi anche la presente decisione — enfatizzandone la diversità funzionale, è ormai da tempo giunta a differenziare nettamente i due istituti <sup>(8)</sup>.

Più nel dettaglio, la funzione dell'arbitraggio, almeno nella codificazione di cui all'art. 1349 c.c., si sostanzia — come rilevato anche nella presente sentenza — nel completare l'incompleta volontà negoziale delle parti <sup>(9)</sup>. L'arbitraggio viene, infatti, comunemente definito come una forma di cooperazione parti-terzo attraverso cui le prime « *demandano al terzo arbitratore la determinazione, in loro sostituzione, di uno o più elementi di un contratto concluso ma incompleto* » <sup>(10)</sup>.

L'arbitratore è, insomma, chiamato a svolgere un'attività costitutiva <sup>(11)</sup>, di integrazione o, comunque, completamento dei rapporti aventi fonte in un contratto e il suo responso — tanto ove le parti ne chiedano la determinazione secondo il c.d. *arbitrium merum* che *arbitrium boni viri* <sup>(12)</sup> — lungi dall'essere una dichiarazione di scienza è attività che si

---

*Compromesso e arbitrato* per cui la perizia contrattuale avrebbe elementi tanto dell'arbitrato irrituale che dell'arbitraggio.

<sup>(7)</sup> Si tratta di una tesi risalente nel tempo. In proposito v. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 10, che la definisce *tradizionale*.

<sup>(8)</sup> Come evidenziato da BOVE, *La giustizia privata*, cit., 290 ss., ricondurre la perizia contrattuale all'arbitraggio permetterebbe di spiegarne, sul piano stanziale, tanto il suo effetto negativo d'impediente la giurisdizione statale che la sua efficacia positiva diretta a rendere vincolante per le parti il responso del terzo.

<sup>(9)</sup> L'arbitraggio, ancorché solo successivamente delineato nei suoi aspetti salienti, attesa l'iniziale confusione con la figura dell'amichevole compositore, è istituito nato nel diritto romano ed evolutosi nel medio evo. Questo giunge a noi come riletto dalla dottrina germanica nel XIX, che ha portato all'attuale versione in materia non solo del codice civile tedesco del 1900, ma anche del nostro art. 1349 del codice civile del 1942. In tal senso v. *amplius* BOVE, *La giustizia privata*, cit., 291.

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass., 25 giugno 1983, n. 4364, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 6, secondo cui l'arbitraggio ricorre « *quando le parti abbiano affidato al terzo arbitratore non già l'incarico di risolvere una controversia nascente da un rapporto giuridico preesistente e già perfetto (come nell'arbitrato rituale ed in quello libero) ma di determinare in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti non hanno voluto o potuto determinare, sicché l'arbitratore non dirime liti con poteri decisori, ma concorre con le parti nella formazione del contenuto del negozio* ».

<sup>(11)</sup> Per l'affermazione dell'efficacia costitutiva del responso dell'arbitratore v. per tutti Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Rep. Giust. Civ.*, 1995, voce *Compromesso e arbitrato*, 25.

<sup>(12)</sup> L'art. 1349 c.c. prevede che il responso del terzo sia reso, a meno che non risulti che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, secondo equo apprezzamento. Quest'ultimo criterio di valutazione, nel testo indicato come *arbitrium boni viri*, si ha non tanto, quando le parti impongono all'arbitratore il rispetto di determinate regole di valutazione, quanto piuttosto quando ne prevedono la sostituibilità ad opera del giudice statale, in caso di sua mancanza, manifesta iniquità o erroneità. Si è, invece, in presenza di un *arbitrium merum* quando le parti non impongono al terzo regole di valutazione: la determinazione resa è, in tal caso, essenziale

svolge interamente sul piano sostanziale, in quanto atto negoziale finalizzato d'integrare un negozio giuridico incompleto<sup>(13)</sup>.

In tal senso si esprime anche l'annotata decisione in cui è possibile leggere: « *inserendo la clausola di arbitraggio in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla* » come espressione della loro stessa volontà.

Diversamente — secondo la S.C. — le parti, nel prevedere l'intervento di un perito arbitrale per « *la formulazione di un apprezzamento tecnico che (...) si impegnano preventivamente ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva* », non richiederebbero al terzo solo un'attività diretta « *a determinare l'oggetto negoziale di per sé, ma altresì finalizzata ad un obiettivo preventivo-transattivo che si nutre proprio della vincolatività* ».

3. L'interpretazione<sup>(14)</sup>, nonché distinzione, tra i due istituti delineata nella decisione in commento s'inserisce nel quadro della giurisprudenza maggioritaria<sup>(15)</sup> che, a causa del suo peculiare oggetto, pur inquadrando la perizia arbitrale nella più vasta area della giustizia privata, non la riconduce interamente, assimilandola solamente, all'arbitrato libero<sup>(16)</sup>, tipica forma di giustizia privata spiegabile su di un piano puramente negoziale<sup>(17)</sup>.

Più in particolare, nella decisione in commento si specifica come la perizia arbitrale, lungi dall'identificarsi con l'arbitraggio, sarebbe una forma di giustizia privata che « *condivide con l'arbitrato libero lo scopo di eliminare, su basi trattative o conciliative, una controversia, differenziandosi per la natura di questa — tecnica per la perizia, giuridica per*

---

e, quindi, insostituibile in sede giudiziaria. Questa, non solo « *non si può impugnare se non provando la (...) mala fede* » del terzo, ma, ove mancante, comporta la nullità del contratto.

<sup>(13)</sup> Il tipico e più risalente esempio di arbitraggio è rappresentato dal caso in cui le parti di un contratto di compravendita si affidano ad un terzo per integrare la loro volontà contrattuale in particolare richiedendogli di fissare il prezzo, oggetto dello stesso contratto.

<sup>(14)</sup> In senso critico BOVE, *La giustizia privata*, cit., 287, secondo cui tale interpretazione per cui « *la perizia contrattuale è un mezzo di risoluzione di controversie* », se migliore dell'idea che la ricostruisce come strumento di formazione dei rapporti sostanziali (arbitraggio), lascia comunque insoddisfatti.

<sup>(15)</sup> Sul tema si v. in dottrina GIACOBBE D., *Alcune questioni in tema di arbitrato irrituale e di perizia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 479 (in nota a Cass., 13 aprile 1999, n. 3609); GIANOLA, *Brevi note sulla perizia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1095; NARDELLI S., *Patto di perizia contrattuale ed eccezione di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1187.

<sup>(16)</sup> In tal senso Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 4; Cass., 12 luglio 1996 n. 6344; Cass., 5 dicembre 2001 n. 15410, in *Foro it.*, 2002, I, 723; Cass., 18 febbraio 1998, n. 1721, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 367.

<sup>(17)</sup> La natura negoziale dell'arbitrato irrituale costituisce un principio consolidato in giurisprudenza. V., tra le decisioni più recenti: Cass., 22 aprile 2016, n. 8182, in *Guida al diritto*, 2016, 31, 74; Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass., 18 novembre 2015, n. 23629, *ivi*.

*l'arbitrato — ma non per gli effetti, dato che in entrambi il contrasto è superato mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del terzo, che le parti si impegnano preventivamente a rispettare* »<sup>(18)</sup>.

Senza esprimere giudizi — che imporrebbero ben altro spazio ed approfondimento<sup>(19)</sup> — in merito alla bontà di tale inquadramento teorico della perizia contrattuale, occorre, invero, in questa sede solo rilevare come la S.C., assimilandola<sup>(20)</sup> all'arbitrato irrituale, riconduca la perizia arbitrale, non già all'area dei rapporti sostanziali, bensì a quella della giustizia privata. Ciò nonostante, come accennato, la peculiarità del suo oggetto: a differenza dell'arbitrato, tanto rituale che libero, con il ricorso alla perizia contrattuale i compromittenti non vogliono una statuizione vincolante sull'intero rapporto giuridico, ma solamente su di una questione di carattere tecnico a questo relativa, con la conseguenza che l'oggetto dell'accertamento del terzo, non coincidendo con la situazione giuridica soggettiva, è limitato alla risoluzione di una mera questione<sup>(21)</sup> « *relativa ad un rapporto giuridico che si assume come preesistente* »<sup>(22)</sup>.

4. La rilevata diversità funzionale tra perizia arbitrale ed arbitraggio permette, dunque, alla Cassazione, nella decisione in oggetto, di trarne una diversa regolamentazione<sup>(23)</sup>.

Più in particolare, nella sentenza annotata, si specifica come l'arbitratore, « *deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco* ». Risolvendosi la determinazione dell'arbitratore « *in valutazioni che, pur ammettendo un certo mar-*

---

<sup>(18)</sup> Sono parole della sentenza annotata che a sua volta cita Cass., 30 marzo 1995 n. 3791, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 738.

<sup>(19)</sup> Si rinvia a BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 170 ss., che dopo aver, dettagliatamente, scandagliato i diversi orientamenti sul tema riconosce alla perizia contrattuale carattere processuale. In particolare, la perizia arbitrale, lungi dall'essere un fenomeno sostanziale, viene spiegata secondo lo schema dell'arbitrato rituale ad oggetto limitato. In tal senso v. anche LUISSO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1996, 669 ss.

<sup>(20)</sup> A distinguere la perizia arbitrale dall'arbitrato libero sarebbe il diverso e più limitato oggetto dell'accertamento del terzo. In tal senso v. recentemente Cass., 31 agosto 2016, n. 17443, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 1 settembre, con nt. CALVETTI, *Perizia contrattuale e revoca del mandato collettivo*.

<sup>(21)</sup> Cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 131 ss.

<sup>(22)</sup> Sono parole di BOVE, *La perizia contrattuale*, in GABRIELLI-LUISSO (a cura di), cit., 1220, il quale in nota riporta la massima di Cass., 21 maggio 1999, n. 4954, in *Foro Pad.*, 2001, I, 136, secondo cui la perizia contrattuale si sostanzierebbe, non già nella risoluzione di una controversia giuridica, quanto piuttosto nella formazione di un accertamento tecnico che le parti s'impegnano preventivamente ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva.

<sup>(23)</sup> In tal senso anche Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, cit.

gine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive», questa sarebbe suscettibile, quando manifestamente iniqua o erronea, di sostituzione da parte del giudice come espressamente previsto all'art. 1349, comma 1, c.c..

Se, invero, la determinazione dell'arbitratore non sempre è sostituibile in sede giudiziale per manifesta iniquità o erroneità, attesa la possibilità che le parti affidino a questi l'incarico di completare il negozio concluso in base al suo mero arbitrio (c.d. *arbitrium merum*), la Cassazione nella decisione annotata evidenzia, di contro, come sarebbe proprio l'impossibilità di assoggettare a controllo per manifesta iniquità o erroneità la determinazione del terzo ex art. 1349 c.c. a costituire uno dei tratti qualificanti la perizia arbitrale. In proposito questa sostiene come « nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito ».

Delineato tale aspetto, costituente il punto di snodo della decisione annotata, al fine di una migliore comprensione delle motivazioni a monte, chi scrive ritiene — stante l'assimilazione dell'istituto in oggetto al fenomeno arbitrale irrituale — di dover, seppur brevemente, accennare alla teorica dell'arbitrato irrituale, concentrando in particolare l'attenzione sulla sostituibilità del responso dell'arbitro libero ad opera del giudice statale. E, infatti, se normalmente il fenomeno arbitrale irrituale viene esso stesso spiegato come una sorta di arbitraggio nel negozio di transazione e/o accertamento, invero, quello che lo caratterizza — come sembra, ancorché implicitamente, essere messo in evidenza dalla decisione in commento — è l'insostituibilità della determinazione del terzo in sede giudiziaria. Ciò, al di là della possibilità delle parti di prevedere le regole di giudizio che il terzo deve seguire nella pronuncia del proprio responso (24).

5. Scendendo più nel dettaglio, occorre evidenziare come — secondo la dottrina classica (25) seguita anche della decisione in commento — con il ricorso all'arbitro irrituale le parti vogliano ottenere, attraverso la cooperazione con il terzo-arbitro, una risoluzione della lite tra loro insorta come, altrimenti, avrebbero potuto fare autonomamente, stipu-

---

(24) Sul fatto che la vera distinzione tra i c.d. *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri* non possa basarsi sulla predeterminazione ad opera delle parti delle regole che il terzo deve utilizzare nella sua determinazione v. *infra*.

(25) Per una dettagliata analisi delle diverse impostazioni dottrinali sull'arbitrato libero si rinvia a BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, 688 ss.

lando un contratto di transazione o di accertamento. Ciò sarebbe tecnicamente possibile ricorrendo all'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c. nella formazione del loro regolamento negoziale costituito dal contratto di transazione e/o accertamento che hanno stipulato, ma lasciato in bianco nel suo contenuto in quanto rimesso alla determinazione del terzo, cui preventivamente si sono assoggettate.

Tale ricostruzione appare — come mostra anche la sentenza in commento — nonostante l'espressa regolamentazione codicistica dell'arbitrato libero, ancora sostenibile. Sebbene, infatti, il fenomeno in parola, nato nella prassi applicativa <sup>(26)</sup>, sia stato, con l'introduzione nel 2006 nel Codice di procedura civile dell'art. 808-ter <sup>(27)</sup>, oggetto di specifica disciplina, questo sembra ancora oggi continuare ad essere — atteso anche il tenore della norma, che qualifica il lodo irrituale quale « *determinazione contrattuale* » <sup>(28)</sup> — spiegabile come una forma di giustizia privata che si svolge interamente sul piano negoziale e, in quanto tale, contrapposta all'arbitrato rituale <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Generalmente si ritiene che il riconoscimento ufficiale nel nostro ordinamento dell'arbitrato irrituale o libero sia avvenuto con la sentenza della Cass. di Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. Dir. Comm.*, 1905, II, 45, con nt. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti tra industriali come vincolanti nei loro rapporti, ma non esecutivi nell'ordine e nella forma dei giudizi*.

<sup>(27)</sup> La norma è stata introdotta nel codice di rito dal d.lgs. n. 40/2006 attuativo della legge delega n. 80/2005 con cui il legislatore ha delegato il Governo a « *che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione e di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare* ».

<sup>(28)</sup> In tal senso occorre poi rilevare come la stessa disposizione preveda che l'annullamento del lodo contrattuale avvenga ad opera del « *giudice competente secondo le disposizioni del libro I* ». In ciò chiara appare la distinzione con l'arbitrato rituale ove il *dictum* arbitrale è impugnabile ai sensi dell'art. 829 c.p.c. di fronte alla Corte di Appello del luogo in cui ha sede l'arbitrato.

<sup>(29)</sup> Invero, di diverso avviso sono tutt'ora i sostenitori della c.d. teoria unitaria dell'arbitrato e quali interpretano l'articolo in parola riconducendo ad unità il fenomeno arbitrale (cfr. per tutti SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 25 ss.). Secondo la teoria unitaria, l'arbitrato rituale e libero sarebbero assimilabili in quanto costituenti un modulo di risoluzione della controversia che si realizza tramite un giudizio posto al temine di un procedimento; solo in riferimento agli effetti degli atti finali permarrebbero rilevanti differenze: il lodo rituale produrrebbe gli effetti tipici della sentenza, mentre il lodo libero quelli di un atto negoziale. La teoria unitaria in altre parole cerca di ridurre le distanze tra le due forme di giustizia privata riconoscendovi un'*eadem ratio*: la concorde volontà delle parti di rimettere ad un giudice privato la risoluzione di una controversia giuridica. Sulla teoria unitaria dell'arbitrato v. gli scritti di FAZZALARI. Il primo scritto in cui FAZZALARI ha pubblicato la tesi in parola è *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 459 ss. Tuttavia, occorre anche sottolineare come nei suoi primi scritti (*L'arbitrato nell'attività della Regione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, 365 ss., spec. 372; *Una buona « novella »*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, 6 ss., spec. 8; *Processo arbitrale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 298 ss., spec. 304 e 314; *Lodo e sentenza (ancora sulla natura negoziale del lodo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 377, spec. 379; *Processo di arbitrato libero*, in questa *Rivista*, 1993, 51 ss.) l'Autore abbia ritenuto che l'arbitrato libero, non anche quello rituale, fosse caratterizzato dalla particolare struttura del negozio *per relationem*, ovvero del negozio in cui le parti pongono in essere un comando in bianco i cui termini sono

Se, dunque, proprio il ricorso all'arbitraggio nel negozio di transazione e/o accertamento permette un saldo riconoscimento giuridico dell'arbitrato irrituale, il particolare rapporto esistente tra il contratto stipulato dalle parti e il lodo dell'arbitro, impone, però, in tal caso, d'inquadrare l'intervento del terzo come una forma di arbitraggio ai sensi dell'art. 1349, comma 2, c.c.

Insomma, il fatto che il contratto di transazione o accertamento stipulato dalle parti espliciti efficacia solo ove l'arbitro ne concretizzi il contenuto impedisce al giudice statale la sostituzione della determinazione del terzo anche ove mancante, manifestamente iniqua o erronea.

Avverso tale ricostruzione nessun rilievo assume, poi, l'eventuale individuazione ad opera delle parti dei criteri che l'arbitro dovrà seguire nell'adempimento del proprio ufficio. Ciò che caratterizza il c.d. *arbitrium merum* del terzo di cui all'art. 1349, comma 2, c.c. non è, infatti, la libertà di "movimento" nel rendere il responso, quanto piuttosto la sua insostituibilità ad opera del giudice statale anche in mancanza, o in caso di manifesta iniquità o erroneità dello stesso <sup>(30)</sup>.

Tale insostituibilità in sede giudiziaria del responso del terzo comporta, inoltre, anche la caducazione del patto compromissorio per arbitrato libero per il caso di mancata pronuncia ovvero nullità o annullamento del lodo <sup>(31)</sup>. Conseguentemente, il giudice statale, chiamato a pronunciarsi in ordine al mancato ovvero nullo/annullabile responso del terzo, non potrà, sostituendone l'attività, completare il contratto di transazione (o accertamento) stipulato e lasciato in bianco dalle parti, ma solo

---

determinati dall'arbitro da loro nominato. Mentre, solo a partire dal 1997 (cfr.: *L'arbitrato*, Torino, 1997, 24 ss.), sempre nell'intento di ridurre le distanze tra i due modelli arbitrali, l'Autore elimina una tale distinzione, ricostruendo l'arbitrato libero alla stregua di quello rituale.

<sup>(30)</sup> In tal senso BOVE, *La giustizia privata*, cit., 253 e s.

<sup>(31)</sup> Sulla possibilità d'impugnare il lodo irrituale, al di là dei motivi di cui all'art 808-ter c.p.c., anche come qualsiasi altro contratto per i vizi del consenso, v. la recente decisione della Corte Cost., 20 luglio 2016, n. 196, in *Corte Costituzionale sito ufficiale 2016*, secondo cui « è manifestamente inammissibile, per carente descrizione della fattispecie, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 808-ter cod. proc. civ., impugnato, in riferimento agli artt. 3, 24, 101 e 111 Cost., che circoscrive la possibilità di impugnativa del lodo arbitrale irrituale ai motivi in esso elencati, tra i quali non figurano i vizi del consenso, l'incapacità e l'omessa motivazione. Le lacune dell'ordinanza di rimessione — la quale non chiarisce per quale dei motivi indicati, nel caso di specie, le parti hanno impugnato il lodo né prende in considerazione l'orientamento consolidato della Corte di cassazione in base al quale il lodo irrituale è soggetto al regime delle impugnative negoziali in ragione della sua natura di negozio di accertamento — si riflettono nel difetto di motivazione sulla necessità di fare applicazione della disposizione censurata e, quindi, in ordine alla rilevanza della questione rispetto al giudizio a quo ». In pratica, sia nella ipotesi di arbitrato irrituale che di perizia contrattuale la decisione degli arbitri-periti è impugnabile soltanto attraverso le tipiche azioni di annullamento del contratto, e non anche attraverso gli strumenti previsti dal codice di rito civile per i lodi rituali. In tal senso: Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, cit.; Cass., 27 settembre 2002, n. 14015, in *Dir. e prat. Soc.*, 2003, 17, 85.



« risolvere la lite così come essa si sarebbe posta ove non fosse stato stipulato il patto compromissorio irrituale »<sup>(32)</sup>.

6. Individuato, seppur brevemente, il percorso teorico a monte della decisione in commento e confermata, quindi, la correttezza delle conclusioni raggiunte — ove assimilabile all'arbitrato libero — in ordine all'efficacia del responso del perito arbitrale, occorre ancora, prima di concludere, però, chiedersi se la fattispecie in esame possa di fatto essere ricondotta ad un'ipotesi di perizia arbitrale<sup>(33)</sup>.

Pur avendo, infatti, nelle precedenti pagine, distinto in considerazione della loro funzione e, conseguentemente, della loro regolamentazione, i due istituti, in ombra è rimasta la comprensione se, nel caso di specie, in cui i soci si sono impegnati « *contrattualmente insieme con le eredi a seguire la stima per liquidare la quota sociale del defunto (...) alle eredi stesse* »<sup>(34)</sup> effettuata da un terzo-perito, si sia di fatto optato per l'uno o l'altro strumento.

La questione, già particolarmente complessa in un sistema privo di un'espressa regolamentazione legislativa dell'istituto, è, peraltro, aggravata dal fatto che la fattispecie in esame non appare immediatamente annoverabile nei classici casi cui la dottrina si riferisce nello studio della perizia contrattuale<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Sul punto v. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 264-265, secondo cui « *alla luce della costruzione qui sostenuta, non si può condividere l'idea per cui l'annullamento del lodo o la sua dichiarazione di nullità comporterebbe la necessità per le parti d'instaurare un nuovo arbitrato. Qui si tratta, non di escludere l'applicabilità dell'art. 830 c.p.c., che ovviamente non può venire in gioco, quanto di seguire semplicemente la logica del comma secondo dell'art. 1349 c.c. Di conseguenza, se le parti hanno previsto che, nel caso in cui la determinazione del terzo manchi o venga eliminata, si debba ricorrere ad una nuova determinazione arbitrale, si procederà ovviamente in questo senso. Ma, se le parti nulla hanno previsto, cade anche il contratto a cui quella determinazione doveva accedere, ossia la convenzione per arbitrato irrituale* ». Ciò comporta, come indicato nel testo, che il giudice procederà alla decisione della controversia come se il patto compromissorio non vi fosse mai stato.

<sup>(33)</sup> Tale questione non è trattata dalla S.C. che, enunciando il principio di diritto, si è limitata a rinviare, ex artt. 392 ss. c.p.c. ai giudici di merito.

<sup>(34)</sup> Quelle tra virgolette sono parole della sentenza in commento.

<sup>(35)</sup> In tal senso v. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 288 che distingue quattro ipotesi tipiche. Una prima ipotesi di perizia arbitrale è riscontrabile nella clausola del contratto a prestazioni corrispettive con cui le parti demandano ad un terzo il compito di accertare — a prescindere dalle conseguenze giuridiche che ne possono derivare — se una certa prestazione, posta in essere da una di loro, sia o meno conforme a quella pattuita. Un esempio in tal senso è rappresentato dal caso in cui nel contratto di compravendita di una data merce i contraenti abbiano demandato ad un terzo il compito di stabilire se questa abbia o meno qualità corrispondenti a quelle pattuite (c.d. arbitrato di qualità). Altra fattispecie è, invece, riscontrabile in presenza dell'attribuzione delle parti al terzo del compito di accertare l'ammontare del danno causato da un dato evento o il nesso causale intercorrente tra un certo comportamento ed un fatto dannoso. Il riferimento è ad alcuni contratti di assicurazione infortuni contenenti la clausola per cui l'accertamento del grado d'invalidità dall'infortunio ovvero la presenza del nesso causale tra un determinato fatto e un evento è attribuito ad un collegio di periti. Il terzo caso si verifica, poi, quando al terzo venga affidato il compito di accertare se un dato

Quale è, dunque, il ruolo svolto dal terzo-perito a cui le parti (eredi e soci) nel caso di specie hanno chiesto di quantificare il valore delle quote del socio defunto per liquidarle in favore delle sue eredi? La quantificazione del valore delle quote costituisce la determinazione della prestazione contrattuale rimasta indeterminata, come avviene nel classico esempio di arbitraggio in cui le parti chiedono al terzo la fissazione del prezzo (mancante) di un contratto di compravendita, ovvero l'accertamento di una questione rilevante per il preesistente rapporto tra loro intercorrente?

Sebbene si tratti di situazioni, spesso a limite, in cui particolarmente importante è l'individuazione della volontà espressa dai contraenti a chi scrive sembra che anche l'ipotesi in parola possa essere ascritta all'area della perizia arbitrale. E, infatti, i periti, lungi dall'essere chiamati a completare la regolamentazione contrattuale delle parti, sono invero, nell'ipotesi in esame, stati delegati a « *stimare il valore della società al momento del decesso dell'accomandatario* »<sup>(36)</sup>, stima possibile solo attraverso l'accertamento, ai sensi dell'art. 2289, comma 2, c.c., della situazione patrimoniale della società<sup>(37)</sup>.

Più specificamente, infatti, atteso che l'art. 2284 c.c. predispone nell'ipotesi di morte di uno dei soci — e salvo il caso di scioglimento della società ovvero continuazione della stessa con gli eredi consenzienti — la liquidazione in denaro agli eredi del valore della quota e che questa avviene, ex art. 2289, comma 2, c.c., « *in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento* », che in relazione all'evento morte è limitato al socio defunto, chiaro appare il ruolo del perito. Questi non è, dunque, chiamato a concorrere alla progressiva formazione di un regolamento contrattuale, ma ad accertare<sup>(38)</sup> la situa-

---

comportamento costituisca o meno la violazione di una legge. Una situazione del genere può verificarsi, ad esempio, ove si chieda al terzo di accertare se in concreto una certa attività possa qualificarsi come atto di concorrenza sleale ovvero come giusta causa di recesso da un contratto ecc. Infine, la quarta ipotesi di perizia contrattuale è riconducibile alle c.d. clausole di adeguamento proprie dei rapporti contrattuali di durata. Un esempio in tal senso è rappresentato dal contratto a prestazioni corrispettive di durata quando si verifichi un mutamento delle circostanze tale da alterare in modo significativo l'equilibrio tra le prestazioni. In tal caso, onde evitare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., nel contratto può essere inserita una clausola grazie a cui si affida, alla luce della nuova situazione di fatto, ad un terzo-perito il compito di trovare un nuovo punto di equilibrio tra le prestazioni corrispettive.

<sup>(36)</sup> Quelle tra virgolette sono parole della decisione annotata.

<sup>(37)</sup> La fattispecie è individuata come ipotesi di perizia arbitrale anche da BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 7, il quale evidenzia come in tal senso si sia espresso WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1978, 9.

<sup>(38)</sup> La situazione è, dunque, analoga a quella che si presenta nei classici esempi di perizia contrattuale quali l'ipotesi in cui i contraenti chiedono al terzo di accertare se la qualità di una data merce corrisponda o meno a quella pattuita, ovvero del contratto di assicurazione infortuni, in cui le parti demandano ad uno o più periti il compito di accertare il grado d'invalidità dell'assicurato o in quella di presunta violazione di una legge ecc. Neanche in tali fattispecie le parti aspirano a completare la regolamentazione del loro rapporto, ma solo ad accertare una questione di fatto necessaria per la risoluzione delle controversie giuridiche fondate su quello stesso rapporto.

zione patrimoniale della società, questione di fatto rilevante nella liquidazione della quota ovvero in relazione al preesistente rapporto giuridico intercorrente tra le parti. E, infatti, solo una volta stimato il valore patrimoniale della società, diviene possibile liquidare alle eredi il credito del socio defunto.

FRANCESCA TIZI

## I

TRIBUNALE DI TREVISO, decreto del 31 luglio 2015; Rossi *Pres.* ed *Est.*; Zaniolo e Zangobbo (avv.ti G. Molin e R. Trolese) c. Scopel e Scopel.

**Lodo - Esecutorietà - Diritti indisponibili - Usucapione - Opponibilità erga omnes - Trascrizione - Accordo di mediazione.**

*L'acquisto per usucapione di un diritto di proprietà immobiliare implica accertamento su situazione indisponibile, dunque non arbitrabile a termini dell'art. 806 c.p.c. L'usucapione non è vicenda negoziale nella disponibilità delle parti e ciò che non è accertabile dalle parti non è accertabile neppure dagli arbitri.*

## II

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, ordinanza del 3 dicembre 2015; BRUNI *Pres.* ed *Est.*; Zaniolo e Zangobbo (avv.ti G. Molin e R. Trolese) c. Scopel e Scopel.

**Lodo - Esecutorietà - Diritti indisponibili - Usucapione - Opponibilità erga omnes - Trascrizione - Accordo di mediazione.**

*L'acquisto per usucapione di un diritto di proprietà immobiliare può essere accertato anche dagli arbitri, l'assunto contrario apparendo ancorato a dati normativi superati. Dopo la riforma del 2006, la sentenza arbitrale va equiparata in toto a quella del Giudice ordinario e il Lodo può essere trascritto o annotato in tutti i casi in cui sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto.*

*L'arbitrato è procedimento che ha caratteristiche conformi al processo avanti all'AGO e ciò si desume anche dagli artt. 817 e 819 ter c.p.c. (che definiscono in termini di competenza i poteri degli arbitri in sé ed in rapporto con l'AGO, prevedendo l'esperibilità del regolamento di competenza); nonché dall'art. 819 bis c.p.c. che consente agli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale.*

*L'art. 84 bis del D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito nella L. 98/2013, che prevede la trascrizione degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione impone, inoltre, di attribuire al Lodo arbitrale valenza almeno equivalente all'accordo di mediazione, vieppiù se si tiene conto che l'arbitro non si limita a constatare la comune volontà negoziale ma provvede, sulla base di una istruttoria, decidendo secondo diritto in rito e nel merito.*

## I

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — A mente dell'art. 806 c.c. "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili".

La fonte del potere degli arbitri risiede dunque nella volontà delle parti di sottoporre alla loro decisione la definizione di una controversia. Si tratta di un procedimento di natura privata e non giurisdizionale (Cass., Sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21585; Cass., Sez. I, 1 aprile 2011, n. 7574), il cui presupposto necessario è la sussistenza del potere delle parti di disporre liberamente dei diritti sottoposti al giudizio degli arbitri (Cass., Sez. Unite, 5 maggio 2011, n. 9839).

Se mancasse tale potere gli arbitri perderebbero la loro legittimazione, in quanto i medesimi non possono disporre dei diritti controversi in misura superiore rispetto a quanto lo possano le parti.

L'accertamento dell'acquisto della proprietà di un bene immobile per intervenuta usucapione non può dunque essere oggetto di un arbitrato, in quanto non è accertabile dalle parti e, pertanto, non è accertabile nemmeno dagli arbitri.

L'acquisto per usucapione non è una vicenda negoziale, il diritto di proprietà da essa derivante, in quanto formatosi a titolo originario, non è nella disponibilità delle parti coinvolte. Le medesime non possono escluderlo convenzionalmente (tutt'al più vi possono rinunciare dopo che si è perfezionato), né possono accertarlo con efficacia nei confronti di terzi, formando un atto ricognitivo di natura "confessoria".

Un tale accertamento è possibile solo in via giudiziale, anche nell'ipotesi che tra precedente proprietario e asserito usucapente non sia insorta alcuna controversia, poiché questi non possono disporre dell'usucapione. Ciò che le parti possono eventualmente rimettere al giudizio di un arbitro è la controversia sulla sussistenza del possesso *ad usucapionem*, la cui decisione, però, produce effetti solo tra le parti medesime, loro eredi ed aventi causa, e non nei confronti di terzi (ex artt. 824 *bis* c.p.c. e 2909 c.c.).

Nel caso di specie, il giudizio arbitrale non era volto a definire una controversia sul possesso (anzi, non era volto a definire alcuna controversia, posto che il diritto vantato dagli attori non è stato contestato dai convenuti), quanto, piuttosto ad accertare l'intercorsa usucapione al fine di renderla opponibile *erga omnes* e trascriverla nei registri immobiliari (così si afferma a pag. 1 dell'atto di compromesso), il medesimo difetta, dunque, dei presupposti legali per la sua validità.

A comprova dell'impossibilità che un lodo arbitrale possa produrre gli effetti di una sentenza di accertamento di usucapione vi è anche la recente riforma operata con il D.L. n. 69/2013, convertito nella L. n. 98/2013, con la quale è stata introdotta nel nostro ordinamento la possibilità, fino ad allora inibita, di effettuare la trascrizione di un accordo privato (maturato nell'ambito di un procedimento di mediazione assistita) che riconosce avvenuto un acquisto per usucapione.

La nuova normativa, infatti, non attribuisce a tale accordo l'efficacia di una sentenza di accertamento da trascrivere ai sensi dell'art. 2651 c.c., ma lo assimila ad un trasferimento a titolo derivativo, opponibile alle sole parti che l'hanno perfezionato, loro eredi ed aventi causa, trascrivibile esclusivamente ai sensi dell'art. 2643 c.c..

## II

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — Con reclamo depositato in via telematica ex art. 825, ultimo comma, cpc, Zaniolo Roberto e Zangobbo Luana lamentano che il Tribunale di Treviso abbia negato l'esecutività del lodo, emesso

*inter partes* il 24 giugno 2015 dall'arbitro unico Avv. Cristian Cremasco il quale aveva accertato l'intervenuta usucapione a favore delle parti reclamanti del fondo meglio descritto, sul rilievo che l'accertamento dell'acquisto della proprietà di un bene immobile non può essere oggetto di arbitrato perché, in quanto l'acquisto a titolo originario, esso non è equiparabile ad una vicenda negoziale, e dunque non può essere accertato dalle parti e per traslato neppure dagli arbitri a cui esse abbiano fatto ricorso.

Le parti resistenti non si sono costituite.

Il reclamo, sviluppato su molteplici argomentazioni, è fondato.

Anzitutto va rilevato in via preliminare che l'art. 825 cpc circoscrive i poteri del Tribunale al controllo di regolarità formale ed è pacifico in dottrina che la cognizione deve intendersi come regolarità documentale, esclusa quella di tipo impugnatorio.

In ogni modo, ove anche si volesse concedere al Tribunale un sindacato esteso a rilievi di nullità (posto che all'epoca il termine *ex art. 830 cpc* non appare fosse già decorso) l'assunto che gli arbitri non possano accertare l'usucapione appare ancorato a dati normativi ormai superati. E, infatti, è ormai pacifico che, dopo la riforma del 2006, la sentenza arbitrale va equiparata in tutto a quella emessa dei giudici ordinari: tanto risulta espressamente riconosciuto dall'art. 824 *bis* e dallo stesso art. 825 cpc laddove prevede che "il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi in cui sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto". La conclusione normativa rappresenta il coerente epilogo di un procedimento che ha caratteristiche conformi a quello avanti all'AGO come è reso evidente da varie norme, per il cui articolato commento si rinvia al reclamo limitandosi qui a richiamare sia gli artt. 817 e 819 *ter* cpc — che definiscono in termini di competenza i poteri degli arbitri sia in sé sia in rapporto con l'AGO, e la possibilità di esperire il regolamento di competenza — sia l'art. 819-*bis* cpc che consente agli arbitri di sollevare questione di legittimità.

In secondo luogo, fermo che la preclusione all'arbitrato non può derivare dall'art. 806 cpc poiché i diritti reali sono indisponibili, appare recessivo anche l'asserito divieto di accertamento dell'usucapione a mezzo di un negozio tra privati.

Va tenuto conto, infatti, del n. 12 *bis* dell'art. 2643 c.c. introdotto dall'art. 84 *bis* del dl 21 giugno 2013, n. 69, conv. nella legge n. 98/2013, che prevede la trascrizione degli accordi di mediazione che accertano l'usucapione, purché la sottoscrizione del processo verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Vero questo, e posto dunque che il legislatore ha ritenuto prevalente l'esigenza di semplificazione rispetto al rischio di possibili collusioni tra privati, pare alla Corte che la ratio sottesa all'innovazione normativa imponga di riconoscere al lodo arbitrale valenza almeno equivalente all'accordo di mediazione. Vieppiù se si tiene conto che l'arbitro non si è limitato a constatare una comune volontà negoziale ma che ha provveduto ad istruttoria mediante escussione di testi decidendo secondo diritto sia nel merito sia in procedura.

Pertanto il reclamo va accolto; nulla per le spese stante la mancata opposizione.

## **Lodo arbitrale e accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione di un diritto di proprietà immobiliare: i confini attuali della nozione di indisponibilità della situazione giuridica.**

1. Il decreto del Tribunale di Treviso e l'ordinanza della Corte d'appello di Venezia ci offrono l'opportunità per ritornare su questioni già affrontate, sia pure in anni ormai lontani <sup>(1)</sup>, con l'intento di chiarire e precisare ulteriormente un punto di vista su un tema che, negli ultimi anni, ha continuato a dividere la dottrina <sup>(2)</sup>.

Si tratta, da un canto, di spendere qualche ulteriore riflessione sulla necessità che il sistema consenta di devolvere agli arbitri esclusivamente le controversie che hanno ad oggetto situazioni disponibili; dall'altro, di puntualizzare e di meglio argomentare sui contorni del concetto di indisponibilità, concetto che non sempre (ed il decreto trevisano ne è riprova) i nostri operatori maneggiano con la dovuta delicatezza.

La riforma dell'arbitrato varata nel 2006 sembrava aver definitivamente posto fine al tentativo, pur esperito dal legislatore italiano, anche se vivacemente contrastato da una parte della dottrina <sup>(3)</sup>, di ampliare lo spettro delle materie arbitrabili anche oltre i confini all'epoca disegnati dall'art. 806 c.p.c. <sup>(4)</sup> (controversie che potevano formare oggetto di transazione).

---

<sup>(1)</sup> Sia consentito il richiamo a CRISCUOLO, *La nullità del contratto, tra ordine pubblico e disponibilità dei diritti*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano 1993, 359 ss.; ID., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in questa *Rivista*, 1998, 276 ss.; ID., *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in questa *Rivista*, 2002, 45 ss.

<sup>(2)</sup> TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, 209 ss.; P. PERLINGIERI, *Arbitrato e costituzione*, Napoli, 2002, *passim*, spec. 21 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, in *Atti del 10° Convegno SISDIC "L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale"*, Napoli, 2016, 575 ss.

<sup>(3)</sup> Senza pretesa di esaustività, possono qui richiamarsi i classici contributi di REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, s.d., 786 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 759; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 206; DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in questa *Rivista*, 1985, 187 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Padova, 1988, 155; DE NOVA, *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 2, 401 ss.; GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. Impr.*, 1991, 269; RICCI, *Sui poteri (e doveri) di arbitri irrituali di fronte a una questione di nullità di patti parasociali per contrarietà a norme imperative*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 287; GROSSI, *Competenza degli arbitri in ordine alla nullità del contratto*, in questa *Rivista*, 1992, 339; TETI, *L'arbitrato nelle società*, in questa *Rivista*, 1993, 279 ss.

<sup>(4)</sup> Il tentativo più esplicito, in questa direzione, fu rappresentato dalla formulazione dell'art. 12 della Legge delega sulla riforma del diritto societario, la n. 366/2001, il quale, al comma 3, così disponeva: "Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge".

In realtà, le ragioni che mettevano capo a quei tentativi apparivano prevalentemente di natura empirica, consistendo per lo più nell'idea che ciò potesse favorire il ricorso degli operatori ad un processo privato, sostanzialmente un surrogato del processo innanzi al giudice dello Stato, con riflessi positivi per la deflazione del carico degli uffici giudiziari. L'impatto sistematico di tali tentativi, soprattutto se messo in relazione con le finalità pratiche perseguite, ha dissuaso dal perseverare in questa direzione.

Dunque ci troviamo, ancora oggi, nella situazione di doverci confrontare con il limite codificato della arbitrabilità delle sole controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.

Pur comprendendo — e in larga misura condividendo — le argomentazioni di coloro che, valorizzando gli indiscutibili connotati giurisdizionali del fenomeno arbitrale, premono per un superamento del limite in discorso, s'è già avuto modo di ribadire le ragioni essenziali di dissenso rispetto a tale punto di vista.

Se, infatti, è pacifico<sup>(5)</sup>, ormai — come scrive assai incisivamente anche la Corte d'appello di Venezia laddove sottolinea le “*caratteristiche conformi*” che il processo arbitrale presenta rispetto ai procedimenti giurisdizionali —, che l'arbitrato partecipa della natura dei processi giurisdizionali e che dunque, a tale stregua, non può prescindere dai principi e dalle regole che disciplinano l'esercizio dell'attività consistente nell'applicazione del diritto oggettivo, nel dispensare, cioè, ragioni e torti *secundum regulas iuris*, è altrettanto pacifico che il modello del procedimento arbitrale si connota inevitabilmente per il suo essere espressione di autonomia negoziale, in ogni sua fase, dalla sua genesi, passando per la fase strettamente procedimentale, fino al suo epilogo.

Si tratta di una manifestazione di quel potere che appartiene ai privati prima ed a prescindere dallo Stato, che valica i limiti territoriali della

---

In particolare, l'aver previsto l'arbitrabilità anche con riferimento ai casi nei quali la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione (così estendendo la portata dell'arbitrato societario oltre i limiti generali fissati dall'art. 806 c.p.c. che, nella vecchia formulazione, identificava la disponibilità del diritto con la sua transigibilità) fu considerato il *vulnus* principale al naturale radicamento dell'arbitrato nel terreno dell'autonomia privata. Già in quella circostanza, peraltro, il tentativo non riuscì, giacché l'art. 34, comma 1, del D.Lgs. 5/2003 ebbe cura di ribadire i limiti della devolvibilità in arbitri anche delle controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società, precisando che tali limiti andavano rinvenuti nella disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale, oggetto di controversia. Cfr. AA.VV., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 7 novembre 2002, in particolare pagg. 33 ss. Da allora, abbiamo assistito anche ad altri tentativi di proporre il superamento del divieto della arbitrabilità di situazioni indisponibili, ma mai tali tentativi si sono risolti nella approvazione di un testo legislativo in questo senso.

Con la nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c., i tentativi sono parsi definitivamente abbandonati.

<sup>(5)</sup> CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 2015, 479 ss.



sovranità, ma che con l'ordine pubblico deve misurarsi nel momento nel quale si chiede allo Stato stesso di munire l'atto dell'arbitro della forza di conformare le condotte dei privati.

E il nostro sistema costituzionale dell'autonomia privata si fonda sulla disponibilità delle situazioni naturalmente rimesse a quel potere, sicché negare il limite dell'arbitrabilità delle sole situazioni disponibili significa negare il radicamento del modello arbitrale nel terreno dell'autonomia; significa, insomma, trasformare l'arbitrato da fenomeno astattuale o prestatuale in un istituto del diritto positivo, privandolo di quel connotato di libertà e piegandolo a regole di dettaglio mutevoli e spesso incoerenti. Insomma, trasformarlo in un processo come dinnanzi ad un qualsiasi giudice di pace.

Non appare pertanto appropriato porsi il problema se, esercitando l'opzione arbitrale, i privati dispongano o meno del diritto controverso, risultando oltretutto abbastanza evidente il condizionamento di cui la situazione controversa risente in ragione della libera scelta del giudice privato rispetto al giudice statale e, soprattutto, della libera scelta delle regole del procedimento, salvi sempre i principi intangibili di ordine pubblico processuale.

Se così è, il vero problema diviene quello di delineare gli attuali confini della mobile nozione di indisponibilità.

Si tratta di una nozione connessa a quelle di illiceità e di ordine pubblico, dal contenuto relativo, storico e suscettibile di variare in ragione della cultura del tempo cui appartiene. Infatti, illiceità, ordine pubblico e disponibilità sono concetti storici, da plasmarsi all'interno di frontiere mobili, non in astratto né *a priori*, ma in base alla concreta valutazione interpretativa di istanze logiche e metodologiche, che siano il portato di un approccio sistematico ed attento ai valori fondanti una data comunità in un dato momento storico. Per questa ragione non spetta al legislatore stabilire quali diritti siano disponibili e quali non lo siano, il carattere inderogabile della norma che li disciplina atteggiandosi a *posterius* rispetto all'indagine in ordine agli interessi ed ai valori che attraverso quella regola vengono in gioco, nonché alle finalità che essa intenda perseguire. È dunque all'interprete che spetta il giudizio sulla disponibilità, come quello circa il carattere inderogabile della norma e nulla impedisce che tale giudizio in concreto conduca, col mutare dei valori condivisi, al risultato di restringere o espandere l'ambito delle materie sulle quali può esercitarsi il potere autoregolamentare dei privati.

Così, con riferimento al tempo attuale, potrebbe affermarsi che il concetto di indisponibilità non abbia più niente a che vedere con i così detti interessi pubblici, ben potendo ipotizzarsi che anche interessi esclusivamente privati vadano valutati, con riferimento alla disponibilità del titolare di essi, alla luce del complesso delle regole e dei principi rilevanti nell'ipotesi concreta, variando la valutazione a seconda che altri interessi,

riferibili in ipotesi anch'essi ad individui, debbano necessariamente prevalere.

2. Così delineati il contesto e l'opzione metodologica assunta, occorre verificare l'uso che il Giudice trevisano ha compiuto dei concetti e delle categorie sin qui evocati.

Questi, in sintesi, i passaggi salienti del Decreto del Tribunale: la fonte del potere degli arbitri, innanzi ai quali si svolgerebbe un procedimento non giurisdizionale, risiede nella volontà delle parti; gli arbitri non possono disporre dei diritti controversi in misura superiore rispetto a quanto non sia dato di disporne alle parti; l'acquisto per usucapione non è accertabile dalle parti, *ergo* neppure dagli arbitri, non essendo una vicenda negoziale, non potendo essere escluso negozialmente, non potendo le parti accertarlo con efficacia nei confronti di terzi, ma essendo esse tenute all'accertamento giudiziale; un ultimo passaggio è riservato alla normativa di recente introduzione che consente la trascrivibilità degli accordi di mediazione ricognitivi dell'avvenuto acquisto per usucapione, per affermarne l'impertinenza rispetto alla questione dibattuta sul presupposto che la nuova normativa non attribuirebbe a tale accordo efficacia di sentenza di accertamento trascrivibile ai sensi dell'art. 2651 c.c. ma lo assimilerebbe ad un trasferimento a titolo derivativo, opponibile esclusivamente *inter partes* ai sensi dell'art. 2643 c.c.

Siffatte argomentazioni sono state tutte superate dalla Corte d'Appello territoriale, la quale, oltre a premettere che esse esorbitano dal potere di controllo di regolarità formale del lodo che l'art. 825 c.p.c. affida al Tribunale, attenendo alla cognizione impugnatoria, in sintesi così motiva: dopo la riforma del 2006 non può essere più messa in dubbio l'equiparazione *in toto* tra lodo arbitrale e sentenza giurisdizionale ed è espressamente disposta la trascrivibilità di esso in tutti i casi ed a tutti i fini per i quali è prevista la trascrizione della sentenza; l'impianto della riforma conferma la partecipazione dell'arbitrato rituale alla natura dei procedimenti giurisdizionali; l'art. 806 c.p.c., invocato dal Tribunale, non può costituire limite all'arbitrabilità della specifica controversia in quanto i diritti reali, sui quali essa verte, sono diritti pacificamente disponibili; né infine può dirsi che esista un divieto di accertamento dell'usucapione a mezzo di un negozio tra privati tenuto conto della novità legislativa di cui al n. 12 *bis* dell'art. 2643 c.c., la quale novità impone quantomeno di riconoscere al lodo arbitrale valenza equivalente a quella dell'accordo di mediazione.

Così sintetizzati i passaggi salienti delle due motivazioni, emerge anche superficialmente la irragionevolezza della accezione del concetto di indisponibilità accolta dal Tribunale.

Già alla base del ragionamento svolto dal primo Giudice vi è una

premessa non omologabile, e cioè che le parti possano devolvere in arbitri soltanto quanto sia in loro potere perfezionare personalmente, dal che l'ulteriore e neppure del tutto coerente affermazione secondo la quale l'indisponibilità del diritto dovrebbe trarsi rispetto a tutte quelle ipotesi nelle quali le parti non possano negoziabilmente ottenere un dato effetto in quanto l'ordinamento lo fa unicamente conseguire ad una pronuncia giudiziale.

Si tratta di due affermazioni inadeguate ad offrire argomenti a sostegno di una coerente e conducente ricostruzione del concetto di indisponibilità al fine di individuare l'ambito delle materie arbitrabili.

Ed invero, come già accennato, il richiamo alla disponibilità, un tempo operato attraverso il rinvio all'area della transigibilità<sup>(6)</sup>, se, da un canto, segna l'irrefutabile radicamento dello strumento arbitrale sul terreno dell'autonomia privata e del diritto astattuale (ché, se così non fosse, ci troveremmo di fronte ad un qualsiasi istituto di diritto positivo, sottratto al governo di quel potere originario di cui stiamo discorrendo), dall'altro canto, non può non tener conto che l'arbitrato partecipa anche della natura dei processi oggettivamente giurisdizionali e che, a questa stregua, è strumento tendenzialmente in grado di offrire garanzie adeguate rispetto a qualsiasi tipo di lite ed a qualsiasi interesse tutelando. Pertanto, il limite della disponibilità deve necessariamente adattarsi a questa duplice natura, prescindendo da tutto ciò che appare condizionato dal pregiudizio circa la natura non giurisdizionale dell'attività degli arbitri.

Di talché il concetto di disponibilità ai fini dell'arbitrabilità non può del tutto coincidere con l'area della negoziabilità intesa come possibilità di raggiungere l'effetto divisato anche con lo strumento contrattuale<sup>(7)</sup>, essendo sufficiente l'astratta esistenza, rispetto al diritto, del potere negoziale; come pure fuorviante appare condurre l'indagine sulla disponibilità

---

<sup>(6)</sup> Come già argomentato (CRISCUOLO, *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Vol I, Milano, 1993, 359 ss.), il richiamo operato dal previgente art. 806 c.p.c. alle materie transigibili, pur apparendo figlio della vecchia e superata assimilazione dello strumento arbitrale a quel modello negoziale, altro non era che un indiretto rinvio all'area della transigibilità segnata dall'art. 1966 c.c., dunque al concetto di disponibilità ivi sancito. Concetto che, con valenza sistematica, ha contribuito, attraverso la disciplina del tipo in esame, a delineare il limite di ciò che l'ordinamento naturalmente affida al potere autoregolamentare dei privati.

<sup>(7)</sup> Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che la *ratio* del limite della indisponibilità vada riferita al fatto che le parti non possono, con un accordo privato, raggiungere lo stesso effetto che è proprio di una pronuncia giudiziale. Si vedano, in proposito, i rilievi di E. F. RICCI (*Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2003, 522), il quale, per tali ragioni, a proposito della disciplina dell'arbitrato societario, conclude nel senso della non compromettibilità delle controversie relative alla nullità delle delibere assembleari. Analogamente anche PUNZI (in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, 430) il quale afferma che "non è ammesso, nel nostro ordinamento, conseguire, a mezzo del dictum degli arbitri, quell'effetto contra legem che è interdito alle parti di ottenere direttamente con un atto di disposizione o con una transazione"; cfr. anche CONSOLO, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in questa *Rivista*, 2003, 241 ss.

esclusivamente parametrandola al processo e facendola sostanzialmente coincidere con i profili attinenti alla legittimazione ad agire ed all'efficacia soggettiva delle decisioni <sup>(8)</sup>.

Insomma, a termini dell'art. 806 c.p.c., una corretta ricostruzione dell'ambito della disponibilità dei diritti non può che tenere in considerazione la duplice natura, ad un tempo negoziale e processuale, dello strumento arbitrale; il che vale a dire che il limite funzionale, atto a precludere la devolvibilità ad arbitri di una data lite, deve necessariamente prescindere dagli effetti che in concreto il lodo può determinare. Se così è, il diritto (si badi, non il rapporto) può dirsi indisponibile tutte le volte che l'ordinamento non riconosce alcun rilievo al potere negoziale, essendo sufficiente, ai fini di una positiva valutazione circa la compromettibilità, che il privato possa in qualche modo disporre del diritto, non costituendo preclusione neppure l'eventuale esistenza di norme inderogabili che ne conformino le modalità di esercizio <sup>(9)</sup>.

Dunque, la situazione sostanziale può pacificamente dirsi disponibile tutte le volte che l'ordinamento non escluda il rilievo dell'autonomia privata, persino quando siano in discussione gli effetti producibili attraverso una semplice dichiarazione di volontà, esattamente come nel caso del diritto di proprietà (pacificamente appartenente al novero dei diritti disponibili) e dell'usucapione, intesa come modo d'acquisto a titolo originario *erga omnes*, effetto quest'ultimo, sì effetto legale non conseguibile unicamente con l'esercizio del potere negoziale, ma, anche come tale (cioè come effetto legale), pacificamente disponibile in quanto riconducibile ad una situazione giuridica di cui i privati possono disporre, ad esempio attraverso rinunce, transazioni e, da qualche anno a questa parte, anche accordi di mediazione.

3. Quest'ultima constatazione trova piena valorizzazione nella motivazione della Corte d'Appello veneziana, la quale, sorvolando volutamente sulla anacronistica distinzione, ai fini che ci occupano, tra acquisto a titolo originario ed acquisto a titolo derivativo, ma appuntandosi sulla sostanza del fenomeno — e cioè sulla esistenza di uno strumento che, attraverso la trascrizione, consente l'opponibilità *erga omnes* dell'acquisto —, argomenta sulla indiscutibile appartenenza della vicenda all'area della negoziabilità intesa nei termini di cui sopra.

La vicenda in esame, come è noto, ha avuto un accidentato percorso

---

<sup>(8)</sup> BARLETTA, *La "disponibilità" dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 987 ss.

<sup>(9)</sup> E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 522 ss.; e, più recentemente, MOTTO, *Controversie arbitrabili*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del codice di procedura civile*, vol. III, tomo 2, diretto da A. Briguglio e B. Capponi, Padova 2009, 463 ss.

giurisprudenziale <sup>(10)</sup>, soprattutto nel periodo precedente alla disciplina introdotta col D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni nella L. 9 agosto 2013 n. 98, disciplina che ha ampliato il novero degli atti soggetti a trascrizione e che ha risolto i dubbi degli interpreti prevedendo la partecipazione del notaio con ogni conseguenza in punto di controllo sostanziale e di certezza dei rapporti giuridici.

In proposito, poco appassiona la ricerca, da parte della dottrina, segnatamente di ispirazione notarile, di un *tertium genus* fra acquisto a titolo originario ed acquisto a titolo derivativo (per lo meno in ordine ai conseguenti effetti nei confronti dei terzi), giacché la questione rilevante, nella specie, rimane unicamente quella della retroattività/irretroattività dell'effetto acquisitivo e della opponibilità all'usucapiente di trascrizioni ed iscrizioni pubblicate a carico dell'usucapito.

Insomma, il problema che ci occupa, e cioè quello della possibilità di accertare negozialmente l'acquisto per usucapione, non è minimamente condizionato dai dubbi circa il tempo dell'acquisto, rimanendo definitivamente riconosciuto, attraverso l'istituto di cui si discorre, che la vicenda dell'usucapione attiene ad una situazione giuridica *lato sensu* negoziabile, dunque disponibile, perfino nella sua natura di effetto legale, radicandosi in un ambito, quello dei diritti reali patrimoniali, rispetto ai quali ben altre sono le eventuali ragioni di indisponibilità.

Quanto da ultimo osservato completa assai opportunamente la mo-

---

<sup>(10)</sup> Sul punto, il Tribunale di Roma, con due distinti decreti del 22 luglio 2011 e dell'8 febbraio 2012, ha precisato che il verbale di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione "non fosse titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari" in quanto negozio non riconducibile a nessuna delle ipotesi tassativamente previste in seno all'art. 2643 c.c. in quanto l'accordo non poteva ricondursi ad un accordo transattivo, bensì ad un negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva. Questa conclusione origina dalla considerazione che l'accordo di mediazione avrebbe potuto essere utilizzato dalle parti in maniera impropria, finendo per compromettere la funzione di certezza dei rapporti giuridici garantiti da una corretta pubblicità immobiliare.

In senso conforme, si è espresso il Tribunale di Massa (ordinanza del 2 febbraio 2012) ponendo l'accento sul differente ruolo svolto dai "mediatori" rispetto all'Autorità Giudiziaria, giacché i primi si limitano a facilitare l'incontro delle volontà delle parti senza prendere posizione sul merito della controversia.

In una posizione intermedia si è posto, invece, il Tribunale di Lamezia Terme, con il decreto del 17 febbraio 2012, il quale riteneva ammissibile la trascrizione solo a seguito di verifica della non contrarietà all'ordine pubblico e della formale regolarità e, quindi, a seguito di specifica omologa, dell'accordo.

Possono tuttavia annoverarsi anche pronunzie favorevoli alla trascrizione, come le pronunce del Tribunale di Palermo (Sez. Distaccata di Bagheria, ordinanza del 30 dicembre 2011) e del Tribunale di Como (Sez. Distaccata di Cantù, ordinanza del 2 febbraio 2012) le quali, pur riconoscendo la non trascrivibilità di un accordo conciliativo avente ad oggetto l'accertamento dell'usucapione, hanno riqualificato l'accordo come una transazione in senso lato e, quindi, non quale mero negozio di accertamento (dichiarativo dell'intervenuta usucapione), ma quale negozio di disposizione posto in essere dalle parti nell'esplicazione della loro autonomia privata (*ex art. 1322 c.c.*), sicché l'accordo conciliativo in materia di usucapione sarebbe stato trascrivibile non per il suo contenuto accertativo ma per il suo contenuto dispositivo-transattivo.

tivazione dell'ordinanza della Corte d'Appello di Venezia, giacché dà conto, esemplificandola, della non necessaria coincidenza, ai fini dell'arbitrabilità di una questione, tra negoziabilità intesa come possibilità di raggiungere l'effetto attraverso lo strumento contrattuale e disponibilità della situazione, intesa come radicamento del diritto sul terreno degli interessi autoregolamentabili.

Senza contare che la natura dichiarativa della sentenza di cui si discorre, natura ripetutamente sancita dalla Suprema Corte <sup>(11)</sup>, dà conto di un effetto che è, sì, legale, ma che si verifica indipendentemente dal provvedimento giurisdizionale, dal che ne risulta confermato che il problema dell'usucapione non è affatto quello della disponibilità della situazione ai fini dell'acquisto ma unicamente quello, di tutt'altro ordine, della opponibilità ai terzi dell'acquisto medesimo.

FABRIZIO CRISCUOLO

---

<sup>(11)</sup> Cass. Civ. Sez. II, n. 2485, 5 febbraio 2007, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. Civ., Sez. V, n. 12609 del 19 marzo 2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.



## II) STRANIERA

### Sentenze annotate

PAESI BASSI - RECHTBANK DEN HAAG, Camera commerciale, sentenza 20 aprile 2016; cause riunite *The Russian Federation c. Veteran Petroleum Ltd*; *The Russian Federation c. Yukos Universal Ltd*; *The Russian Federation c. Hulley Enterprises Ltd*.

**Energy Charter Treaty - Art. 45 - Applicazione provvisoria - Art. 26 - Arbitrato UNCITRAL - Incompatibilità con l'ordinamento russo - Consenso dello Stato - Invalidità - Difetto di giurisdizione del tribunale arbitrale.**

*Secondo l'art. 45 dell'Energy Charter Treaty, soltanto le disposizioni del trattato compatibili con l'ordinamento interno dello Stato firmatario sono applicabili a titolo provvisorio.*

*Tale non è l'art. 26 — che prevede la via arbitrale per la soluzione delle controversie insorte dalla violazione dell'Energy Charter Treaty — rispetto all'ordinamento russo.*

*La normativa russa in materia di investimenti distingue tra controversie di diritto pubblico e controversie in cui lo Stato opera a titolo privato. Le prime sono suscettibili di deferimento alla sola giustizia ordinaria, a meno che la via arbitrale non sia prevista da un trattato.*

*Poiché, tuttavia, la Costituzione russa accoglie il principio della separazione dei poteri, l'art. 26 dell'Energy Charter Treaty potrebbe introdurre nell'ordinamento interno la via arbitrale in luogo della giustizia ordinaria soltanto a seguito di ratifica, non essendo sufficiente l'impegno in via provvisoria contratto dal potere esecutivo al momento della firma.*

MOTIVI DELLA DECISIONE <sup>(1)</sup>. (*omissis*).

2.1. The Energy Charter Treaty was opened for signature in Portugal in December 1994. From Article 50 of said Treaty it follows that the English and French texts of the Treaty and associated Protocol, among other languages, are equally authentic. These equally authentic have been published in the Dutch

---

<sup>(1)</sup> Traduzione in lingua inglese tratta dal sito [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).



Treaty Series (Tractatenblad — Trb. 1995, 108). The English-language version of the Treaty serves as the basis for this judgment and is designated as « the ECT » or « the Treaty ». The provisions of the ECT relevant to this case are stated in the English-language version below, in 3.2. The ECT entered into force on 16 April 1998.

2.2. Among the parties that signed the ECT is the Russian Federation, claimant in these proceedings. Mr O.D. Davydov, then Vice Prime Minister of the Russian Federation, signed the ECT on behalf of that state on 17 December 1994, thereby making the Russian Federation Signatory in the sense of Article 45 paragraph 1 ECT (« Ondertekenende Partij » in the Dutch version, as published in Trb. 1995, 250). The Russian Federation did not make use of the possibility provided under Article 45 paragraph 2 under a ECT for a Signatory to submit a declaration that it is not able to accept provisional application of the ECT.

2.3. On 26 August 1996, the government of the Russian Federation presented a legislative proposal to the Duma, as part of the Parliament of the Russian Federation, for ratification of the ECT. This legislative proposal contains the passages, among other things, cited under 5.9.

2.4. The Parliament never ratified the ECT. On 20 August 2009, the Russian Federation notified the Portuguese Republic (the Depository under Article 49 ECT) of its intention not to become signatory to the ECT.

2.5. The Russian company Yukos Oil Company (hereinafter: Yukos) was a major oil producer, through its subsidiaries and otherwise, at the start of the previous decade. Its CEO was Mr Mikhail Khodorkovsky. Each of the defendants was shareholder of Yukos — through other entities.

2.6. In and after 2003, the Russian tax authorities took the position that Yukos had been involved in the systemic and large-scale evasion of regular taxation in the Russian Federation. This resulted in substantial tax assessments (including additional tax assessments and fines) and subsequently — among other things — in the seizure of Yukos assets. The execution of claims asserted by the tax authorities resulted in the execution sale of Yukos assets and in its bankruptcy (in August 2006).

2.7. The Yukos shareholders have taken the position that by doing so the Russian Federation unlawfully expropriated most of Yukos' assets. Based on the argument that this constituted an unlawful expropriation of their investments, each of the defendants requested arbitration under Article 26 paragraph 4 sub b ECT and the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

2.8-2.9 (*omissis*).

2.10. After several hearings and so-called procedural orders, the Tribunal gave an interim award in each of the three parallel cases (hereinafter: Interim Award) on 30 November 2009. In these Interim Awards, the Tribunal answered several questions regarding its jurisdiction. In so far as currently relevant, the Interim Awards pertain to the following. The articles cited by the Tribunal are provisions of the ECT — unless the following indicates otherwise. Footnotes have been omitted from this representation. The quotations are derived from the Interim Award in the case of defendant VPL and are virtually identical to the considerations in the Interim Awards of the other defendants. Defendant VPL is

indicated with « Claimant » while the Russian Federation is indicated with « Respondent ».

b) Tribunal's Decision

264. In sum, the ordinary meaning to be given to the terms of Articles 45(1) and 45(2), when read together, demonstrates to the satisfaction of the Tribunal that the declaration which is referred to in Article 45(2) is a declaration which is not necessarily linked to the Limitation Clause of Article 45(1).

284. The Tribunal therefore concludes, based on the ordinary meaning of Article 45(1) in its context, and subject to considerations of estoppel (addressed below), that the Russian Federation may, even after years of stalwart and unqualified support for provisional application and, until this arbitration, without ever invoking the Limitation Clause, claim an inconsistency between the provisional application of the ECT and its internal laws in order to seek to avoid the application of Part V of the ECT. (...)

4. What Effect Should Be Given to the Limitation Clause in Article 45(1)?

a) All-or-Nothing vs. « Piecemeal » Approach

290. The Tribunal has concluded that Respondent may rely on the Limitation Clause of Article 45(1) even though it has neither made a declaration under Article 45(2) nor served any prior notice under Article 45(1). Thus, the Tribunal must determine what effect should be given to the Limitation Clause itself and it now turns its attention to that issue (...)

292. (...) According to Respondent, the clause requires a « piecemeal » approach which calls for the analysis of the consistency of each provision of the ECT with the Constitution, laws and regulations of the Russian Federation. According to Claimant, the inquiry is an « all-or-nothing » exercise which requires an analysis and determination of whether the principle of provisional application per se is inconsistent with the Constitution, laws or regulations of the Russian Federation. ii) Tribunal's Decision ...

303. The Tribunal finds that neither party has properly parsed the Limitation Clause of Article 45(1). While each party has provided a starting point for the analysis, neither has carried it through to its conclusion: considering Respondent's argument first, the Tribunal agrees that the phrase « to the extent that » is often the language used when drafters of a clause in a treaty or a statute wish to make clear that a provision is to be applied only insofar as what then follows is the case. Far from being determinative of the meaning of the Limitation Clause, however, the use of the introductory words « to the extent that » requires the Tribunal to examine carefully the words that follow, namely « that such provisional application is not inconsistent with [each signatory's] constitution, laws or regulations. ».

Turning to Claimant's argument about the meaning of these words, the Tribunal finds that Claimant does not provide sufficient support for its interpretation of the phrase « such provisional application » as necessarily referring to the principle of provisional application. Article 45(1) does not refer anywhere to the principle of provisional application, but rather to « [e]ach signatory agree[ing] to apply this Treaty provisionally ... ».

304. For the Tribunal, the key to the interpretation of the Limitation Clause rests in the use of the adjective « such » in the phrase « such provisional application » « Such, » according to Black's Law Dictionary (Seventh Edition), means « that or those; having just been mentioned. » The Merriam-Webster Collegiate

Dictionary (Tenth Edition) defines « such » as « of the character, quality, or extent previously indicated or implied. » The phrase « such provisional application, » as used in Article 45(1), therefore refers to the provisional application previously mentioned in that Article, namely the provisional application of « this Treaty. »

305. The Tribunal concludes, therefore, that the meaning of the phrase « such provisional application » is context-specific, in that its meaning is derived from the particular use of provisional application to which it refers. In Article 45(1), the particular use of provisional application to which it refers is provisional application of « this Treaty. » Accordingly, Article 45(1) can therefore be read as follows:

(1) Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that the provisional application of this Treaty is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

306. By contrast, the Tribunal refers to the Limitation Clause in Article 45(2)(c), which reads:

(c) Notwithstanding subparagraph (a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph (a) shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.

In this context, the phrase « such provisional application » necessarily has a different meaning, referring to the provisional application of only Part VII of the Treaty. (...)

308. There are two possible interpretations of the phrase « the provisional application of this Treaty »: it can mean either « the provisional application of the entire Treaty » or « the provisional application of some parts of the Treaty. » The Tribunal finds that, in context, the former interpretation accords better with the ordinary meaning that should be given to the terms, as required by Article 31(1) of the VCLT. Indeed, without any further qualification, it is to be presumed that a reference to « this Treaty » is meant to refer to the Treaty as a whole, and not only part of the Treaty.

309. The Tribunal notes that its finding on the scope of provisional application in Article 45(1) is entirely consistent with the decision on jurisdiction rendered in the Kardassopoulos case. (...)

311. In the Tribunal's opinion, there is no basis to conclude that the signatories would have assumed an obligation to apply only part of the Treaty provisionally, without making such partial provisional application explicit. The Tribunal therefore concludes that the Limitation Clause in Article 45(1) contains an « all-or-nothing » proposition: either the entire Treaty is applied provisionally, or it is not applied provisionally at all.

312. Furthermore, the Tribunal concludes that the determination of this « all-or-nothing » question depends on the consistency of the principle of provisional application with a signatory's domestic law. The alternative—that the question hinges on whether, in fact, each and every provision of the Treaty is consistent with a signatory's domestic legal regime—would run squarely against the object and purpose of the Treaty, and indeed against the grain of international law.

313. Under the *pacta sunt servanda* rule and Article 27 of the VCLT, a State is prohibited from invoking its internal legislation as a justification for failure to perform a treaty. In the Tribunal's opinion, this cardinal principle of international law strongly militates against an interpretation of Article 45(1) that would open the door to a signatory, whose domestic regime recognizes the concept of provisional application, to avoid the provisional application of a treaty (to which it has agreed) on the basis that one or more provisions of the treaty is contrary to its internal law. Such an interpretation would undermine the fundamental reason why States agree to apply a treaty provisionally. They do so in order to assume obligations immediately pending the completion of various internal procedures necessary to have the treaty enter into force.

314. Allowing a State to modulate (or, as the case may be, eliminate) the obligation of provisional application, depending on the content of its internal law in relation to the specific provisions found in the Treaty, would undermine the principle that provisional application of a treaty creates binding obligations.

315. Provisional application as a treaty mechanism is a question of public international law. International law and domestic law should not be allowed to combine, through the deployment of an « inconsistency » or « limitation » clause, to form a hybrid in which the content of domestic law directly controls the content of an international legal obligation. This would create unacceptable uncertainty in international affairs. Specifically, it would allow a State to make fluctuating, uncertain and un-notified assertions about the content of its domestic law, after a dispute has already arisen. Such a State, as Claimant argues, « would be bound by nothing but its own whims and would make a mockery of the international legal agreement to which it chose to subject itself. » A treaty should not be interpreted so as to allow such a situation unless the language of the treaty is clear and admits no other interpretation. That is not the case with Article 45(1) of the ECT.

320. The Tribunal reiterates that its interpretation of the Limitation Clause of Article 45(1) is based on its specific language in its context. The Tribunal recognizes, as do Claimant's experts, Professors Crawford and Reisman, that parties negotiating a treaty enjoy drafting freedom and could (using clear and unambiguous language) overcome the « strong presumption of the separation of international from national law. » Indeed, parties to a treaty are free to agree to any particular regime. This would include a regime where each signatory could modulate (or eliminate) its obligation of provisional application based on consistency of each provision of the treaty in question with its domestic law. For the reasons set out above, however, agreement to such a regime would need to be clearly and unambiguously expressed, a standard which Article 45(1) does not meet.

321. The Tribunal's interpretation of Article 45(1) is also supported by State practice (*omissis*).

322. Similarly, in the lists it maintained to keep track of the intentions of the signatories, the ECT Secretariat identified the States that intended to rely on Article 45(1) as intending to do so in order to avoid provisional application of the Treaty altogether. Thus, the preliminary list of signatories prepared by the ECT Secretariat, dated 19 December 1994, described signatories intending to rely on Article 45(1) as States « which will not apply the Treaty provisionally in accordance with Article 45(1) »[emphasis added]. This preliminary list identified Aus-

tria, Italy, Portugal, Romania and Turkey. The updated list prepared by the ECT Secretariat, dated 1 March 1995, described the same category of signatories in exactly the same way, as States « which will not apply the Treaty provisionally in accordance with Article 45(1) » [emphasis added]. In addition to the countries already identified on the list dated 19 December 1994, this list included Hungary<sup>61</sup> and Luxembourg.

329. The Tribunal therefore concludes that Article 45(1) requires an analysis and determination of whether the principle of provisional application per se is inconsistent with the Constitution, laws or regulations of the Russian Federation. If it is not inconsistent, then this Tribunal has jurisdiction to hear Claimant's claims under Article 26 of the Treaty, which would apply provisionally in the Russian Federation in accordance with Article 45(1). It is to that issue that the Tribunal now turns.

b) Is the Principle of Provisional Application Inconsistent with Russian Law?

330. There is no significant debate between the Parties on the issue of whether the principle of provisional application per se is inconsistent with the Constitution, law or regulations of the Russian Federation. Claimant asserts that the principle is not inconsistent with Russian law, citing ample legislative and doctrinal authorities in support of its submission, and concludes on that basis that the Limitation Clause in Article 45(1) is unavailable to the Russian Federation. Respondent does not seriously challenge the authorities cited by Claimant on this point. Respondent's principal argument against provisional application of the ECT, as seen earlier, is based on the interpretation of Article 45(1), not on the assertion that provisional application per se is unknown or unrecognized by Russian law. (...)

338. The Tribunal therefore has no difficulty in concluding that the principle of provisional application is perfectly consistent with the Constitution, laws and regulations of the Russian Federation. Accordingly, the Tribunal finds that the whole of the ECT applied provisionally in the Russian Federation until such provisional application was terminated, in accordance with the notification that the Russian Federation made on 20 August 2009, pursuant to Article 45(3)(a) of the Treaty, of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. (...)

343. The Tribunal is of the view that the determination as to whether or not the principle of provisional application is consistent with the constitution, the laws or the regulations of the host State in which the Investment is made must be made in the light of the constitution, laws and regulations at the time of signature of the ECT. (...)

c) Are the Provisions of the ECT Relating to Dispute Resolution Inconsistent with Russian Law?

346. In view of the Tribunal's conclusion with respect to the interpretation of Article 45(1), there is no need, in principle, to address Respondent's submission that the provisions of the ECT relating to dispute resolution are themselves inconsistent with Russian law.

347. However, since both sides made extensive submissions to the Tribunal with respect to the so-called « piecemeal » approach and because, as will be seen, the Tribunal's analysis and findings with respect to the consistency with Russian laws and Constitution of these provisions of the ECT relating to dispute resolution lead the Tribunal to the same conclusion, the Tribunal has nevertheless decided to set out its analysis under this alternative approach. (...) ii) Tribunal's Decision

370. After having considered the totality of the Parties' submissions and having deliberated, the Tribunal concludes that Article 26 of the ECT is not inconsistent with the Constitution, laws or regulations of the Russian Federation. The terms of the Russian Federation's Law on Foreign Investment (both the 1991 and 1999 versions) are crystal clear. Investor-State disputes such as the present one are arbitrable under Russian law. The Tribunal recalls the key provisions of the law which inform its conclusion. (...)

371. Furthermore, the definitions of « foreign investor » and « foreign investment » in both the 1991 and 1999 versions of the Law on Foreign Investment are consistent with the definitions of « Investor » and « Investment » in Article 1 of the ECT. (...)

372. On the issue of standing, the Tribunal concludes that Claimant is claiming for violation of its own rights under the ECT, not the rights of Yukos. The Tribunal agrees with Claimant's characterization of its claim, which is not a derivative action, but an action for the direct loss by Claimant of its shares and their value.

374. The Tribunal's conclusions are confirmed by the representations of the Government of the Russian Federation in the Explanatory Note which it submitted to the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation when the ECT was submitted for ratification. The following extracts from the Note are particularly relevant:

Prior to the entry into force of the ECT, the majority of the Contracting Parties agreed to apply the treaty on a provisional basis. In this respect, it was decided that such provisional application of the ECT would be implemented to the extent that it would not be inconsistent with the constitution, laws and regulations of the country in question. At the time for the signing of the ECT, its provisions on provisional application were in conformity with the Russian legal acts. For that reason, the Russian side did not make declarations as to its inability to accept provisional application (such declarations were made by 12 of the 49 ECT signatories).

[...]

The provisions of the ECT are consistent with Russian legislation.

[...]

The legal regime of foreign investments envisaged under the ECT is consistent with the provisions of the existing Law of the RSFSR on Foreign Investments in the RSFSR, as well as with the amended version of the Law currently being discussed in the State Duma, and does not require the acknowledgement of any concessions or the adoption of any amendments to the abovementioned Law. The ECT is also consistent with the provisions of Russian bilateral international treaties on the promotion and protection of investment.

375. During his cross-examination, Professor Avakiyan, one of Respondent's expert witnesses, confirmed that he agreed with the contents of the Explanatory Note cited in the previous paragraph. The Tribunal's conclusion on the consistency of Article 26 of the ECT with Russian law is also supported by the writings of Professor Yershov, who was a member of the Russian delegation to the ECT negotiations. During parliamentary hearings concerning the ECT, Professor Yershov submitted a paper in which he noted the following: From the standpoint of Russian interests, the compromise achieved in developing the ECT language

guarantees Russia a solution to a critical foreign trade problem: receipt and codification of a liberal nondiscriminatory trade policy regime for an EMP exporter otherwise unattainable in such a short time. In exchange for this, under the ECT, Russia grants foreign investors an energy investment regime acceptable to them that does not require any concessions on Russia's part beyond the framework of current law.

376. As to the BIT practice of the Russian Federation, in the Tribunal's opinion, it is of little assistance to either Party. On the one hand, Claimant refers to the many BITs entered into by the Russian Federation that provide for investor-State arbitration, inviting the conclusion that investor-State arbitration is not inconsistent with Russian law. As Respondent has pointed out, however, the BITs in force in the Russian Federation have all been ratified, thus eliminating any concern with provisions in the BITs that might be different from the underlying Russian legislation. The ratified BITs therefore do little to advance Claimant's position.

377. On the other hand, Respondent seeks support for its position by pointing out that some of the explanatory notes submitted to the Duma in connection with the ratification of BITs have made it explicit that the BIT in question is subject to ratification because it contains a provision for the settlement of investor-State disputes through international arbitration. As Claimant points out, however, none of the BITs in question contains a provisional application regime such as that found in Article 45(1) of the ECT. Ratification by the State Duma is thus required in order for the Russian Federation to express its consent to arbitration.

378. At this point, the Tribunal recalls again its fundamental finding on the meaning and interpretation of Article 45(1): irrespective of any inconsistencies that might exist between Article 26 of the ECT and Russian law, Article 26 of the ECT, as well as other provisions of the Treaty, apply provisionally and the Russian Federation has therefore consented to international arbitration.

379. Pursuing nevertheless its detailed analysis of Article 26, in particular, through the prism of the FLIT, the Tribunal will now seek to answer the question whether the signature of a treaty which contains a provisional application clause is sufficient to establish the consent of the Russian Federation to international arbitration of disputes arising under the Treaty.

382. These provisions [this refers to Articles 2 and 6, added by the court] of the FLIT are very clear. There is no room for ambiguity. The Tribunal therefore concludes that the Russian Federation has consented to be bound — albeit provisionally — by Article 26 of the ECT by its signature of the ECT. Article 45(1) of the ECT establishes beyond the shadow of a doubt, and notwithstanding Article 39 of the ECT, that the Russian Federation and other signatories agreed that their signature of the Treaty would have the effect of expressing the consent of the Russian Federation (and each other signatory) to be provisionally bound by its terms.

383. The Tribunal notes that Article 11 of the FLIT provides that the decision to sign a treaty is a decision which rests with the Executive: (...) Moreover, as we saw earlier, Article 23(1) of the FLIT makes it clear that provisional application is permissible under the legislation of the Russian Federation. Therefore, the obligation assumed by the Russian Federation to be bound, prior to ratification, by the dispute settlement provisions (including international arbitration) of a provision-

ally applied treaty such as the ECT, and the consent expressed therein, are not inconsistent with the Constitution, laws or regulations of the Russian Federation, and the Tribunal so finds.

384. Respondent argues that a treaty must be ratified by the Russian Federation, and therefore be in force, in order to establish the consent of the Russian Federation to an arbitration provision of the treaty. As shown above, however, under the FLIT, ratification is not the only means by which the Russian Federation can express its consent to the terms of a treaty: signature can express consent where the treaty, such as the ECT, so provides, as it does by specifying in Article 45 the obligations not of a party to the treaty but of a « signatory ».

385. That there is a distinction between consenting to be bound provisionally by the treaty and, on the other hand, the treaty being « in force » for a State is also clear from the definition of « Contracting Party » in Article 1(2) of the ECT. As used in the ECT, « Contracting Party » means « a state or Regional Economic Integration Organization which has consented to be bound by this Treaty and for which the Treaty is in force. » [emphasis added] The use of the conjunction « and » between the clauses « which has consented to be bound by this Treaty » and « for which the Treaty is in force » means that there must be circumstances, in the eyes of the parties to the ECT, including the Russian Federation, where a State for which the ECT is not « in force, » has nevertheless consented to be bound by its terms.

386. There is one last argument of Respondent which the Tribunal finds important to address. Article 23(2) of the FLIT requires that a treaty subject to provisional application must be submitted to and ratified by the State Duma within six months from its signature and the start of its provisional application. It is common ground between the Parties that the ECT which was signed on 17 December 1994 has never been ratified by the State Duma. Respondent submits that since the six-month period had long expired, any continued provisional application of the ECT would have been inconsistent with Russian law.

387. In the view of the Tribunal, the six-month limit is merely an internal requirement; failure to respect that procedure does not in and of itself automatically terminate provisional application. (...)

392. The Tribunal's analysis leads it to conclude that Article 26 of the ECT is not inconsistent with the Constitution, laws or regulations of the Russian Federation. Although, as noted at the outset of this section, this analysis was not essential in view of the Tribunal's dispositive interpretation of Article 45(1), it does sustain the Tribunal's decision.

## 5 Conclusion

(...)

394. In this chapter, the Tribunal has found that:

d) The regimes of provisional application in Article 45(1) and 45(2) are separate, and the Russian Federation can benefit from the Limitation Clause in Article 45(1) even though it made no declaration under Article 45(2);

e) The Russian Federation can invoke the Limitation Clause in Article 45(1) even though it made no prior declaration nor gave any prior notice to other signatories that it intended to rely on Article 45(1) to exclude provisional application;



f) The Limitation Clause of Article 45(1) negates provisional application of the Treaty only where the principle of provisional application is itself inconsistent with the constitution, laws or regulations of the signatory State; and

g) In the Russian Federation, there is no inconsistency between the provisional application of treaties and its Constitution, laws or regulations.

395. Accordingly, the Tribunal has concluded that the ECT in its entirety applied provisionally in the Russian Federation until 19 October 2009, and that Parts III and V of the Treaty (including Article 26 thereof) remain in force until 19 October 2029 for any investments made prior to 19 October 2009. Respondent is thus bound by the investor-State arbitration provision invoked by Claimant.

396. The Tribunal is comforted in its decision by its further finding that, had it been an essential consideration under the Limitation Clause of Article 45(1) — which it is not — Article 26 of the ECT itself, as well as Articles 1(6) and 1(7), are consistent with Respondent's Constitution, laws and regulations. (...)

2.11 (*omissis*).

2.12. Arbitration was continued after this. On 18 July 2014, the Tribunal delivered a Final Award in each of the three cases brought before it.

2.13. In the arbitral proceedings instituted by VPL, the Russian Federation was ordered to pay compensation in the amount of \$ 8.203.032.751. In the arbitral proceedings initiated by YUL and Hulley, these defendants were awarded \$ 1.846.000.687 and \$ 39.971.834.360 respectively in damages.

3 Relevant legislation

The Energy Charter Treaty (« ECT »)

3.1-3.7 (*omissis*).

4 The dispute between the parties in all cases

4.1. The Russian Federation requires, in brief, that the court quash the Interim Awards of 30 November 2009 and the Final Awards of 18 July 2014 (hereinafter jointly referred to as: the Yukos Awards) issued in the cases between the Russian Federation as Respondent in the Arbitration and the defendants as the respective Claimants in the Arbitration in a provisionally enforceable judgment, in so far as is possible, and that the court order the defendants to pay the costs of these proceedings, plus interest at the statutory rate from the fourteenth day following the date of this judgment.

4.2. In brief, the Russian Federation bases these identical claims on the following. There are six grounds in Section 1065 subsection 1 of the Dutch Code of Civil Procedure (Rv), which is relevant to this case, that each lead to the legal effect of reversal of the Yukos Awards. The six grounds are stated in Section 1065 subsection 1 under the following letters: (1) a (absence of valid arbitration agreement), in connection with which the Tribunal was not competent to take cognizance of and given an award on the defendant's claims; (2) c (the Tribunal overstepped its remit); (3) b (there were irregularities in the Tribunal's composition), particularly because assistant Valasek evidently played a significant substantive role in assessing the evidence, in the deliberations of the Tribunal and in preparing the Final Awards; (4) d (the Yukos Awards lack substantiation in several critical aspects); (5) e (the Yukos Awards are contrary to Dutch to public policy and public morality, including in this case the fundamental right of the Russian Federation to a fair trial), since the Awards show the Tribunal's partiality and biases.

4.3. The defendants have disputed all of the aspects of the Russian Federation's claim supported by reasons.

4.4. The parties' arguments and other assertions are discussed in more detail below, in so far as relevant.

5 The assessment of the disputes in all cases

Introduction

5.1-5.2 (*omissis*).

The competence of the court in these proceedings

5.3. Since The Hague was the place of Arbitration, this court is competent to take cognizance of the claim described in 4.1. This follows from Section 1073 subsection 1 Rv, in conjunction with Section 1064 subsection 2 Rv, as it applied up until 1 January 2015. Section 1074 Rv old applies in this case based on Section IV of the Act of 2 June 2014 (Stb. 200) which stipulates that this Act, containing new arbitration regulations, applies to arbitrations pending on or after the date of the entry into force of the Act. At the time, on 1 January 2015, the Arbitration was no longer pending.

5.4. The competence of the Tribunal. Introduction

In view of the first ground put forward by the Russian Federation to support its request for reversal of the Yukos Awards, the court will first assess whether the Tribunal was competent to take cognizance of the claims of the Claimants in the Arbitration. First and foremost, the court would like to state the following regarding the assessment framework. Although under Section 1052 subsection 1 Rv the appointed Tribunal in the Arbitration was qualified to assess its jurisdiction, the fundamental character of the right to access to the courts entails that ultimately an ordinary court is entrusted with answering the question whether or not a valid arbitration agreement in the sense of Section 1065 subsection 1 under a Rv was lacking. This fundamental character also entails that, in deviation from a principally restrictive assessment in reversal proceedings, the court does not restrictively assess a request for reversal of an arbitral award on the ground of a lacking valid agreement (cf. recent Supreme Court ruling of 26 September 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837). Furthermore, in assessing such a request, the court takes as a starting point that the onus is on the defendants to prove that the Tribunal is competent. After all, the burden of proof was also on them (as Claimants) in the Arbitration, while in the current proceedings the same jurisdiction issue is to be dealt with.

5.5. The Tribunal based its jurisdiction assessment on two independent grounds. These grounds, which are discussed below, are linked to (1) the meaning of Article 45 ECT and (2) the question whether the arbitration provision of Article 26 ECT is « not inconsistent » with the Russian Constitution, laws or other regulations.

Article 45 ECT

General

5.6. Before discussing the meaning of Article 45 ECT, the court would like to remind the parties that the Russian Federation did not ratify the ECT. Article 39 ECT mainly pertains to ratification, as does Article 44, which relates to the entry into force of the Treaty. However, by way of exception, the Treaty also provides for a « provisional application », laid down in Article 45.

Article 45 paragraph 1

5.7. The first ground for reversal is linked to the meaning of Article 45 paragraph 1 ECT, which forms the basis for the provisional application of the Treaty referred to in this section. According to that provision, each Signatory consents to the provisional application of the ECT «to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations». The court designates this restriction hereinafter as the «Limitation Clause», in accordance with the terminology used in the Interim Awards. The Tribunal decided that by signing the ECT the Russian Federation consented to the provisional application of the entire Treaty pending its entry into force, unless the principle of provisional application itself were contrary to the Russian Constitution, laws or other regulations. According to the Tribunal, the Limitation Clause contained in Article 45 paragraph 1 entailed an «all or nothing» approach. This opinion, extensively covered in 2.10, can be summarised as follows, only taking into account the considerations relevant to this judgment. The numbers in parentheses refer to the corresponding grounds for the decision of the Tribunal.

— The phrase «to the extent» is often used as a formulation when drafters of a provision in a treaty or act want to express that a particular provision should only be applied to the extent to which the subsequent words are complied with. (303)

— However, the key to the interpretation of the Limitation Clause in this case is to be found in the word «such». The phrase «such provisional application» refers to the provisional application stated earlier in the paragraph, namely the provisional application of «this Treaty». The meaning of the phrase «such provisional application» is therefore context-specific: the meaning is derived from the specific use of the provisional application referred to in this phrase. (304 and 305)

— In the context of Article 45 paragraph 2 under c ECT, the phrase «such provisional application» necessarily has another meaning. It refers to the provisional application of only Part VII of the Treaty. (306)

— There are two possible interpretations of the phrase concerning the provisional application of this treaty. The passage could provide for the provisional application of the entire treaty or several parts of the treaty. Considering the context, the first interpretation corresponds better with the ordinary meaning that must be ascribed to the terms. (308)

— This conclusion fully agrees with the decision the tribunal took regarding its jurisdiction in the Kardassopoulos case. (309)

— The alternative to the Tribunal's «all or nothing» approach is that the provisional application depends on the answer to the question whether one specific provision of the Treaty can be reconciled with the national legislation regime of a Signatory. This would be diametrically opposed to the object and purpose of the Treaty, and even to the nature of international law. And it would also be incompatible with the *pacta sunt servanda* principle and Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). (312-319)

— The chosen interpretation of Article 45 paragraph 1 ECT is also supported by state practice. Six states expressly invoked the Limitation Clause of Article 45 paragraph 1. Similarly, in the lists the Secretariat of the ECT kept of signatories' intentions, it designated the states that planned to invoke Article 45

paragraph 1 as intending to completely avoid provisional application of the Treaty. (321 and 322)

— In view of the conclusion of the Tribunal on the interpretation of Article 45 paragraph 1, it is unnecessary to take the travaux préparatoires into account. (329)

— The provisional application principle is not contrary to Russian laws. (330 et seq.)

5.8. The Russian Federation contested the Tribunal's interpretation of Article 45 paragraph 1, stating reasons. In the opinion of the Russian Federation, the scope of the provisional application depends on the agreement of each individual treaty provision with the Constitution, laws or regulations. By relying on the same arguments as are stated in the Interim Awards, the defendants have supported the Tribunal's opinion. This means that it essentially concerns the question whether or not the Limitation Clause should be interpreted in such a way that this clause relates to the provisional application principle — in which case the possibility of applying the ECT (as a whole) provisionally depends on the answer to the question whether national law provides for this principle — or that the provisional application of the ECT is limited to the treaty provisions that are not contrary to national law.

5.9. The interpretation of the Limitation Clause must take place according to the regulations laid down in Articles 31 and 32 (VCLT), that is in accordance with the meaning assigned to the phrases in common parlance, with due observance of their context and in light of the object of the ECT (Article 31 paragraph 1 VCLT). The context of a treaty in any case comprises the text, including preamble and annexes (Article 31 paragraph 2 VCLT). Article 31 paragraph 3 VCLT states that an interpretation should include, among other things, all later use in the application of the treaty resulting in agreement among the parties about the interpretation of the treaty. Pursuant to Article 32 paragraph 2 VCLT, significance can also be attached to supplemental means of interpretation, and in particular preparatory work (travaux préparatoires) and the circumstances in which the treaty was concluded. These interpretation means can be used to confirm the meaning ensuing from the application of Article 31, or to determine the meaning if the interpretation, also by applying Article 31, leaves the meaning (a) ambiguous or obscure, or (b) leads to a manifestly absurd or unreasonable result.

5.10. In interpreting Article 45 paragraph 1 ECT, the ordinary meaning of phrases is paramount (*omissis*).

5.11. The term « to the extent » in common parlance signifies a degree of application, scope or — formulated slightly differently — a differentiation (*omissis*).

5.12. Separate from their context, the ordinary meaning of these words is more indicative of the accuracy of the explanation put forward by the Russian Federation. After all, in the interpretation of the Tribunal — in which the word « if » would be more fitting — the Limitation Clause is limited to one form of irreconcilability with national law, namely a ban on provisional application itself. The Tribunal has specifically acknowledged that the drafters of a treaty or legislative provision often use the term « to the extent » to indicate that a provision can only be applied to the extent to which the subsequent words are complied with. However, considering the context in which this term should be placed, the

Tribunal attached decisive importance to the adjective « such ». According to the Tribunal, the words « such provisional application » only refer to the term « this Treaty » mentioned earlier in Article 45 paragraph 1, and it concerns whether or not « such provisional application of this Treaty » is not contrary to national law. The court holds that this notional addition does not provide clarity. This reference to the treaty, which is evident — another interpretation is after all inconceivable — does not provide clarity on the question whether the provisional application can only relate to the Treaty as a whole, and therefore to the provisional application principle, or only parts of the treaty, meaning particular treaty provisions. Special significance can therefore not be attached to the reference to « this Treaty » in the interpretation of the Limitation Clause.

5.13. However, what the court does deem relevant for the context-related interpretation is first and foremost the circumstance that Article 45 paragraph 1 ECT links the provisional application to the irreconcilability with not only the « constitution » and « laws », but expressly also to « regulations ». The Russian Federation rightly pointed out that a ban on the provisional application of treaties as such usually results from constitutional requirements and may be enshrined in a formal act. It is, however, inconceivable that a ban on the provisional application of a treaty can be laid down in delegated legislation, given the principal nature of a ban. But it is conceivable that a test of compatibility of individual treaty provisions is laid down in delegated legislation. Regarding this aspect, the defendants limited themselves to stating that the use of the word « regulations » only emphasises that the drafters of the ECT intended to provide a broad as possible overview to ensure that each provision of the law of a Signatory incompatible with a provisional application as such was included. This may be unusual, according to the defendants, but they do not deem it impossible that a regulation contains a provision related to the principle of provisional application. The court finds this explanation insufficient and furthermore holds that any reference to such intention on the part of the drafters of the Treaty is lacking.

#### Article 45 paragraph 2

5.14. Regarding the context in which the explanation of the Limitation Clause should take place, Article 45 paragraph 2 ECT is also relevant. At the time of signing, a state can submit a declaration that it is not able to accept provisional application (Article 45 paragraph 2 under a ECT). For such situations, Article 45 paragraph 2 under c provides for the Signatory to nevertheless comply with the provisional application « to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws and regulations » of Part VII of the Treaty (« Structure and Institutions »). In this paragraph, the same terminology is used as in the first paragraph, with the difference that Article 45 paragraph 2 under c does not contain a reference to the Constitution. The Tribunal failed to clearly address the meaning of Article 45 paragraph 2 under c and limited itself to the opinion that in the context of this provision, the phrase « such provisional application » necessarily has a different meaning than the same reference in Article 45 paragraph 1, and referred to the provisional application of only Part VII of the Treaty. Whether the Tribunal was referring to the principle of provisional application does not become clear from its considerations.

5.15. Since the provisional application in Article 45 paragraph 2 under c remains limited to Part VII, this alone does not make it evident that in this

provision the principle of provisional application is designated as a relevant criterion. After all, such a principle can only concern a treaty as a whole; and it is not conceivable that it regards part of a treaty. This was also acknowledged in the Interim Awards under 311 in the consideration that the Limitation Clause entails an « all or nothing » approach: either the entire Treaty is applied provisionally, or not at all. If Article 45 paragraph 2 under c does cover the provisional application principle, as put forward by the defendants, it is furthermore difficult to understand why this provision lacks « the constitution » as assessment criterion. In light of this, it must be assumed that Article 45 paragraph 2 under c, which makes the scope of the provisional applications exclusively conditional on compatibility of Part VII with legislation, primary or delegated, also covers the specific treaty provisions from that part. The court does not agree with the Tribunal's explanation if that explanation differs from the interpretation in this section.

5.16. In this respect, the Russian Federation rightly pointed out that in their approach the defendants have lost sight of the interaction between paragraphs 1 and 2 of Article 45 ECT. In their vision (discussed in section 5.24 and subsequent sections), a Signatory may only invoke the Limitation Clause if its national laws prohibit provisional application as such and if it has submitted a declaration in the sense of Article 45 paragraph 2. Invocation of the Limitation Clause, which relies on incompatibility of the principle of provisional application with the Constitution and other laws and regulations, appears to be difficult to reconcile with the obligation of Article 45 paragraph 2 under c to, in that case, still apply Part VII « to the extent that such provisional application » is not contrary to said laws and regulations.

5.17. In short, the Tribunal interpreted the Limitation Clause in a way that significantly deviates from the meaning that must be assigned to the corresponding words in Article 45 paragraph 2 under c ECT. In the opinion of the court, there is no proper ground for this deviation. A consistent explanation of both paragraphs supports the interpretation of the Limitation Clause, in the opinion of the Russian Federation.

Provisional conclusion on Article 45 paragraph 1

5.18. The above considerations lead to the conclusion that the ordinary meaning of the term « to the extent » in paragraph 1, partly in the context of the term, results in an interpretation of the Limitation Clause in which the option of provisional application is focused on and depends on the compatibility of separate treaty provisions with national laws.

Object and purpose of the ECT and the nature of international law

5.19. The Tribunal also held that the interpretation of the Limitation Clause it had rejected supposedly conflicted with the object and purpose of the ECT and the nature of international law. This opinion is based on the *pacta sunt servanda* principle of Article 26 VCLT and the associated principle, laid down in Article 27 VCLT, that a signatory may not invoke the provisions of its national laws to justify the non-application of a treaty. The court does not agree with this opinion of the Tribunal either. The court would like to state first and foremost that although the Tribunal made a general reference to the object of the ECT (providing a legal framework to promote long-term cooperation in the area of energy, based on mutual benefit and complementarity and in accordance with the objects and principles of the Treaty), but failed to specify to what extent a limited application

of the treaty provisions — under Article 45 ECT — would be contrary to this object. Be that as it may, the principles in Articles 26 and 27 VCLT, referred to by the Tribunal, do not automatically lead to the interpretation of Article 45 as applied by the Tribunal. These principles express that signatories are bound by a treaty that has entered into effect and may not frustrate the application of the treaty by invoking national laws. And although these principles similarly extend to treaties that have entered into force based on provisional application, they are not limitless. Signatories to a treaty can explicitly limit the provisional application of treaty provisions, as becomes apparent from Article 25 VCLT which reads as follows, in so far as is relevant: «A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if (a) the treaty itself so provides». As argued by the Russian Federation, with reference also to academic lawyers, a provision such as the Limitation Clause provides for the solution of conflicts between states' national laws and international obligations that ensure from the provisional application of treaties (see the summons, 148 and the literature in note 163). In this case, the Signatories to the ECT have explicitly laid down in the Limitation Clause in Article 45 paragraph 1 ECT, explained in the sense accepted by the court, that the scope of the provisional application is limited to treaty provisions that are not contrary to national law. Even while it is possible that provisions of national law can stand in the way of the performance of one or more provisions of the ECT, the basis for doing so is encased in the ECT itself — i.e., at treaty level. In other words: a state that relies on a conflict between a treaty provision and national law, on sound grounds and referencing the Limitation Clause, does not act contrary to the *pacta sunt servanda* principle, nor to the principle of Article 27 VCLT. As was considered by the Tribunal and is relevant in this case, the fact that the invocation of a provision of national law can lead to a discussion about the meaning of the contents of said provision and thus result in uncertainty in international matters, does not affect this. After all, that is inherent in the Limitation Clause contained in the ECT.

#### Opinion of other tribunal

5.20. For the sake of completeness, the court also considers that for the interpretation of the Limitation Clause significance should also not be attached to the circumstance that the Tribunal's opinion is supported by the opinion of another tribunal — Chaired by the same person, incidentally — in another ECT-based arbitration, namely the Kardassopoulos case. The motivation in the Interim Awards of the award in that case does not contain substantive arguments for a different interpretation of Article 45 paragraph 1 ECT.

#### State practice

5.21. (*omissis*).

The *travaux préparatoires*

5.22. (*omissis*).

#### Conclusion about the interpretation of Article 45

5.23. The foregoing considerations lead to the conclusion that the court accepts the Russian Federation's supported interpretation of Article 45 ECT. This means that the Russian Federation was only bound by the treaty provisions reconcilable with Russian law. Before delivering its opinion on the compatibility of Article 26 ECT with Russian law, the court will first deal with the following issue raised by the defendants.

Prior declaration required?

5.24. The defendants have taken the viewpoint — as they also did in the Arbitration — that based on Article 45 paragraph 1 ECT a prior declaration is required, which the Russian Federation failed to submit. In support of this assertion, they argued that paragraphs 1 and 2 of Article 45 are complementary in the sense that in the first paragraph the general rule of provisional application is laid down, while in the second paragraph the notification procedure is explained. This standpoint, which implies that the Russian Federation was obliged to submit a declaration that it did not consent to the provisional application of the ECT, is not only confirmed in a textual interpretation of Article 45 but is also in accordance with the object and purpose of the ECT, according to the defendants.

5.25. The court is inclined to follow the reasoning of the Russian Federation when it argues that this issue cannot be raised in the current reversal proceedings. The Tribunal did not follow the reasoning of the defendants and therefore did not base its competence on the absence of such a declaration. In accordance with the legal system of reversal proceedings, from which it follows that the grounds for reversal are stated in the summons and which has determined that a ground for reversal can only be directed against a positive arbitral decision on jurisdiction (Section 1064 subsection 5 and Section 1065 subsection preamble and under a Rv), there appears to be no room in these proceedings to form an opinion on the question whether or not the Tribunal could have assumed its jurisdiction based on another argument it rejected.

5.26. Nevertheless, the court will discuss this issue for the sake of completeness. The court deems the Tribunal's opinion correct based on the following grounds. In these considerations, the court once again starts from the ordinary meaning of the used words referred to in Article 31, as considered in their context.

5.27. In light of their ordinary meaning, the wording of paragraphs 1 and 2 of Article 45 ECT — read in isolation and together — do not indicate that the Limitation Clause of paragraph 1 depends on the submission of a declaration under paragraph 2. Although the first paragraph contains an arrangement for provisional application, the same holds for the second paragraph. Nothing in the texts of these paragraphs indicates that paragraph 2 is intended as a procedure rule for the specification of the arrangement in paragraph 1. Article 45 paragraph 2 describes a specific regime that enables a Signatory to completely renounce provisional application, also if under paragraph 1 there is no impediment for provisional application, and therefore there is no incompatibility with national law. Furthermore, the word « [n]otwithstanding » used in Article 45 paragraph 2, which is used at the beginning of the second paragraph and which indicates a deviation from, and not continuation of, the first paragraph, and the word « may », which refers to a possibility and not to a prescribed mechanism in conjunction with paragraph 1, indicate that Article 45 paragraph 2 does not contain a procedural rule to specify Article 45 paragraph 1. The ordinary meaning of the components of Article 45 mentioned here therefore leads to an explanation in which the first paragraph does not require a prior declaration.

5.28. States wishing to invoke the exception of Article 45 paragraph 2 are bound by submitting an express declaration, while such a declaration cannot be deduced from Article 45 paragraph 1. Incidentally, there are insufficient grounds for the opinion that regardless of this situation, a certain form of prior declaration



or notification is required to be able to invoke the Limitation Clause of Article 45 paragraph 1. Although during the negotiations the various states stressed the importance of transparency regarding an invocation of the Limitation Clause, and the Secretariat of the ECT encouraged the Signatories to be transparent about the provisional application (see the Interim Awards under 282), these circumstances are not compelling enough to deduce an implicit obligation to submit a prior declaration. If the drafters of the Treaty had also wanted to make invocation of the Limitation Clause due to incompatibility with national law conditional on a prior declaration, they obviously would have expressly included this, like they also did in paragraph 2. They did not do this. The argument of the defendants regarding the object and purpose of the ECT can be largely reduced to the already mentioned desirability of transparency and therefore does not lead to a different opinion. The principle of reciprocity mentioned by the defendant in that respect, which they believe will be impaired if the Tribunal's explanation were to be followed, also does not succeed. In connection with this aspect, the Russian Federation has correctly remarked that Article 45 paragraph 1 ECT does not contain indications for a requirement of absolute reciprocity. The fact that Article 45 paragraph 2 under b contains the principle of reciprocity for the cases described in paragraph 2 under a does not automatically lead to the opinion that Article 45 paragraph 1 contains an obligation to submit a prior declaration.

5.29. The defendants can also not successfully derive an argument from the context of paragraphs 1 and 2 of Article 45 ECT. In referring to that context, they first and foremost allude to Article 45 paragraph 3 ECT, which contains an arrangement for the termination of the provisional application of the ECT, and for the provisions of Parts III and V to remain in effect with respect to any investments made in the territory of the state concerned during such provisional application for twenty years following termination of the provisional application. The defendants argue that if Article 45 paragraph 1 ECT would allow a Signatory to dodge provisional application at any given time and with immediate effect, the detailed provisions of Article 45 paragraph 3 ECT would not have any effect. The court rejects this argument. First, the defendants forget that material conditions are attached to an invocation of the Limitation Clause — unlike the termination in Article 45 paragraph 3 ECT — namely conflict between a Treaty provision and national law. Furthermore, the Russian Federation rightly argues that there is no incompatibility. With the express reference to the obligation on the Signatory under the first paragraph to apply Parts III and V, Article 45 paragraph 3 under b ECT limits the continued effect of the Treaty provisions in the same way as the Limitation Clause.

5.30. Finally, it also applies to the issue that has been discussed here that since it has neither been argued, nor has it become evident that there was agreement among the Signatories on the application practice regarding invocation of the clauses in Article 45 paragraph 1 and paragraph 2 ECT, and the defendants did not rely on a subsequent state practice, no significance can be attached to the manner in which the states involved have implemented Article 45 ECT. Superfluously, the court considers that it is not disputed between the parties that a number of states have invoked the Limitation Clause without explicitly submitting the declaration stated in Article 45 paragraph 2 ECT. The single fact that these states appear on a

list compiled by the Secretariat of states supposedly not intending to provisionally apply the ECT, is irrelevant here.

5.31. The court arrives at the conclusion that even if this question were relevant to the decision on the claim, the Russian Federation was not obliged to submit a prior declaration in the sense of Article 45 paragraph 2 for a successful reliance on the Limitation Clause of Article 45 paragraph 1.

#### Article 26 ECT

5.32. In light of the meaning the court assigns to the Limitation Clause of Article 45 paragraph 1 ECT, the question arises — and this is also the subject of dispute between the parties — whether the arbitral provision in Article 26 ECT, from which the Tribunal derived its competence, is in accordance with Russian law. This provision, as follows from paragraph 1 of Article 26, relates to « disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III ». Article 26 has therefore only created the option for arbitration for an (alleged) breach of obligations as laid down in Part III of the Treaty (« Investment Promotion and Protection »). One of the obligations laid down can be found in Article 10 ECT. This provision obliges the contracting parties to treat the investments of foreign investors fairly and equitably and to refrain from taking discriminatory measures which hamper (the use of) these investments. Another obligation (to refrain from an action), laid down in Article 13 ECT, put briefly, determines that investors may not be nationalised, expropriated or subject to measures with a similar effect as nationalisation or expropriation. The obligations arising from Articles 10 and 13 ECT, through references in Article 21 ECT which relates to « taxes », may also pertain to taxes or tax measures of contracting parties. The defendants' claims for compensation in the Arbitration are based on the assertion that the Russian Federation has breached these obligations. The breach of the obligations of Article 10 ECT asserted by the defendants consisted of, among other things, impeding the course of justice and a fair trial, more specifically, by the numerous house searches and seizures, the failure to give due notice of administrative acts, cases not being heard by an impartial judge, the sale by auction of Yuganskneftgaz (YNG) and the initiation of bankruptcy proceedings against Yukos. The defendants have based their allegation about a breach of the obligations in Article 13 ECT on a number of circumstances, some of which also form the basis of the breach of Article 10 ECT. This includes, among other things, the seizure of the defendants' shares in Yukos, the additional tax assessments over the years 2000-2004, the sale of YNG at a sham auction and the initiation of Yukos' bankruptcy. According to the defendants, these circumstances have led to the deprivation of all of their investments. They qualified this as expropriation. In the Final Awards, the Tribunal accepted the breach of Article 13 ECT and therefore did not take a position on the alleged breach of Article 10 ECT.

5.33. Against this backdrop, the court will now assess whether the provisional application of the arbitral provision of Article 26 ECT is in accordance with the Russian Constitution, laws or other regulations. In this context, the court states the following first and foremost. In the view of the defendants, a provision of the ECT, such as Article 26, can only be incompatible with Russian law if the Treaty provision concerned is prohibited in national law. They believe that there cannot

be incompatibility if Russian law does not expressly provide for the treaty provision concerned. The court holds that the defendants' interpretation is too limited. Leaving aside the fact that a linguistic explanation of Article 45 ECT does not yield a basis for such an interpretation, it is also not evident. Given in part the fact that the provisional application finds its legitimacy in the signing (and the sovereignty of the Signatories is at stake in a number of treaty provisions), the provisional application of the arbitral provision contained in Article 26 is also contrary to Russian law if there is no legal basis for such a method of dispute settlement, or — when viewed in a wider perspective — if it does not harmonise with the legal system or is irreconcilable with the starting points and principles that have been laid down in or can be derived from legislation. Whenever the court for the sake of brevity uses «compatibility» of the provisions of the ECT with Russian laws below, the court refers to this interpretation of the term «not inconsistent» in Article 45 paragraph 1 ECT.

5.34. It is, rightly, not contested between the parties that the issue of compatibility or incompatibility should be answered according to Russian law (*omissis*).

The Law on Foreign Investments  
General

5.35. The Tribunal sought the answer to the question whether (the provisional application of) the arbitral provision of Article 26 ECT is contrary to Russian law in two consecutive provisions in the Law on Foreign Investments. This concerns Article 9 paragraph 2 of this act of 1991 and Article 10 of the same act in its 1999 version. Based on these two provisions, the Tribunal arrived at the opinion that disputes between investors and a state of a nature that is relevant to these proceedings may be arbitrated under Russian law (Interim Award under 370).

5.36. In examining the meaning of these two legislative provisions, the court will first discuss the standpoint of the Russian Federation that other Russian laws have never allowed for arbitration for disputes arising from public-law legal relations. In this context, the Russian Federation pointed out provisions from various Russian laws, a number of which were in force prior to the signing of the ECT while others entered into force more recently. This concerns, among other things, Article 1 paragraph 2 of the 1993 International Arbitration Law (expert's report Asoskov, note 7). Herein it is determined that: «The following kinds of disputes shall be submitted for international commercial arbitration by agreement between the parties: disputes arising from contractual and other civil law relationships arising from the maintenance of foreign trade and other international economic relations, if the commercial enterprise of at least one of the parties is located abroad (...)». A quotation from the manual «International Commercial Arbitration» written by Prof. V.A. Musin and Prof. O.Yu. Skvortsov in 2012 (expert's report Asoskov, note 16) states the following, among other things, about this provision: «Therefore, if relations between the parties are of a public law nature, then a dispute arising out of such relations cannot be referred to international commercial arbitration.».

5.37-5.40 (*omissis*).

5.41. The court follows the analysis in the experts' reports based on the legal provisions and the references to the Russian doctrine and jurisprudence cited in the two experts' reports. Incidentally, the defendants did not contest this inter-

pretation of the legal provisions discussed above. In this context, they limited their defence to the argument that the legal provisions solely relate to arbitration within the Russian Federation's national legal system. Even if their defence were correct - which in any case does not hold for the 1993 International Arbitration Law van 1993, which explicitly concerns cases in which one of the parties is not established in the Russian Federation — this does not alter the fact that the Russian legislation mentioned here limits the option of arbitration to civil-law disputes. Moreover, the court does not agree with the defendants' argument that the fact that public-law disputes can only be brought before the national court is in no way contrary to the fact that the Russian Federation has committed at an international level to compensating foreign investors for damages ensuing from acts of the State that are contrary to international rules (statement of defence, under 256). In their statement, the defendants ignore that incompatibility with Russian law can also exist if that law does not provide for the option of arbitration as laid down in Article 26 ECT. The legislative provisions discussed above in any case do not provide for the option of arbitration for disputes arising from a legal relationship between the Russian Federation and (foreign) investors, in which the public-law nature of the Russian Federation's actions in that relationship is predominant and in which an assessment of the exercise of public-law authorities by Russian Federation state bodies is concerned. In the opinion of the court, it is beyond doubt that such a dispute exists in the current cases. The conduct for which the defendants reproach the Russian Federation cannot be designated as acts carried out by the Russian Federation as an equal party or private-law party. Moreover, the Tribunal did not derive its jurisdiction from these legal provisions.

5.42. The court will examine below whether Article 9 paragraph 2 and Article 10 of the Law on Foreign Investments, in the 1991 and 1999 version, respectively, and which the Tribunal deemed decisive for determining its jurisdiction, allow a farther-reaching option for arbitration than can be derived from the Russian laws discussed above. It should be noted — by way of introduction — that Article 9 was in force at the time of the signing of the ECT, but not when the Arbitration commenced, while Article 10 entered into force after the signing of the ECT and was in force at the time the Arbitration commenced. However, the court will not take a position on whether both provisions form part of Russian law referred to in Article 26 ECT and will examine, like the Tribunal and parties also did, whether the competence of the Tribunal can be derived from one of the two provisions. Here, too, the starting point applies that the court must determine the meaning of the provisions on its own.

#### Article 9 The Law on Foreign Investments 1991

5.43. The following applies concerning Article 9 of the Law on Foreign Investments 1991. The Russian Federation has rightly taken the position that this article cannot be read in isolation, but must be viewed in conjunction with Article 43 of the Fundamentals of Legislation. After all, Article 1 of the Fundamentals of Legislation ( »The laws of the republics shall regulate in accordance with these Fundamentals the relations arising in connection with foreign investments in the republics 'territories, subject to specific features of their economic operations and investment policy ») expresses that the other acts which provide for legal relationships involving foreign investments must be in accordance with the fundamentals. The phrase after the last comma of this provision does not necessitate a different,

narrower, interpretation, contrary to the defence of the defendants. It is also irrelevant for this assessment that, as assumed by the defendants based on the remarks of Asoskov (expert's report in note 67), the Fundamentals of Legislation were no longer in force at the time of the signing of the ECT. After all, it is not disputed whether or not the Fundamentals of Legislation were in force at the time the Law on Foreign Investments 1991 was drafted. In fact: both acts entered into force at virtually the same time. In this sense, the Fundamentals of Legislation could have served as a basis for the contents of the 1991 act.

5.44. The phrasing of Article 43 of the Fundamentals of Legislation also indicate the connection with Article 9 of the Law on Foreign Investments 1991. For clarity's sake, the two provisions are shown again below. Article 43 of the Fundamentals of Legislation reads as follows: Paragraph 1: « Disputes between foreign investors and the State are subject to consideration in the USSR in courts, unless otherwise provided by international treaties of the USSR. » Paragraph 2: « Disputes of foreign investors and enterprises with foreign investments with Soviet State bodies acting as a party to relationships regulated by civil legislation, enterprises, social organizations and other Soviet legal entities, disputes between participants of the enterprise with foreign investments and the enterprise itself are subject to consideration in the USSR in courts or, upon agreement of the parties, in arbitration proceedings, inter alia, abroad, and in cases provided by legislative acts of the Union of SSR and the republics — in arbitrazh courts, economic courts and others. ».

5.45. When reading the two paragraphs, it is clear that Article 43 makes a distinction between two types of dispute. Following the words of expert Asoskov, the court holds that the first paragraph concerns investment disputes « within the strict meaning of this term ». It furthermore concerns disputes arising from the exercise of public-law authorities, or sovereign government actions (expert's report Asoskov, under 73). This dispute type must be brought before a Russian court unless other proceedings are provided for in an international treaty of the Russian Federation. The second paragraph of Article 43 concerns investment disputes between various entities, including between companies and between companies and Russian state bodies, in which the latter act in the capacity of a private party (« acting as a party to relationships regulated by civil legislation »). This type of dispute must — in so far as is relevant — be adjudicated by a Russian court or by arbitration if provisions have been made for arbitration in an agreement. In short, concerning the first type of dispute, Article 43 paragraph 1 of the Fundamentals of Legislation appoints the Russian court as the competent court and stipulates that arbitration is only possible when there is a treaty. The second paragraph contains an explicit provision for arbitration besides regular proceedings if the parties have agreed to that.

5.46. Article 9 of the Law on Foreign Investments 1991 also makes a distinction between two types of dispute, to which different dispute resolution regimes apply. Paragraph 1 stipulates: « Investment disputes, including disputes over the amount, conditions and procedure of the payment of compensation, shall be resolved by the Supreme Court of the RSFSR or the Supreme Arbitrazh Court of the RSFSR, unless another procedure is established by an international treaty in force in the territory of the RSFSR. » Paragraph 2 stipulates: « Disputes of foreign investors and enterprises with foreign investments against RSFSR State

bodies, disputes between investors and enterprises with foreign investments involving matters relating to their operations, as well as disputes between participants of an enterprise with foreign investments and the enterprise itself shall be resolved by the RSFSR courts, or, upon agreement of the parties, by an arbitral tribunal, or, in cases specified by the laws, by authorities authorized to consider economic disputes. ».

5.47. Although the wording of Article 9 is not literally the same as that of Article 43 of the Fundamentals of Legislation, a comparison of both provisions appears to reveal that Article 9 is based on the same principles as Article 43. Article 9 paragraph 2 also applies to both disputes between foreign investors and state bodies and disputes between foreign investors and other companies — disputes in the latter situation being civil-law in nature by definition — while, as in Article 43 paragraph 2, arbitration is possible besides regular proceedings if the parties have agreed to that (« or, upon agreement by the parties »). Unlike in Article 43 paragraph 2, Article 9 paragraph 2 does not contain the explicit statement that the paragraph exclusively provides for cases in which the government acts in the capacity of a private party, but that scope of application appears to be implied, in light of the disputes and the context of the disputes described in Article 9 paragraph 1. For its part, Article 9 paragraph 1 appears to be in line with Article 43 paragraph 1 and explicitly designates the regular Russian courts as the competent authorities, with the added remark that this principle can only be deviated from by an international treaty (« unless another procedure is established by an international treaty in force »).

5.48-5.50 (*omissis*).

5.51. Based on the considerations stated here, the court concludes that Article 9 paragraph 1 concerns (civil-law) disputes arising from legal relations between foreign investors and the Russian Federation in which the public-law nature predominates. The scope of application of Article 9 paragraph 2, on the other hand, is limited to investment disputes of a predominantly civil-law nature. This is in line with the distinction made by Russian jurisprudence and doctrine, as described in section 5.36 et seq. in this judgment. The Tribunal did not acknowledge this distinction. Instead, it limited itself to the representation of Article 9 paragraph 2 in the Interim Awards and subsequently drew the conclusion that disputes between an investor and a state can be settled by arbitration according to Russian law. The court deems this opinion incorrect. As has been considered above, the Arbitration is connected to the previously described mode of action of the Russian Federation, which in the view of the defendants constitutes a breach of Article 13 (and Article 10) ECT. The Arbitration concerned a dispute that had arisen from a public-law legal relationship and that centred on compensation for damage caused by the actions of the government. This finding means that the option of arbitration is not determined by Article 9 paragraph 2, as was the reasoning of the Tribunal, but by the first paragraph of Article 9. In view of the fact that Article 9 paragraph 1 favours proceedings before the Russian court for civil-law disputes arising from public-law legal relationships and only provides for other modes of dispute resolution if a treaty provides for it, this provision does not offer an independent legal basis for arbitration between the defendants and the Russian Federation.

Article 10 The Law on Foreign Investments 1999

5.52. The Tribunal furthermore based its jurisdiction on Article 10 of the Law on Foreign Investments 1999. This article, which does not distinguish between various categories of disputes, reads as follows: « A dispute of a foreign investor arising in connection with its investments and business activity conducted in the territory of the Russian Federation shall be resolved in accordance with international treaties of the Russian Federation and federal laws in courts, arbitrazh courts or through international arbitration (arbitral tribunal). »

5.53. The Tribunal did not devote a separate consideration to the meaning of Article 10. Here, too, the Tribunal limited itself to the opinion that based on Article 10 disputes between an investor and a state, such as is the case in the current proceedings, can be settled by arbitration. The court does not share this opinion either, for the following reasons.

5.54-5.55 (*omissis*).

5.56. Article 10 is characterised by a general reference to both treaties and federal laws that could create authorities for regular courts to settle disputes involving foreign investors, but also for « arbitrazh tribunals » and for international arbitration between foreign investors and the Russian state. Article 10 therefore does not create a direct legal basis for arbitration of disputes over obligations of Part III of the ECT, but rather makes the option of arbitration conditional on the existence of a provision in treaties and federal laws to that effect. The court agrees with the Russian Federation that the nature of Article 10 provides for a « blanket provision » or a *mutatis mutandis* clause (« schakelbepaling » in Dutch). (*omissis*).

5.57. (*omissis*).

5.58. Based on the foregoing, the court arrives at the opinion that also Article 10 of the Law on Foreign Investments 1999 does not provide a separate legal base for the arbitration of disputes between an investor and a state in international arbitral proceedings, as provided for in Article 26 ECT. Therefore, the court does not follow the Tribunal's opinion that such disputes, and therefore also the current dispute, can be arbitrated based on Russian law.

The Explanatory Memorandum to the ratification act

5.59. The court's interpretation of Articles 9 and 10 of the Law on Foreign Investments, in the respective versions, is not altered by the remarks made by the Russian government in 1996 in the explanatory memorandum for the intended ratification of the ECT (*omissis*).

5.60. It is the court's opinion that in assessing the meaning of the explanatory memorandum the Tribunal insufficiently recognised that this memorandum originated from the executive and was primarily aimed at prompting the Duma, as part of the legislature, to ratify the ECT (*omissis*).

5.61 (*omissis*).

5.62. The parliamentary history of a significant number of bilateral investment agreements the Russian Federation has concluded and ratified, as provided by the Russian Federation, rather supports the view that the arbitration of disputes, such as the ones in these proceedings, is not provided for in Russian law (*omissis*).

5.63. The explanatory note of 8 April 2000 to the proposal to ratify the bilateral investment agreement between the Russian Federation and the Republic of South Africa also states that « the Agreement contains provisions different from those set forth in the Russian legislation » and therefore « [is] subject to ratifica-

tion » and that the Law on Foreign Investments 1991 does not contain a « mechanism of consideration » for the arbitration of investment disputes between a foreign investor and the State. In the explanatory note to the ratification of the bilateral investment treaty between the Russian Federation and Japan of 29 February 2000, a similar passage can be found on the Law on Foreign Investments 1999 (summons, 234).

5.64. These explanatory notes support the opinion that the Law on Foreign Investments in the versions of 1991 and 1999 does not contain a legal provision for arbitration in cases as referred to in Article 26 ECT, such as the current case (*omissis*).

Interim statement on Article 26 ECT

5.65. It can be concluded from the foregoing that the arbitration clause of Article 26 ECT does not have a legal basis in Russian law and is incompatible with the starting points laid down in that law.

Bound by virtue of signature or ratification?

General

5.66. The foregoing does not provide a final answer to the question whether Article 26 ECT could be applied provisionally based on its signing, or that the provisional application required the approval of the Russian legislature. The Tribunal appears to have acknowledged this issue by asking in section 379 of the Interim Awards whether signing a treaty containing a provisional application clause is sufficient to determine that the Russian Federation consented to the international arbitration of disputes arising from the ECT. The Tribunal held that it was. Essentially, the Tribunal held that Articles 2 and 6 FLIT imply that by signing the ECT the Russian Federation and the other Signatories consented to the provisional binding force of the Treaty, albeit provisionally and notwithstanding Article 39 ECT, and therefore also to international arbitration as laid down in Article 26 ECT (Interim Awards, 382). In arriving at this opinion, the Tribunal furthermore attached significance to Article 11 FLIT, from which it follows that the executive determines whether to sign a treaty. The Tribunal also referred to its prior opinion on the question whether the principle of provisional application is permitted under the legislation of the Russian Federation, and in this context referred to Article 23 paragraph 1 FLIT as the basis for that provisional application (383). The Tribunal concluded that in the opinion of the parties to the ECT, there must be circumstances based on which a state for whom the ECT « has not entered into effect » nonetheless has still consented to being bound by the ECT's conditions (385). The court will discuss this opinion below and will include the provisions of the FLIT, even though it entered into force on 21 July 1995, six months after Davydov signed the ECT — except Article 23, which entered into force retroactively by Presidential Instruction.

5.67-5.71 (*Omissis*).

Article 39 ECT

5.72. Article 39 ECT designates — in accordance with the terminology of Article 14 VCLT and Article 6 FLIT — ratification, acceptance or approval as the means through which the Treaty can enter into force. This means that it cannot enter into force by signature, which is not in dispute. In light of its considerations in 382 and 385 of the Interim Awards, it is clear that also for the Tribunal the starting point was that Davydov's signature could not replace the ratification



required under Article 39 ECT and only related to the provisional application of the ECT. However, by attributing to the signing of the ECT the effect of unconditional consent of the Russian Federation to be provisionally bound by the Treaty and therefore also to Article 26 ECT, the Tribunal failed to realise that the scope of the signing was expressly restricted by the Limitation Clause in Article 45. As has been considered above, from Article 45 ECT it follows, in the interpretation of Article 45 ECT which the court considers correct, that the possibility of provisional application is focused on and depends on the compatibility of separate treaty provisions with the national law of a Signatory. From the treaty text it thus follows that by signing the ECT, the Russian Federation was provisionally bound by the arbitration clause of Article 26, in so far as this clause could be reconciled with Russian law. The mentioned general provisions of the FLIT therefore do not provide cause for the Tribunal's opinion. In its interpretation of these general provisions, the Tribunal essentially deprived all meaning of the Limitation Clause and the requirement of ratification laid down in Article 39 ECT. Upon closer inspection, the Tribunal's opinion implies that each treaty provision, even if the provisional application thereof is incompatible with national laws and the constitution, is assigned full force. This view can only be followed if the Limitation Clause is considered as an « all or nothing » provision, but as has been explained above, the court does not follow this interpretation.

#### Provisional conclusion on the binding force of signature and ratification

5.73. With its opinion, the Tribunal failed to answer the question formulated in 5.66 within the correct assessment framework. The question whether the arbitration clause could be applied provisionally without ratification must be primarily answered, as the Russian Federation rightly argued, based on the provisions of the 1993 Russian Constitution. In this context, the Russian Federation, in brief, argued that the principle of separation of powers enshrined therein entails that the Parliament of the Russian Federation (the Duma and the Council of the Federation jointly, hereinafter the Federal Parliament) must ratify treaties that supplement or amend Russian law by adopting a federal law. According to the Russian Federation, the ECT, and particularly Article 26 ECT, warrants such an approach, and this provision could not be provisionally applied without ratification.

#### The principle of separation of powers

##### General

5.74. The Tribunal did not formulate a specific opinion — and neither did the defendants in these reversal proceedings — on the principle of the separation of powers and its relevance to the option of provisional application of Article 26 ECT. They only dealt with the meaning of Article 15 paragraph 4 of the Constitution, about which it should be noted that in connection with this the Tribunal only examined the question whether the principle of provisional application is compatible with Russian legislation — a question which follows on from its interpretation of Article 45 ECT. In determining the scope and relevance of the principle of the separation of powers the court — like the parties — will base its assessment on Russian legislation, as laid down in the Constitution and as it extends to other legislation. This will also involve a discussion of Article 15 paragraph 4 of the Constitution.

##### The Russian Constitution

5.75-5.84 (*omissis*).

5.85. In this context, it should be noted that, in accordance with and resulting from the constitutional principle of the separation of powers, Article 15 paragraph 1 FLIT — which, as has been stated, entered into force shortly after the ECT was signed — stipulates that certain treaties, including « international treaties whose implementation requires amendment of existing legislation or enactment of new federal laws, or that set out rules different from those provided for by law », are subject to ratification. Based on the second paragraph, the ratification requirement also applies « if the parties have agreed to subsequent ratification when concluding the international treaty ». Although the former Soviet Union had a different state system than the one that was introduced in 1993, Article 12 of the predecessor of the FLIT, the Law of the USSR of 6 July 1978 « on the Procedure for Conclusion, Performance, and Denunciation of International Treaties of the USSR », contained a similar ratification requirement as Article 15 FLIT. That requirement applied, among other things, to « treaties providing for rules different from those contained in the USSR legislative acts » as well as to « international treaties of the USSR (...) where the contracting parties have agreed on subsequent ratification when concluding the treaty ».

5.86 (*omissis*).

5.87. The principle of the separation of powers and the ensuing requirement of approval by the Russian Parliament of treaties is also reflected in Article 15 paragraph 4 of the Constitution. Under this provision, standards of international law and treaties form part of national law. If a treaty contains rules that deviate from national law, the treaty takes precedence. Whereas this provision mainly comprises a conflict rule and does not primarily answer the question whether an arbitration clause, such as the one contained in Article 26 ECT, requires ratification, the experts of the Russian Federation emphasise the importance of the Federal Parliament's legislative authorities in interpreting this provision. According to Baglay and Avakiyan, for international treaties to be incorporated in the Russian legal system under Article 15 paragraph 4 of the Constitution, they first must be ratified (*omissis*).

5.88-5.92 (*omissis*).

5.93. The constitutional limitations discussed above require that treaties that deviate from or supplement national Russian laws, cannot be applied based only on their signature, but require prior ratification. In accordance with this, these limitations also apply if treaties, like the ECT, are applied provisionally. As has been considered earlier in this judgment, through Article 26 ECT the Russian Federation is exposed to investment disputes in which foreign investors could accuse the Russian Federation of breach of the legal standards of Chapter III of the ECT. The court concludes that Russian law does not offer an independent legal basis for the settlement of such disputes in international arbitral proceedings. Considering existing Russian legislation, Article 26 ECT constitutes a new form of dispute resolution, namely a form which limits the sovereignty of the Russian Federation in the settlement of international public-law disputes to such an extent that an international tribunal would be competent to rule on the exercise of public-law government actions rather than a national court. The Constitution and the principle of the separation of powers enshrined therein preclude a representative of the executive from being able to bind the Russian Federation to Article

26 ECT. This means, as is also argued by the experts Avakiyan (Opinion of 21 February 2006, pages 8 and 9) and Baglay (Opinion, page 5), as well as A. Martynov in an opinion of 14 December 2006, who at the time participated in the negotiations on the ECT on behalf of the Ministry of Foreign Economic Relations of the Russian Federation, that provisional application of Article 26 ECT is contrary to the constitutional separation of the executive, legislative and judiciary powers.

5.94 (*omissis*).

Final conclusion on the meaning of Article 45 ECT in connection with Article 26 ECT

5.95. The opinion delivered in this judgment leads to the final conclusion that from Article 45 paragraph 1 ECT it follows that based only on the signature of the ECT, the Russian Federation was not bound by the provisional application of the arbitration regulations of Article 26 ECT. The Russian Federation never made unconditional offer for arbitration, in the sense of Article 26 ECT. As a result, the defendants' « notice of arbitration » did not form a valid arbitration agreement.

Final conclusion on the jurisdiction of the Tribunal

5.96. From that which has been stated in 5.95, it follows that the Tribunal wrongly declared itself competent in the Arbitration to take cognizance of the claims and issue the ensuing award.

The consequences of the ruling on the jurisdiction of the tribunal

5.97. The incompetence of the Tribunal leads to the reversal of the Interim Awards and the Final Awards based on Section 1065 subsection 1 under a Rv.

5.98. This means that the other grounds for reversal in 4.2 are left undiscussed.

The costs of the proceedings

5.99 (*omissis*).

### **Il caso *Yukos* tra limiti all'applicazione provvisoria dell'*Energy Charter Treaty* e annullamento di lodi UNCITRAL.**

1. Con decisione del 26 aprile 2016, la Corte distrettuale de L'Aja ha annullato sei lodi (tre *interim* sulla giurisdizione e sulla ricevibilità, e tre definitivi) resi tra il 2009 e il 2014 nella controversia tra i tre *ex* maggiori azionisti della Yukos Oil Company e la Russia <sup>(1)</sup>.

La controversia trae origine dalle misure che la Russia aveva adottato dal 2003 in poi nei confronti della Yukos, dei suoi amministratori

---

<sup>(1)</sup> Si tratta delle società cipriote *Hulley Enterprises Ltd* e *Yukos Universal Ltd*, e della società *Veteran Petroleum Ltd* incorporata nelle Isole di Man. I tre lodi interlocutori sulla giurisdizione e sulla ricevibilità furono resi il 30 novembre 2009, quelli definitivi il 18 luglio 2014 (v. *Hulley Enterprises Ltd c. The Russian Federation*, UNCITRAL, CPA, Case No. 2005-03/AA226; *Yukos Universal Ltd c. The Russian Federation*, UNCITRAL, CPA, Case No. 2005-04/AA227; *Veteran Petroleum Ltd c. The Russian Federation*, UNCITRAL, CPA, Case No. 2005-05/AA228). I lodi sono reperibili nella banca dati della Corte permanente di arbitrato all'indirizzo <https://pcacases.com/web>.

e di alcuni suoi azionisti essenzialmente per evasione fiscale <sup>(2)</sup>: misure che ridussero la società in uno stato di insolvenza tale da condurla al fallimento nel 2006, con beni e attività di fatto trasferiti a società russe a partecipazione pubblica attive nel settore energetico <sup>(3)</sup>.

Ritenendo che dette misure fossero ispirate dal solo intento di estromettere la società Yukos e i suoi amministratori dal mercato dell'energia e dallo scenario politico nazionale, i tre *ex* azionisti intrapresero la via arbitrale nel 2005 ai sensi dell'art. 26, par. 4, lett. *b*), dell'Energy Charter Treaty (d'ora innanzi, « ECT » <sup>(4)</sup>) per l'accertamento della violazione dei propri diritti di investitori stabiliti dallo stesso trattato e la conseguente condanna del governo russo al risarcimento dei danni subiti.

L'art. 26 consente, tra l'altro, di promuovere un arbitrato *ad hoc* ai sensi delle regole UNCITRAL e impone l'« unconditional consent » dello Stato convenuto rispetto alla via arbitrale scelta dall'investitore.

Il Tribunale arbitrale fu istituito avendo come *appointing authority* la Corte permanente di arbitrato, operò secondo le regole UNCITRAL ed ebbe la sua sede a L'Aja. Quest'ultima circostanza ha successivamente fondato, da un lato, la competenza della Corte distrettuale della stessa città sulla domanda di annullamento e, dall'altro, l'applicazione dall'art. 1065, par. 1 del codice di procedura civile olandese per decidere sulle doglianze del governo russo.

In proposito va preliminarmente chiarito che, all'epoca dei fatti, l'ECT era applicabile in via provvisoria nei riguardi della Russia ai sensi dell'art. 45, par. 1, il quale prevede che ciascuno Stato firmatario « agrees to apply [...] provisionally [the ECT] to the extent such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws and regulations » <sup>(5)</sup>.

È appena il caso di ricordare che l'applicazione a titolo provvisorio di un trattato è ammessa dall'art. 25 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Spicca al riguardo l'arresto dell'amministratore delegato Mikhail Khodorkovsky.

<sup>(3)</sup> Il lodo finale afferma che il governo russo operò « a full assault on Yukos and its beneficial owners in order to bankrupt Yukos and appropriate its assets while, at the same time, removing Mr. Khodorkovsky from the political arena ».

<sup>(4)</sup> Sul trattato vedi GIARDINA, *Energy Charter Treaty*, in *Enciclopedia degli idrocarburi*, IV, Roma, 2007, p. 551 ss.; BALTAG, *The Energy Charter Treaty: the Notion of Investor*, The Hague, 2012.

<sup>(5)</sup> Aperto alla firma a Lisbona il 17 dicembre 1994, l'ECT è entrato in vigore sul piano internazionale il 16 aprile 1998. La Russia accettò al momento della firma di applicare il trattato a titolo provvisorio, ma il 20 agosto 2009 notificò ai sensi dell'art. 45, par. 3, lett. *a*), la decisione di non ratificare l'ECT. Di conseguenza, l'applicazione provvisoria cessò il 18 ottobre 2009 una volta decorsi i 60 giorni previsti dallo stesso art. 45, par. 3, lett. *a*). Pare opportuno segnalare che l'Italia non è più vincolata all'ECT dal 1° gennaio 2016.

<sup>(6)</sup> In argomento v. LEFEBER, *The Provisional Application of Treaties*, in *Essays on the Law of Treaties* (a cura di Klabbers e Lefeber), The Hague, 1998, p. 81 ss.

Nella prospettiva dei tre *ex* azionisti l'art. 45 dell'ECT si riferirebbe a problemi di compatibilità tra l'applicazione provvisoria dell'intero trattato e l'ordinamento degli Stati firmatari (c.d. « all or nothing approach ») (7).

Di contro, il governo russo sosteneva che l'art. 45 consentirebbe di eccipire problemi di compatibilità con le norme costituzionali, legislative e regolamentari degli ordinamenti interni rispetto a ciascuna disposizione dell'ECT.

In altri termini, supponendo che soltanto le disposizioni dell'ECT compatibili con l'ordinamento interno siano applicabili a titolo provvisorio, quelle incompatibili non lo sarebbero senza travolgere gli impegni derivanti dalle altre (c.d. « piecemail approach »).

Il governo russo lamentava, in particolare, che l'art. 26 avrebbe consentito di sottoporre ad arbitrato determinate controversie di natura pubblicistica (il riferimento era soprattutto a quelle concernenti la condotta delle autorità fiscali), le quali, secondo l'ordinamento russo, spettano alla giustizia ordinaria (la via arbitrale essendo ammissibile per le sole controversie di natura privatistica) (8).

Ora, il Tribunale arbitrale ha accolto la tesi dei tre *ex* azionisti — arrivando a pronunciare il 18 luglio 2014 un lodo « storico » di condanna della Russia al pagamento di circa 50 miliardi di dollari —, mentre la Corte distrettuale olandese ha ritenuto condivisibile la tesi del governo russo.

Seguendo il riferito « piecemail approach », la Corte olandese ha ritenuto che la via arbitrale prevista dall'art. 26 dell'ECT rappresentasse un mezzo di soluzione delle controversie alternativo alla giustizia ordinaria ignoto all'ordinamento russo e, come tale, suscettibile di esservi introdotto in base a una modifica legislativa che soltanto la ratifica del trattato avrebbe potuto legittimare.

Una volta dichiarato l'art. 26 inapplicabile al caso di specie, l'accordo arbitrale, prima, e la giurisdizione arbitrale, successivamente, risultavano privi di fondamento e di conseguenza nulli i lodi.

2. La decisione della Corte olandese solleva spunti di interesse con riguardo sia al diritto dei trattati sia al diritto dell'arbitrato (9).

---

(7) Cfr. lodo *interim*, 30 novembre 2009, cit., parr. 303, 311. Lo stesso approccio è stato seguito dal Tribunale ICSID nella decisione sulla giurisdizione 6 luglio 2007, *Ioannis Kardasopoulos c. Georgia* (ICSID Case No. ARB/05/18), parr. 205-211 e 219, ma ciò era prevedibile perché i due tribunali erano presieduti dalla stessa persona.

(8) Vedi *infra*, nota 20.

(9) Invero, il governo russo aveva sottoposto ulteriori doglianze che la Corte olandese ha considerato irrilevanti dopo aver concluso che l'art. 26 dell'ECT è incompatibile con l'ordinamento russo ai sensi — e per gli effetti — dell'art. 45 e, pertanto, che il tribunale fosse già per questo privo di giurisdizione. In particolare, il governo russo lamentava che l'art. 21 esclude dall'ECT la materia fiscale, che le società ricorrenti erano controllate da azionisti russi, i quali non avrebbero potuto invocare un arbitrato ECT contro il proprio Stato nazionale, e, infine, che

Quanto al diritto dei trattati, va rilevato che la scelta tra « all or nothing approach » e « piecemail approach » è dipesa dalla diversa interpretazione che i due organi hanno dato alla clausola limitativa dell'art. 45, par. 1, in particolare là dove essa esclude l'applicazione provvisoria « [...] to the extent that such provisional application is not inconsistent with [...] constitution, laws or regulations » dello Stato.

Ad avviso del tribunale arbitrale, l'inciso « to the extent » riguarderebbe l'intero trattato (nel senso — come si è visto — che l'incompatibilità dovrebbe riferirsi all'intera applicazione provvisoria), mentre, secondo la Corte olandese, l'incompatibilità potrebbe riguardare ciascuna disposizione presa singolarmente.

Inoltre, il tribunale ha dato peso all'incipit dell'art. 45 (« [e]ach signatory agrees to apply *this Treaty* provisionally [...] to the extent *such* provisional application [...] »<sup>(10)</sup>) che la Corte olandese ha invece ignorato.

Va da sé che il giudizio di compatibilità sollecitato dal governo russo avrebbe avuto poco senso seguendo il primo approccio — non potendosi immaginare una totale incompatibilità dell'applicazione provvisoria dell'ECT con la normativa russa per non privare di senso la scelta dello Stato russo di avvalersene<sup>(11)</sup> —, mentre, seguendo il secondo, avrebbe sortito l'effetto di una sorta di *riserva* alla (provvisoria) applicazione di uno specifico obbligo affinché fosse chiaro che quest'ultimo sussiste soltanto in caso di ratifica: l'obbligo in parola è — come oramai chiaro — quello di essere vincolato alla via arbitrale eventualmente scelta dall'investitore ai sensi dell'art. 26.

In linea di principio, la presenza dell'inciso « to the extent », inserito nell'ECT in luogo di espressioni più indicative dell'approccio « all or nothing » (ad esempio — come è stato suggerito già prima della pronuncia in commento<sup>(12)</sup> —, « if » o « where »), induce a non censurare le premesse da cui muove la Corte olandese per seguire il « piecemail approach »<sup>(13)</sup>.

---

l'acquisto di azioni Yukos non costituiva un investimento in Russia. Per un primo commento sulla sentenza v. FERRARI, ROSENFELD, *Yukos Revisited — A case comment on the set-aside decision in Yukos Universal Limited (Isle of Man) et al. v. Russia*, in *IPRax*, 2016, p. 478 ss.; nonché MELCHIONDA, *The Annulment of the Yukos Award: the Judgment of the Hague District Court in the "Yukos Case"*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 445 ss.

<sup>(10)</sup> Corsivo aggiunto. Cfr. lodo *interim*, cit., par. 304 s.

<sup>(11)</sup> Secondo quanto afferma il lodo *interim*, il governo russo non avrebbe mai sollevato l'incompatibilità dell'applicazione provvisoria con il proprio ordinamento: par. 330.

<sup>(12)</sup> ARSANJANI, REISMAN, *Provisional Application of Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards*, in *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (a cura di Cannizzaro), Oxford, 2011, p. 86 ss., p. 92 s. Sull'argomento v. pure HAFNER, *The 'Provisional Application' of the Energy Charter Treaty*, in *International Investment Law in the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, p. 593 ss.

<sup>(13)</sup> La prassi rilevata dal tribunale arbitrale mostra, tuttavia, che gli Stati hanno fatto valere la clausola limitativa con riferimento all'intero trattato: cfr. lodo *interim*, cit., par. 321.

Analogamente è a dirsi se si pensa che l'ECT consente di innescare la clausola limitativa anche per incompatibilità con « regulations » di uno Stato: ipotesi, questa, che, in quanto riferibile alla legislazione delegata di uno Stato, mal si attaglia alla disapplicazione di un intero trattato.

Inoltre, l'approccio « all or nothing » pare difficilmente conciliabile con l'art. 45, par. 2, lett. c), il quale stabilisce che, se lo Stato dichiara al momento della firma ai sensi dell'art. 45, par. 2, lett. a) la sua contrarietà all'applicazione provvisoria, esso è nondimeno vincolato alla Parte VII a meno che la relativa applicazione non sia a sua volta « inconsistent with its laws or regulations »: ora, se l'art. 45, par. 1, imponesse l'approccio « all or nothing », non avrebbe senso prevedere una seconda clausola limitativa nell'art. 45, par. 2, lett. c) dedicata a una specifica parte del trattato.

Tutto ciò — beninteso — non significa rilevare regole generali sul rapporto tra applicazione provvisoria di un trattato e ordinamenti interni poiché ogni trattato ha le sue regole al riguardo.

D'altro canto, lo stesso ECT pare subordinare il congelamento (totale o parziale) dell'applicazione provvisoria al fatto che lo Stato interessato renda — come già notato — un'apposita dichiarazione al momento della firma (art. 45, par. 2, lett. a)) o notificchi successivamente la decisione di non voler partecipare al trattato (art. 45, par. 3, lett. a)): manifestazioni di volontà, queste, che il governo russo non ha espresso, rispettivamente, né al momento della firma né prima dell'avvio del procedimento arbitrale <sup>(14)</sup>.

In assenza di simili manifestazioni di volontà, l'applicazione provvisoria non sembra venir meno.

Il tribunale arbitrale e la Corte, facendo leva sul dato letterale, percepiscono invece tali manifestazioni di volontà come facoltative: l'ECT dispone, infatti, che lo Stato firmatario, « notwithstanding » l'applicazione provvisoria, « may » dichiarare « that it is non able to accept provisional application » (art. 45, par. 2, lett. a) e che esso « may terminate its provisional application » dell'ECT con la decisione di non voler partecipare al trattato (art. 45, par. 3, lett. a) <sup>(15)</sup>.

Ad avviso di chi scrive siffatte previsioni paiono tuttavia indicative soltanto della facoltà concessa agli Stati di far cessare l'applicazione provvisoria.

Senonché, pur volendo ammettere che uno Stato firmatario possa invocare mediante altri mezzi la clausola che limita/esclude l'applicazione provvisoria, resta dubbio che la clausola possa operare a seguito di

---

<sup>(14)</sup> Vedi *supra*, nota 5. Il fatto che queste vie non fossero state utilizzate dal governo russo è un argomento estraneo alle motivazioni della decisione sulla competenza resa dal tribunale arbitrale. Da ciò la Corte olandese ha desunto l'inutilizzabilità dell'argomento in sede di annullamento (sent. 26 aprile 2016, cit., par. 5.25).

<sup>(15)</sup> Cfr. lodo *interim*, cit., parr. 284, 290; sent. 26 aprile 2016, cit., parr. 5.26-5.28.

accertamenti svolti da organi estranei ad esso, quali sono i giudici di un altro Stato.

E supponendo che il giudizio di compatibilità possa spettare anche ad organi estranei allo Stato interessato, le opinioni che seguono potrebbero divergere l'una dall'altra, creandosi un rischio di difformità nell'interpretazione di una disposizione pattizia (o dell'intero trattato) provvisoriamente applicabile o della stessa disposizione che prevede l'applicazione provvisoria tra gli Stati firmatari: sul punto ritorneremo a proposito della possibile circolazione dei *lodi Yukos* fuori dallo Stato di sede <sup>(16)</sup>.

3. Come si è visto, la Corte olandese ha ritenuto inapplicabile l'art. 26 perché l'ordinamento russo non prevede l'arbitrato nelle controversie che concernono poteri pubblici dello Stato.

Senonché, l'*iter* interpretativo seguito dalla Corte distrettuale non convince se posto in relazione alla lettera dell'art. 45, nonché alla *ratio* dell'applicazione provvisoria di un trattato.

Quanto all'art. 45, la Corte svolge un'indagine sui contenuti del diritto russo che, invero, tale disposizione non prevede.

L'art. 45, difatti, detta una clausola limitativa dell'applicazione provvisoria che impone un giudizio negativo di compatibilità con « constitution, laws or regulations » di un dato ordinamento. Pertanto, l'art. 45 non legittima la ricerca in positivo di norme, regole e principi che siano compatibili con l'ECT (o una sua disposizione).

Né, invero, l'art. 45 opera soltanto — come pretendevano i soci Yukos <sup>(17)</sup> — qualora il diritto interno proibisse espressamente il comportamento previsto da una disposizione del trattato: nel caso di specie la clausola limitativa avrebbe dovuto funzionare se la via arbitrale fosse stata espressamente esclusa nel diritto russo a proposito di controversie tra Stato e investitori stranieri.

Muovendo invece dalla ricerca di *istituti compatibili*, la Corte conclude nel senso che l'ordinamento russo è privo di mezzi risolutivi delle controversie che rispecchino la via arbitrale dettata dall'art. 26 dell'ECT.

E, constatato il difetto di simili mezzi, essa sostiene che l'arbitrato ex art. 26 avrebbe rappresentato una novità per l'ordinamento russo che soltanto la ratifica del trattato poteva legittimare, tenendo conto che l'applicazione provvisoria, frutto della volontà del solo potere esecutivo, non è suscettibile di dar luogo all'alterazione del sistema giudiziario russo senza il consenso espresso con ratifica dagli organi costituzionalmente competenti.

Senonché, così ragionando, la Corte, pur respingendo da un lato la

---

<sup>(16)</sup> Vedi *infra*, par. 5.

<sup>(17)</sup> Cfr. sent. 26 aprile 2016, cit., par. 5.33.



tesi secondo cui l'art. 45 impedirebbe l'applicazione provvisoria rispetto a materie *espressamente escluse* dal diritto russo, dall'altro vi aderisce quando cerca di risolvere il problema della compatibilità attraverso la ricerca di istituti interni analoghi alla via arbitrale prevista dall'art. 26.

Inoltre, la Corte altro non fa che svuotare nozione e finalità dell'applicazione provvisoria di un trattato poiché, nella sua prospettiva, uno Stato, il quale dapprima convenisse su detta applicazione<sup>(18)</sup>, potrebbe sempre svincolarsi in un secondo momento (da tutto o parte di esso) non già — come si è detto — attraverso un atto di revoca oppure mediante la decisione di non divenire parte al trattato<sup>(19)</sup>, ma semplicemente invocando l'assenza sul piano interno di istituti che con quel trattato intende introdurre<sup>(20)</sup>.

E la prospettiva secondo cui, anche in caso di applicazione provvisoria, un obbligo previsto dal trattato è incompatibile con il diritto interno finché il trattato non è ratificato urta con il fatto che l'applicazione provvisoria, ove validamente convenuta ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Vienna, rende efficace e vincolante il trattato non meno della ratifica.

Sicché, anche il riferimento fatto dalla Corte olandese alle note esplicative che il governo russo di volta in volta allega ai testi dei trattati bilaterali sull'investimento (« BIT ») che contengono clausole arbitrali

---

<sup>(18)</sup> Sul nesso tra applicazione provvisoria e vincolatività del trattato v. in toni critici PICONE, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, 1973.

<sup>(19)</sup> Cfr. GAJA, *Trattati internazionali*, in *Digesto it. disc. pubb.*, XV, Torino, 1999, p. 349, con riferimento all'art. 25 della Convenzione di Vienna. Analogo regime è previsto — come si è notato — dall'art. 45, par. 3, lett. a), dell'ECT: ma si ricordi che la Russia ha notificato la decisione di non ratificare l'ECT in pendenza del giudizio arbitrale.

<sup>(20)</sup> La Corte olandese e il tribunale arbitrale divergono sull'interpretazione degli articoli 43 dei *Fundamentals of Legislation on Investment Activity in U.S.S.R.* del 10 dicembre 1990 (in *Int. Legal Materials*, 1991, p. 913 ss.), 9 della *Law on Foreign Investments* del 4 luglio 1991 (consultabile in BUTLER, HENDERSON (a cura di), *Russian Legal Texts: The Foundation of a Rule-of-Law State and a Market Economy*, The Hague, 1998, p. 791 ss.) e 10 della successiva *Federal Law on Foreign Investment in the Russian Federation* del 9 luglio 1999 (in *Russia and the Republics Legal Materials*, 1999, n. 62, p. 3 ss.). In particolare, la Corte olandese — avvalendosi dei pareri di alcuni esperti di diritto russo — contesta al tribunale di aver sottovalutato che gli articoli 9 della legge del 1991, e 45 dei *Fundamentals*, distinguono tra controversie di diritto pubblico e controversie in cui lo Stato ospite opera a titolo privato sebbene per le prime si preveda chiaramente il ricorso al giudice nazionale come regola e la via arbitrale come eccezione condizionata alla conclusione di un trattato (cfr. sent. 26 aprile 2016, cit., spec. par. 5.51). Quanto all'art. 10 della legge del 1999, esso recherebbe una norma in bianco per la quale le controversie in materia di investimento sono deferibili ad arbitrato in conformità ai trattati internazionali o alle leggi federali senza che ciò equivalga a introdurre la via arbitrale nell'ordinamento russo con riguardo a controversie di matrice pubblicistica tra investitore straniero e governo russo. Dal canto suo, il tribunale riteneva poco rilevante l'assenza in sé della via arbitrale nel diritto russo poiché sia la regola *pacta sunt servanda* sia l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati precludono allo Stato di invocare il diritto interno per svincolarsi dagli obblighi di un trattato (lodo *interim*, cit., parr. 312-315). Questo argomento è tuttavia poco condivisibile nella misura in cui con esso si intenda precludere in sé l'eccezione di incompatibilità della via arbitrale con il diritto interno.

affinché sia chiaro che tali trattati richiedono la ratifica perché l'ordinamento russo non conosce la via arbitrale per la soluzione delle controversie Stato-privato di matrice pubblicistica adombra il fatto che, intrapresa la via dell'applicazione provvisoria, la condizione della ratifica perde importanza <sup>(21)</sup>.

Più convincente è l'argomento riguardante il rapporto tra applicazione provvisoria dei trattati e separazione dei poteri perché esso di fatto introduce un problema di validità dell'applicazione provvisoria quando sono in gioco norme fondamentali dell'ordinamento interno <sup>(22)</sup>.

Riferita in sintesi, l'idea della Corte olandese è che la Costituzione russa accoglie il principio della separazione dei poteri, che l'art. 26 dell'ECT introduce la via arbitrale dove l'ordinamento russo prevede la sola giustizia ordinaria e, dunque, che il governo non potrebbe (né avrebbe potuto), per il tramite dell'applicazione provvisoria agganciata alla firma, apportare una modifica che incide sulle competenze del potere giudiziario.

L'argomento può convincere nella sua logica intrinseca, che mira a escludere gli effetti dell'applicazione provvisoria ogni volta che il trattato incide sulle funzioni di poteri diversi da quello esecutivo o implica riforme legislative che solo la ratifica può avviare.

Senonché, lo stesso argomento è utilizzabile, a nostro avviso, al verificarsi di tre circostanze: 1) l'ordinamento interno davvero non preveda la via arbitrale per la categorie di controversie suscettibili di rientrare nell'art. 26 dell'ECT; 2) l'applicazione provvisoria non sia stata condivisa dagli organi dello Stato costituzionalmente competenti ad assumere impegni per mezzo di trattato; 3) lo Stato ponga le circostanze di cui ai punti 1) e 2) alla base della dichiarazione di revoca dell'applicazione provvisoria (art. 45, par. 2, lett. *a*)) ovvero della decisione di non divenire parte dell'ECT (art. 45, par. 3, lett. *a*)).

4. Volgendo ora l'attenzione a profili più attinenti al diritto dell'arbitrato, la disapplicazione dell'art. 26 dell'ECT — nei termini e nelle modalità enunciati dalla Corte olandese — destituisce di fondamento il consenso del governo russo all'arbitrato in un modo imprevedibile per l'investitore rispetto al regime vigente al momento dell'insorgere della controversia.

L'investitore perde, infatti, la protezione garantita dall'ECT sebbene lo Stato non abbia manifestato la volontà di svincolarsi dall'applicazione

---

<sup>(21)</sup> Sent. 20 aprile 2016, cit., parr. 5.62-5.64.

<sup>(22)</sup> Ivi, parr. 5.74 ss.

provvisoria dell'ECT prima dell'insorgere della controversia (a prescindere dalla fondatezza o meno delle indagini svolte dalla Corte olandese circa la compatibilità della via arbitrale con l'ordinamento russo).

Lo scenario di incertezza non muta ponendosi nella prospettiva dello Stato di nazionalità dell'investitore. Tale Stato riceve notizia dell'inapplicabilità dell'art. 26 soltanto dopo che l'investitore ha intrapreso la via arbitrale e per effetto di un atto compiuto dallo Stato dinanzi al tribunale arbitrale piuttosto che attraverso le vie concordate tra i due Stati (insieme agli altri firmatari) per sottrarsi all'applicazione provvisoria.

Inoltre, il *piecemail approach* fa sì, per un verso, che uno Stato, pur vincolato agli obblighi sostanziali previsti dall'applicazione provvisoria di un trattato<sup>(23)</sup>, possa invece svincolarsi, invocando il diritto interno, da quelli procedurali e, per altro verso, che il mezzo *tipico* previsto per la soluzione delle controversie in materia di investimento all'estero (l'arbitrato) sia sacrificato a favore della giustizia ordinaria interna dello Stato ospite, talvolta poco garantista dell'imparzialità e della terzietà rispetto a simili controversie.

In definitiva, se l'interpretazione letterale dell'art. 45 accolta dalla Corte olandese già meritava, come si è visto, un diverso esito, quella teleologica, riferita a un trattato in materia di investimenti, avrebbe dovuto trovare maggiore spazio e fortuna.

5. *Last but not least*, la « saga Yukos » rivela come l'annullamento di un lodo UNCITRAL in materia di investimenti possa generare talune incertezze nelle relazioni tra le parti rispetto al sistema ICSID.

Preme notare, tuttavia, che l'attivazione del sistema ICSID era impossibile nel caso di specie perché la Russia non è contraente della Convenzione di Washington del 1965. Né lo scenario sarebbe mutato se gli *ex* azionisti Yukos avessero attivato un arbitrato in base alle *Additional Facility Rules* dell'ICSID come prevede l'art. 26, par. 4, lett. a), ii, dell'ECT, perché il tribunale arbitrale avrebbe comunque reso un lodo fuori dal sistema della Convenzione di Washington.

I lodi Yukos si contraddistinguono per essere stati annullati da un giudice nazionale nell'esercizio della funzione che la giustizia ordinaria dello Stato di sede esercita in relazione a un arbitrato commerciale internazionale.

---

<sup>(23)</sup> Tra gli obblighi sostanziali rientrano quelli risultanti dalla *umbrella clause* prevista nell'art. 10 dell'ECT, ma alcuni Stati hanno formulato la riserva volta a escludere la via arbitrale in caso di loro violazione. Sul punto v. di recente CASCONI, *Effetti dell'esclusione dell'Umbrella Clause dal campo di applicazione dell'accordo arbitrale ai sensi dell'Energy Charter Treaty e rapporti con le altre previsioni del trattato*, in questa *Rivista*, 2016, p. 156 ss.

Ciò implica, tra l'altro, che il lodo, annullato dalla Corte olandese, possa nondimeno circolare in altri Stati <sup>(24)</sup>.

La veste di lodo arbitrale « commerciale » (ovvero *non ICSID*) rende infatti applicabile la Convenzione di New York del 1958, con la possibile (controversa) conseguenza che l'annullamento nello Stato di sede non impedisce la circolazione e l'esecuzione del lodo sia perché l'art. V, par. 1, lett. e), prevede una facoltà di rifiutare il riconoscimento a causa dell'annullamento, sia perché l'art. VII ammette l'applicazione di sistemi più favorevoli rispetto a quelli convenzionali, come possono risultare quelli che tengono su piani distinti l'efficacia del lodo nello Stato di sede dall'efficacia del lodo nello Stato richiesto <sup>(25)</sup>.

In questa prospettiva, l'eventualità che il lodo sia suscettibile di circolazione in Stati diversi dai Paesi Bassi e dalla Russia dipende essenzialmente dalla forza riconosciuta alla pronuncia di annullamento della Corte olandese oppure dalla percezione che ciascuno Stato avrà delle doglianze proposte dalla Russia in sede di annullamento e verosimilmente riproposte in sede di *exequatur*.

Difatti, alla luce di quanto detto in precedenza — anche a proposito dell'*accertamento diffuso* sulla incompatibilità dell'ECT (o di una sua parte) con l'ordinamento russo —, non è escluso che i giudici di uno Stato richiesto assumano una posizione diversa in merito all'operatività dell'art. 26 ECT, alla conseguente validità dell'impegno arbitrale e, dunque, alla competenza del tribunale arbitrale.

Di contro, un'ipotetica collocazione dell'arbitrato nel sistema ICSID

---

<sup>(24)</sup> Il lodo definitivo era oggetto di *exequatur* in Belgio, Francia, Germania, India, Regno Unito e Stati Uniti già prima dell'annullamento. Peraltro, al momento in cui si scrive è pendente il procedimento di appello avviato dai tre *ex* azionisti Yukos avverso l'annullamento, sicché alcuni procedimenti di *exequatur* — ivi compresi quelli preliminari di accertamento della validità del lodo — potrebbero essere sospesi in attesa del giudizio della Corte d'appello olandese (così è accaduto negli Stati Uniti su domanda dei tre *ex* azionisti Yukos: US District Court, District of Columbia, Memorandum Opinion, Chief Judge Howell, 30 settembre 2016, *Hulley Enterprises Ltd et alii c. The Russian Federation*, Civil Action No. 14-1996 (BAH), in [www.italaw.com](http://www.italaw.com)). L'esecuzione potrebbe peraltro incontrare limiti per effetto dell'immunità di beni russi dalla giurisdizione esecutiva straniera: cfr. Tribunal de Grande instance de Paris, Juge de l'exécution, sent. 28 aprile 2016, n. 15/00323, *Hulley Enterprises Ltd c. Fédération de Russie; Société Bouygues Bâtiment Ile-de-France*, in [www.italaw.com](http://www.italaw.com), che ha ritenuto immuni dal pignoramento alcuni immobili utilizzati da un centro culturale russo.

<sup>(25)</sup> Così sono orientate le corti francesi nel respingere le istanze della Russia di revocare sulla base dell'annullamento pronunciato nei Paesi Bassi il sequestro di beni in territorio francese in precedenza accordato a supporto dell'esecuzione dei lodi. Per aggiornamenti v. [www.globalarbitrationreview.com](http://www.globalarbitrationreview.com). Sul rapporto tra sentenza di annullamento nello Stato di sede e circolazione del lodo in altri Stati v., in particolare, GIARDINA, *The International Recognition and Enforcement of Arbitral Award Nullified in the Country of Origin*, in Briner, Fortier, Berger, Bredow (eds), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century*. Liber amicorum *Karl-Heinze Böckstiegel*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, p. 205 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *The Enforcement of Annulled Awards: Further Reflections in Light of Thai-Lao-Lignite*, in *American Rev. Int. Arb.*, 2014, p. 47 ss.; e, con specifico riferimento al caso *Yukos*, FERRARI, ROSENFELD, op. cit., 483 s.

avrebbe veicolato la questione dell'annullamento nel regime *self contained* dell'art. 52 della Convenzione di Washington <sup>(26)</sup>, escluso l'applicazione della Convenzione di New York e, pertanto, l'eventualità che il lodo potesse circolare nonostante una pronuncia di annullamento.

Peraltro, ponendosi nella prospettiva più generale del rapporto tra applicazione provvisoria dell'ECT e sistema ICSID, e mettendo da parte l'ipotesi di arbitrati resi in base alle *Additional Facility Rules*, v'è da chiedersi cosa accadrebbe se l'art. 45 dell'ECT fosse invocato per escludere il fondamento di un arbitrato ICSID.

In particolare, supponendo che un tribunale ICSID giunga alle medesime conclusioni del tribunale UNCITRAL, potrebbe lo Stato condannato invocare ad un tempo la competenza del Comitato *ad hoc* e la disapplicazione dell'art. 26 dell'ECT?

A nostro avviso la risposta sarebbe negativa perché l'art. 26, par. 4 impone il deferimento della controversia al Centro di Washington facendo intendere che il consenso abbraccia tutto il sistema ICSID, ivi compreso il meccanismo di annullamento.

ANTONIO LEANDRO

---

<sup>(26)</sup> Come è noto, il sistema ICSID prevede un meccanismo di annullamento dei lodi che estromette qualunque giudice nazionale (dello Stato ospite o dello Stato di nazionalità dell'investitore) a favore di un Comitato *ad hoc* di tre arbitri che opera ai sensi e per gli effetti dell'art. 52 della Convenzione di Washington del 1965.

### **L'eccezione di compensazione ex artt. 817 bis c.p.c. e 56 l. fall. avente ad oggetto controcrediti non insinuati al passivo fallimentare ed esclusi dalla convenzione arbitrale.**

CHRISTIAN CORBI

1. *Premessa.* — Il presente contributo intende prendere in esame la portata applicativa dell'art. 817 bis c.p.c., letto in combinato disposto con l'art. 56 L.F., al fine di verificare le modalità tramite le quali gli arbitri possono conoscere i controcrediti vantati dal convenuto nei confronti del fallito (che abbia incardinato l'arbitrato e quindi assunto la veste di attore), ove gli stessi non risultino compresi nella convenzione arbitrale e non abbiano formato oggetto di insinuazione allo stato passivo.

Sul punto, dopo aver osservato come numerose ed opposte appaiano le soluzioni individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si fornirà una diversa ipotesi di lavoro.

2. *La portata applicativa dell'art. 817 bis c.p.c. letto in combinato disposto con l'art. 56 L.F.* — L'art. 817 bis c.p.c., nell'estendere la *potestas iudicandi* degli arbitri all'eccezione di compensazione avente ad oggetto anche i controcrediti non compresi nella convenzione arbitrale, seppure nei limiti del valore della domanda attorea, sembra escludere che il convenuto in arbitrato possa spiegare, relativamente a tali controcrediti, precipua domanda riconvenzionale <sup>(1)</sup>.

La *ratio* della norma in parola mira, infatti, ad ampliare il potere degli arbitri di prendere in esame, nell'ottica della mera ed eventuale « paralisi » della domanda attorea <sup>(2)</sup>, quei controcrediti che, proprio perché esclusi dalla

---

<sup>(1)</sup> In tal senso si veda VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 106. Sul rapporto tra gli artt. 817 e 819 c.p.c. si veda MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 301 ss.

<sup>(2)</sup> VERDE, *Lineamenti*, cit., 106.

convenzione arbitrale, non possono formare oggetto di accertamento munito dell'efficacia di giudicato <sup>(3)</sup>.

Quanto sin qui esposto assume un rilievo peculiare relativamente ai giudizi arbitrali promossi dalla curatela fallimentare nei confronti del debitore del fallito, allorquando tra tali soggetti sussista un reciproco rapporto debito-credito <sup>(4)</sup>.

Al riguardo, l'art. 56, comma 1, L.F., letto in combinato disposto con l'art. 817 bis c.p.c., subordina il diritto del convenuto in arbitrato di compensare il proprio debito con il controcredito dallo stesso vantato nei confronti del fallito solo ove entrambe le poste risultino anteriori alla declaratoria di fallimento <sup>(5)</sup>. Nel caso contrario è evidente come non si ponga alcun problema di carattere processuale, atteso che proprio la disciplina sostanziale esclude la compensazione giudiziale <sup>(6)</sup>.

Ciò posto, l'ulteriore *discrimen* utile ad impostare la presente riflessione consiste nello stabilire se il controcredito eccepito in sede arbitrale abbia o meno formato oggetto di insinuazione allo stato passivo fallimentare <sup>(7)</sup>. Da siffatta circostanza derivano diverse conseguenze applicative <sup>(8)</sup>.

Nel primo caso (intervenuta insinuazione del credito al passivo fallimentare), il convenuto potrà in tale ambito solo limitarsi ad eccepire — ai sensi e per gli effetti degli artt. 817 bis c.p.c. e 56 L.F. — il proprio controcredito (eccezione di compensazione), risultando lo stesso, per effetto di tale insinuazione, sia anteriore alla declaratoria di insolvenza, sia accertato giudizialmente

---

<sup>(3)</sup> Così VERDE, *Lineamenti*, cit., 106 e LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 300. Di diverso avviso RICCI, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da Carpi, Bologna, 2007, 479-480. L'Autore osserva come la *ratio* dell'art. 817 bis c.p.c. nasca dall'impossibilità di applicare all'arbitrato il disposto di cui all'art. 35 c.p.c. e che la disposizione in esame opererebbe quindi ogni qual volta l'attore contestasse il diritto di credito eccepito in compensazione.

<sup>(4)</sup> Spunti in BOSSI, *Arbitrato e fallimento dopo le riforme*, in *latribuna.it*, *Fallimento & crisi d'impresa*, 9/2008 ed in BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, *passim*.

<sup>(5)</sup> L'impostazione giurisprudenziale maturata fino alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 775/99, in *www.altalex.com*, riteneva sussistente il requisito dell'antioriorità del credito opposto in compensazione solo ove esso fosse divenuto esigibile in data antecedente alla declaratoria di insolvenza. Successivamente, il giudice di legittimità ha mutato orientamento, ponendo l'accento non più sull'esigibilità del credito, ma sull'antioriorità del fatto genetico del credito stesso. Al riguardo, sia Cass., SS.UU., n. 775/99, sia Cass., SS.UU., n. 22659/06, in *www.ilcaso.it*, hanno sancito che un credito può dirsi anteriore rispetto alla procedura fallimentare qualora ad essere anteriore ad essa sia il « fatto genetico » dell'obbligazione costitutiva del contro-credito (es. contratto). Rimane quindi del tutto irrilevante la circostanza per la quale il credito sia divenuto esigibile in data successiva al fallimento. DE MARCHI, *Fallimento e altre procedure concorsuali: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2009, 283 ss. Per approfondimenti si veda anche PERUGINI, *La compensazione nel fallimento. Ambito di operatività*, in *www.studiogmperugini.it*; BETTAZZI, *I presupposti di operatività della compensazione fallimentare*, in *Fallimento*, 2007. In argomento, *amplius* FABIANI, *Osservazioni a Cass. Sez. Un., 16 novembre 1999, n. 775 e 2 novembre 1999, n. 755*, in *Foro it.*, 2000, I, 2892.

<sup>(6)</sup> RIPA, *I ipotesi di compensazione in sede fallimentare*, in *www.studioripa.it*. Sul punto, si veda Cass. civ., Sez. I, n. 18915/10 in *www.altalex.com*.

<sup>(7)</sup> RICCI, *Arbitrato*, cit., 479-480.

<sup>(8)</sup> RICCI, *Arbitrato*, cit., 479-480.

nell'*an* e nel *quantum* <sup>(9)</sup>. Secondo l'impostazione giurisprudenziale prevalente <sup>(10)</sup>, tale controcredito non potrebbe in ogni caso essere introdotto nel procedimento arbitrale in via riconvenzionale, a pena di inammissibilità della relativa domanda <sup>(11)</sup>. Esso ha infatti già formato oggetto di accertamento giudiziale, cosicché gli arbitri non potrebbero porre in essere la medesima attività <sup>(12)</sup>.

Nel secondo caso (il credito non è stato insinuato al passivo fallimentare), occorre verificare, ove ricorrano i presupposti di operatività di cui all'art. 56 L.F. <sup>(13)</sup>, le modalità tramite le quali gli arbitri possono procedere all'esame della posta attiva introdotta dal convenuto nell'ambito del procedimento privato <sup>(14)</sup>.

3. *I controcrediti non insinuati allo stato passivo ed esclusi dalla convenzione arbitrale.* — A tal ultimo riguardo, appaiono discusse le modalità tramite le quali può essere introdotto, nel giudizio arbitrale, il controcredito vantato dal debitore del fallito nei confronti di quest'ultimo, nell'ipotesi in cui tale controcredito sia escluso dalla convenzione arbitrale e non abbia formato oggetto di insinuazione al passivo <sup>(15)</sup>.

Sul punto, si registrano due distinte impostazioni <sup>(16)</sup>.

Secondo una prima tesi <sup>(17)</sup>, la sede per l'accertamento dei crediti vantati nei confronti del fallito sarebbe unicamente quella fallimentare, cosicché la

---

<sup>(9)</sup> La tesi, pur non esplicitata, è ricavabile dalla motivazione della pronuncia della Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it); Cass. civ., Sez. I, n. 18915/10 in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Spunti in SALVATO, *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo*, in *Fallimento*, 2010, 1384.

<sup>(10)</sup> Cass. civ., Sez. I, n. 18915/10 in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). Spunti in SALVATO, *Intangibilità*, cit., 1384.

<sup>(11)</sup> Cass. civ., Sez. I, n. 18915/10 in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). Spunti in SALVATO, *Intangibilità*, cit., 1384.

<sup>(12)</sup> Spunti in VERDE, *Lineamenti*, cit., 106 e ss., LUISO, SASSANI, *La riforma*, cit., 300 e ss., RICCI, *Arbitrato*, cit., 479 e ss., SALVATO, *Intangibilità*, cit., 1384.

<sup>(13)</sup> Cass. civ., Sez. I, n. 18915/10 in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>(14)</sup> Sul punto, DI NICOLA, *La compensazione nel fallimento*, in <https://iris.unipa.it>; ABATE, *Articolo 56 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, 480; CECCONI, *Compensazione nel fallimento*, in *Fallimento*, 2008; FAUCEGLIA, *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, *passim*; RAGO, *La compensazione e le procedure concorsuali*, in *dir. Fall.*, 2004, 178; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 346.

<sup>(15)</sup> A tale ipotesi può essere equiparata quella in cui il credito oggetto di domanda di insinuazione sia escluso dal passivo. Deve infatti ritenersi equiparabile, ai fini dell'esecuzione collettiva, la condizione del creditore che si è estraniato dal concorso e quella del creditore che ha chiesto, senza successo, di parteciparvi.

<sup>(16)</sup> Spunti in *Compensazione nella verifica dei crediti di parte*, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

<sup>(17)</sup> Cass., 19 giugno 1972, n. 1913, in *Dir. fall.*, 1972, 712; Cass., 5 febbraio 1975, n. 430, in *Dir. fall.*, 1975, 430; Cass., 25 marzo 1976, n. 1075, in *Dir. Fall.*, 1976, 318, Cass., 5 giugno 1978, n. 2808, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it), Cass., 5 giugno 1978, n. 2808, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it); Cass., 20 maggio 1986, n. 3337, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it), Cass., 25 novembre 1988, n. 6930, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it), Cass., 20 maggio 1986, n. 3337, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it), Cass., 25 novembre 1988, n. 6930, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it), Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it).



posta attiva fatta valere in altri giudizi in via riconvenzionale — e quindi mediante la proposizione di autonoma domanda — ne determinerebbe l'improponibilità<sup>(18)</sup>. Ciò posto, *nulla quaestio* invece in ordine all'esperibilità dell'eccezione di compensazione, la quale potrebbe validamente paralizzare la pretesa attorea purché abbia ad oggetto « *crediti diversi* »<sup>(19)</sup> da quelli già insinuati al passivo<sup>(20)</sup>. In altre parole, gli arbitri, pur non potendo condannare l'attore a corrispondere in favore del convenuto la parte eccedente il controcredito dedotto nel processo, potrebbero, tuttavia, sulla scorta dello stesso, rigettare la domanda attorea<sup>(21)</sup>. E ciò in quanto l'art. 24 L.F., nel fissare la competenza funzionale del foro del fallimento (*vis attrattiva*) per le azioni che derivano dalla procedura concorsuale, eccettuerebbe le mere eccezioni, tra le quali v'è quella di compensazione, e gli effetti che le stesse possono spiegare proprio sul riparto di competenza<sup>(22)</sup>.

La seconda tesi<sup>(23)</sup>, muovendo dall'art. 36 c.p.c., opina che la domanda riconvenzionale avente ad oggetto il controcredito dedotto in arbitrato priverebbe gli arbitri financo del potere di statuire sulla domanda principale. In tale prospettiva, l'intera causa dovrebbe essere traslata dinanzi al foro del fallimento<sup>(24)</sup>, determinando per tal via due diversi e possibili esiti.

Ove venisse accertato un saldo positivo in favore del creditore della massa, l'eccedenza di credito verrebbe ammessa al passivo e liquidata, in sede di riparto e nei limiti della capienza, secondo le regole del concorso (pagamento tramite c.d. moneta fallimentare)<sup>(25)</sup>.

Nel caso contrario (si accerta un saldo attivo in favore della massa), la domanda di insinuazione dovrebbe essere rigettata<sup>(26)</sup> e tale provvedimento eventualmente censurato su istanza del creditore *ex art.* 98 L.F.<sup>(27)</sup>.

Le due tesi sin qui descritte, sulla scorta di una diversa interpretazione

---

<sup>(18)</sup> La domanda va dichiarata improponibile dovendo essere proposta esclusivamente nelle forme previste dagli artt. 93 e 101 L.F. In argomento, si vedano: Cass., SS.UU., n. 21499/2004 e Cass., SS.UU., n. 21500/2004. Spunti in PERRINO, *La compensazione in sede di fallimento*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, diretto da Sandulli, Santoro, Torino, 2010, *passim*; *Compensazione nella verifica dei crediti di parte*, in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

<sup>(19)</sup> La locuzione virgolettata è tratta da Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it).

<sup>(20)</sup> Cass. n. 64/12, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it), Cass. n. 73/10, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it), Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it).

<sup>(21)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it); Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it).

<sup>(22)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it); Cass. civ., Sez. III, n. 64 del 10 gennaio 2012, in [www.foro europeo.it](http://www.foro europeo.it).

<sup>(23)</sup> Cass., SS.UU., 6 luglio 1979, n. 3878, in *Giur. comm.*, 1980, 343 e ss., con nota di RICCI, *Il sonno della ragione ed i suoi mostri*; Cass. 13769/07 in [www.studiolegaleriva.it](http://www.studiolegaleriva.it); SCIAGATA, *Inammissibile la domanda riconvenzionale di accertamento del credito verso il fallito*, in <http://iusletter.com>.

<sup>(24)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

<sup>(25)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

<sup>(26)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

<sup>(27)</sup> Spunti in *Compensazione*, cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

dell'art. 817 *bis* c.p.c., accedono al problema accordando, la prima, prevalenza al principio di economia processuale ed a quello dell'autonomia negoziale e la seconda, invece, al principio della prevalenza della giurisdizione sull'autonomia negoziale. Di talché, anche nell'ottica deflattiva che ormai influenza le riforme legislative degli ultimi anni in materia processuale, appare senz'altro preferibile aderire alla prima impostazione.

D'altra parte, potrebbe ritenersi percorribile una terza via che sacrificerebbe il principio del *simultaneus processus* (28). In tal caso, si potrebbe procedere alla separazione delle domande (quella principale e quella riconvenzionale) al fine di trattare ciascuna secondo il proprio rito (29). Ciò potrebbe determinare la sospensione del giudizio arbitrale per pregiudizialità *ex art. 819 bis*, comma 1, n. 2 c.p.c. (30) in attesa che, in sede fallimentare, venga accertata, nelle forme e nei modi di cui agli artt. 93-98 L.F., l'entità del controcredito dedotto (31).

Secondo tale impostazione, che interpreta l'art. 817 *bis* c.p.c. in modo restrittivo (32), agli arbitri sarebbe preclusa la possibilità di conoscere la posta attiva azionata dal convenuto, sia in via riconvenzionale, sia in via di eccezione di compensazione (33).

4. *Conclusioni.* — Per ciò che concerne l'interpretazione dell'art. 817 *bis* c.p.c., non v'è dubbio che parte della giurisprudenza tenda a fornirne un'interpretazione restrittiva, o anche *abrogans*, ogni qual volta il controcredito dedotto in arbitrato presenti profili di connessione con l'ambito fallimentare.

A parere di chi scrive, la *ratio* della citata norma non consente di ritenere percorribili le soluzioni che propongono il trasferimento dell'intera controversia in sede fallimentare, ovvero che pretendono di sospendere il giudizio arbitrale per pregiudizialità.

Appare senz'altro preferibile e comunque più aderente all'intenzione del legislatore ed allo spirito della norma riconoscere, viceversa, agli arbitri *potestas iudicandi*, seppure in via di eccezione, in ordine ai controcrediti vantati dal creditore nei confronti della massa fallimentare.

---

(28) Spunti in *Compensazione* cit., in [www.novaraius.it](http://www.novaraius.it).

(29) Cass., SS. UU., 10 dicembre 2004, n. 23077 e Cass., SS.UU., 12 novembre 2004, n. 21499, entrambe in *Il Fallimento*, 2005, 121. *Amplius*, si veda Cass. 10127/05, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), con nota di TANZA, *Processo ordinario e rito fallimentare - nullità dell'anatocismo trimestrale*.

(30) Nel caso di specie, la sospensione del giudizio arbitrale opererebbe ai sensi dell'art. 819 *bis*, comma 1, n. 2 c.p.c., trattandosi di questione pregiudiziale che non può formare oggetto di convenzione arbitrale. Ove si trattasse invece di giudizio ordinario la sospensione opererebbe *ex art. 295 c.p.c.*

(31) Ne deriva che il G.D. statuirà, di fatto, sull'eccezione di compensazione sollevata in sede di giudizio di merito. In argomento, si veda: Cass. n. 13769/07, in [www.studiolegaleriva.it](http://www.studiolegaleriva.it).

(32) Nell'ottica descritta nel testo, l'art. 817 *bis* c.p.c. di fatto non troverebbe applicazione a quei controcrediti esclusi dalla convenzione arbitrale ove connessi con l'ambito fallimentare.

(33) In argomento cfr. Cass. n. 18691/2014, in [www.studiolegaleriva.it](http://www.studiolegaleriva.it).



## **I sistemi di *Alternative Dispute Resolution* trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo « Arbitro per le Controversie Finanziarie »**

VITTORIO MIRRA (\*)

1. *Il « terreno fertile » dei meccanismi di ADR nell'ambito banking&finance.* — Le asimmetrie informative <sup>(1)</sup> che permeano i mercati finanziari ed il settore bancario hanno progressivamente incoraggiato degli interventi rafforzativi della tutela del consumatore, soprattutto in un periodo di crisi economico-finanziaria, come quello che stiamo vivendo <sup>(2)</sup>.

In tale contesto hanno assunto un « peso specifico » rilevante i sistemi di *Alternative Dispute Resolution* (ADR), i quali negli ultimi decenni hanno ottenuto una enorme diffusione ed un esplicito riconoscimento dalla normativa di derivazione europea, sempre più nell'ottica di una armonizzazione massima.

Le origini del fenomeno della risoluzione stragiudiziale delle controversie risalgono agli approcci di *common law* degli Stati Uniti d'America, benché i sistemi di ADR statunitensi non fossero collegati ad una crisi economico finanziaria né — in maniera esplicita — ad una maggiore tutela

---

(\*) *Le opinioni espresse dall'autore nel presente contributo sono da considerarsi esclusivamente a titolo personale, e non impegnano in nessun modo l'Istituto di appartenenza (Consob).*

<sup>(1)</sup> In dottrina per tutti M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, Padova, 2009; G. CASSESE,  *Mercati finanziari, politica monetaria e distribuzione del reddito. Un'interpretazione teorica*, in G. NARDOZZI (a cura di), *Politica monetaria, prodotti e finanza*, Luiss University Press, Roma, 2007, 87.

<sup>(2)</sup> Sul tema si rimanda a D. SMITH, *The Age of Instability: The Global Financial Crisis and What Comes Next*, Profile Books, Londra, 2010; F. CAPRIGLIONE - G. SEMERARO, *Financial crisis and sovereign debt: the European Union between risks and opportunities*, in *Law and economics review*, 2012; F. COLOMBINI - A. CALABRÒ, *Crisi globale e finanza innovativa. Irrazionale creazione, trasferimento e moltiplicazione del rischio di credito*, Torino, 2009; R. MASERA, *The great financial crisis. Economics, regulation and risk*, Roma, 2009.

dei risparmiatori<sup>(3)</sup>, avendo invece quale obiettivo solo una più veloce e meno costosa *amicable solution* delle controversie. D'altronde, anche in alcuni Stati europei, la diffusione dei sistemi ADR non appare necessariamente collegata alla crisi della fiducia dei risparmiatori ovvero ad una crisi dei mercati (es. Regno Unito<sup>(4)</sup> e Germania)<sup>(5)</sup>.

I meccanismi di c.d. giustizia alternativa favoriscono la ricerca di soluzioni tra le parti che, oltre a porre fine alla controversia, possano evitare l'instaurarsi di situazioni analoghe in futuro, conservando la relazione contrattuale tra intermediario e cliente.

Non sorprende dunque che i meccanismi ADR abbiano trovato « terreno fertile » nell'ambito bancario-finanziario, da sempre caratterizzato da una alta dinamicità e da una rilevanza sistemica dei cambiamenti che interessano tale ambito: negli ultimi decenni le relazioni tra gli intermediari e la propria clientela si sono progressivamente « complicate »; parallelamente si sono ampliate le funzioni esercitate e i servizi offerti dagli intermediari e le operazioni si sono sempre più internazionalizzate. Di pari passo si è dato sempre più peso alla necessità di operare in un contesto organizzativo efficiente, cercando di non interrompere le relazioni negoziali a seguito di reclami pervenuti dalla clientela.

In questo contesto si sono sviluppati i meccanismi di ADR per « rispondere » alle esigenze di giustizia da parte dei risparmiatori, minimizzando gli ostacoli per un buon funzionamento del mercato.

Va sottolineato, infine, che oltre al rafforzamento della tutela del privato, gli strumenti di ADR assicurano anche effetti positivi sul versante

---

<sup>(3)</sup> Sul punto L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *Le ADRs nei mercati finanziari: spunti dal nuovo regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Riv. società*, n. 5/2012; G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

<sup>(4)</sup> Sebbene in procinto di richiedere formalmente la c.d. « exit » dall'Unione Europea, a seguito dei risultati del referendum del 23 giugno 2016, il Regno Unito rappresenta la nazione di riferimento per quel che concerne gli ADR in ambito bancario-finanziario, alla luce del livello di *financial literacy* della popolazione, dello sviluppo dei mercati finanziari e della capitalizzazione delle imprese. In generale si rimanda a N. J. CREUTZFELDT - B. BRADFORD, *Dispute Resolution Outside of Courts: Procedural Justice and Decision Acceptance Among Users of Ombuds Services in the UK*, in *Law & Society Review*, Vol 50, Issue 4, 2015; S.F. ALI - A.M. DA ROZA, *Alternative Dispute Resolution in Financial Markets — Some More Equal than Others: Hong Kong's Proposed Financial Dispute Resolution Centre in the Context of Experience in the UK, US, Australia and Singapore*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 21, No. 3, 2012; University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2012/20, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2026318>; E. FERRAN, *Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector*, in *Civil Justice Quarterly*, 2002, 135.

<sup>(5)</sup> AA.VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in G. BOCCUZZI (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale - Banca d'Italia*, n. 68 - settembre 2010; A. VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, 101; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004.

pubblicistico, in termini di efficienza ordinamentale e miglioramento dell'accesso alla giustizia.

La valorizzazione dei sistemi di ADR può dunque essere inquadrata come un cambiamento positivo nell'ambito *banking&finance*, combinando il rafforzamento della tutela del cliente (privato) con l'efficienza del sistema (pubblico): in altri termini, essi creano valore aumentando la collaborazione tra le parti, diminuendo lo stress ed i tempi e costi di una controversia.

Le relazioni sociali, i comportamenti di soggetti vigilati da autorità pubbliche e le politiche interne di tali soggetti ne hanno tratto beneficio. Le ADR sono infatti concepite come momento di *reconciliation* in grado di migliorare la comunicazione tra le parti e le relazioni sociali.

2. *I sistemi di ADR come risposta (e soluzione) ad un sistema giudiziario inefficace: il problema italiano.* — L'efficienza del sistema giudiziario può divenire un vero e proprio « limite » ai traffici tra Paesi: costi, lunghezza (in termini di tempistica) ed incertezze degli esiti dei procedimenti giudiziari rappresentano un « freno » per imprenditori/investitori e consumatori/clienti <sup>(6)</sup>.

L'analisi dei sistemi giuridici, le caratteristiche dei rimedi giurisdizionali, gli obiettivi e le prospettive delle relazioni commerciali rendono imprescindibile l'utilizzo di sistemi di ADR per definire una controversia tra soggetti privati, rendendo palese la « debolezza » dei sistemi giudiziari esistenti a livello nazionale. Sussistono infatti numerosi fattori che tendono a far prevalere (o meglio a rendere preferibile l'utilizzo di) meccanismi di ADR rispetto alle « abituali » e radicate procedure giudiziali.

*In primis* va ribadito che i sistemi di ADR si fondano sostanzialmente sull'autodeterminazione privata <sup>(7)</sup>; pertanto, appare intuitivo che quando le parti hanno intenzione di porre le basi per una negoziazione per definire i propri interessi (anche per le future problematiche che dovessero intervenire negli stessi ambiti di *business*), una soluzione di ADR appare la più indicata.

Gli ADR, inoltre, sono consigliati laddove vada in ogni caso preservata una relazione commerciale tra le parti, che se interrotta porterebbe conseguenze negative probabilmente per entrambi i soggetti in conflitto.

---

<sup>(6)</sup> Si rimanda all'utile lettura del rapporto redatto dalla Banca Mondiale « *Doing Business 2016* ».

<sup>(7)</sup> Le parti legate da un rapporto contrattuale possono prevenire un'eventuale lite inserendo nel loro contratto una clausola che le obbliga a tentare, nel caso sorgesse una controversia relativa all'esecuzione del contratto, di risolverla tramite una procedura di ADR, magari quale *step* precedente ad una soluzione di natura arbitrale (c.d. clausole *multi-steps*). Se invece non hanno previsto una siffatta clausola, le parti rimangono comunque libere di convenire su un accordo di ADR, dopo l'insorgenza della controversia, con o senza l'aiuto del giudice.

La necessità di una competenza specifica su materie molto tecniche è un altro elemento che pende in favore dei sistemi ADR. Normalmente, infatti, le parti hanno varie possibilità di influenzare le valutazioni di natura tecnica: la nomina di un arbitro/consulente/esperto di parte, la scelta criteri da seguire per la scelta di tali soggetti, l'affidamento ad un organo di risoluzione delle controversie i cui membri hanno una competenza specifica e riconosciuta sugli argomenti oggetto delle controversie ad esse affidate.

Ulteriori elementi che tendono ad avvantaggiare la soluzione stragiudiziale di una controversia sono la necessità di riservatezza, l'esistenza di un limite di costo per la difesa, il valore limitato della controversia, la volontà di una rapida soluzione della vertenza ed il desiderio di non rispettare rigidi procedimenti o regole formali.

Nella sostanza, negli strumenti di ADR possono riscontrarsi effetti positivi per i singoli privati, per il sistema privato in generale nonché effetti positivi sul versante pubblico/istituzionale/ordinamentale.

Le singole parti private saranno sicuramente avvantaggiate dalla rapidità e dai costi contenuti dei procedimenti di ADR.

A livello istituzionale, l'utilizzo di procedure di ADR aiuta a non aggravare il ruolo dei giudici ordinari<sup>(8)</sup>, aumentando l'efficienza del sistema giudiziario. Inoltre, i cittadini sono avvantaggiati dalla possibilità di un accesso più agevole a tali sistemi e dalla varietà di tali meccanismi<sup>(9)</sup>.

Un adeguato sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie è ancor più utile e necessario in Italia, Paese che da numerosi studi effettuati affiora come tra i più « problematici » in tema di « fruibilità » della giustizia<sup>(10)</sup>. La lentezza del nostro sistema giudiziario è un disincentivo agli investimenti esteri ed è un « freno » all'evoluzione ed all'efficienza del sistema Paese<sup>(11)</sup>: la qualità, l'indipendenza e l'efficienza della giustizia

---

<sup>(8)</sup> Per i dati recenti, si rimanda all'analisi di R. CAPONI, *The Performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment*, in *The Italian Law Journal*, vol. 2, n. 1, 2016, 15.

<sup>(9)</sup> L'elevato numero dei sistemi ADR rende arduo ipotizzare delle classificazioni, che pur in presenza di numerose variabili sono state difatti ipotizzate da uno studio condotto dal *Directorate General for Internal Policies* del Parlamento Europeo: cfr. Parlamento Europeo. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Internal Market and Consumer Protection, Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union, 2011.

<sup>(10)</sup> Oltre alle cause « storiche » di tale fenomeno, come ad esempio il carattere litigioso degli italiani e la stratificazione legislativa che ha reso sempre più complessi i rapporti tra privati e tra privati e Pubbliche Amministrazioni, va anche segnalato il basso numero di giudici per numero di abitanti (al di sotto della media europea) e l'altissimo numero di avvocati (solo Grecia e Lussemburgo possono « vantare » una percentuale più alta di avvocati parametrati al numero di abitanti; cfr. *2016 EU justice scoreboard* della Commissione Europea).

<sup>(11)</sup> L'importanza dell'efficacia dei sistemi giudiziari nazionali per le PMI è stata evidenziata in un sondaggio 2015 di quasi 9.000 piccole e medie imprese europee in materia di innovazione e diritti di proprietà intellettuale. L'indagine ha rivelato, in particolare, che il costo e la durata eccessiva dei procedimenti giudiziari sono stati tra i motivi principali per astenersi

sono infatti ritenuti dei requisiti indispensabili per un ambiente « attrattivo » per gli investitori <sup>(12)</sup>.

Si è perso il conto di tutti gli interventi legislativi atti a « snellire » il sistema giustizia, accelerare i processi ed assicurare in tempi « ragionevoli » i diritti dei cittadini: l'arretrato del contenzioso civile è però ancora notevole ed i tempi della giustizia non ci consentono di essere ancora competitivi con le maggiori realtà a livello europeo e mondiale <sup>(13)</sup>. L'argomento è di strettissima attualità: anche recentemente, a livello sovranazionale, il Consiglio Europeo ha formalmente raccomandato all'Italia (relativamente al biennio 2015-2016) di « *adottare e attuare le leggi in discussione intese a migliorare il quadro istituzionale e a modernizzare la pubblica amministrazione; riformare l'istituto della prescrizione entro la metà del 2015; fare in modo che le riforme adottate per migliorare l'efficienza della giustizia civile contribuiscano a ridurre la durata dei procedimenti* » <sup>(14)</sup>.

Nonostante ciò, purtroppo, le evidenze empiriche confermano sostanzialmente le difficoltà strutturali presenti in Italia <sup>(15)</sup>.

Inoltre, lo *EU justice scoreboard 2016* della Commissione Europea <sup>(16)</sup> ha confermato che l'Italia è tra le nazioni più in difficoltà per quanto concerne la lunghezza media dei procedimenti giudiziari (inclusi quelli nei confronti delle decisioni delle Autorità pubbliche in tema di protezione dei consumatori in applicazione del diritto europeo), il numero di procedimento civili pendenti e la percezione di indipendenza della giustizia.

---

da iniziare un procedimento di infrazione di proprietà intellettuale in tribunale (cfr. *Intellectual Property (IP) SME Scoreboard 2015 prepared for the European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights*).

<sup>(12)</sup> Cfr. *2016 Annual Growth Survey* della Commissione europea (disponibile in versione italiana al seguente indirizzo: [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2016/ags2016\\_annual\\_growth\\_survey\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2016/ags2016_annual_growth_survey_it.pdf)).

<sup>(13)</sup> Cfr. rapporto « *Doing Business 2016* » pubblicato dalla Banca Mondiale.

<sup>(14)</sup> Raccomandazione del Consiglio Europeo del 14 luglio 2015 sul programma nazionale di riforma 2015 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2015 dell'Italia (2015/C 272/16).

<sup>(15)</sup> I dati del Ministero della Giustizia evidenziano che, sebbene le pendenze degli affari civili siano in calo, il totale dei fascicoli pendenti risulta ancora elevatissimo (al 30 giugno 2016 tali pendenze, al netto dell'attività del giudice tutelare, risultano pari a 3.308.787 procedimenti. La previsione per il 2016 è quella di raggiungere i 4 milioni di pendenze (cfr. Ministero della Giustizia: monitoraggio della giustizia civile - secondo semestre 2016).

<sup>(16)</sup> Lo *EU justice scoreboard* rappresenta uno strumento di informazione che mira ad aiutare l'UE e gli Stati membri a ottenere una giustizia più efficace, fornendo dati oggettivi, affidabili e comparabili sulla qualità, l'indipendenza e l'efficienza dei sistemi di giustizia in tutti gli Stati membri. Lo *scoreboard* contribuisce a individuare potenziali lacune, i miglioramenti e le *best practices* adottate a livello europeo; esso mostra le tendenze nel funzionamento dei sistemi giudiziari nazionali nel corso del tempo. Detta panoramica sui sistemi giudiziari mette in risalto alcuni dei parametri essenziali per un sistema giudiziario efficace quali la tempestività, l'indipendenza, l'accessibilità e l'accesso *user-friendly*. Lo *EU justice scoreboard 2016* è disponibile alla pagina [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice\\_scoreboard\\_2016\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_en.pdf).



L'Unione Europea sta cercando di incentivare gli Stati membri nel percorso di modifica dei propri sistemi giudiziari: nel 2015 sono risultati numerosi gli Stati che hanno implementato delle riforme in tema di giustizia e i metodi di *Alternative Dispute Resolution* sono al quarto posto tra le riforme più frequenti dal punto di vista quantitativo in ambito europeo<sup>(17)</sup>, a dimostrazione della imprescindibilità dell'utilizzo e della diffusione di tali meccanismi nell'ottica del miglioramento di dati strutturali a beneficio della collettività.

In conclusione, l'introduzione di sistemi di ADR trova la sua ragion d'essere nella peculiarità delle esigenze di tutela dei fruitori dei servizi bancari e finanziari e dell'oggetto delle controversie, spesso caratterizzate dall'esiguità delle pretese e dalla difficoltà di ottenere un efficace e tempestivo rimedio giurisdizionale per i costi e i tempi lunghi della giustizia civile<sup>(18)</sup>. A quanto pare l'Italia, soprattutto a causa delle ben note problematiche relative all'arretrato delle Corti civili ed alla lunghezza dei procedimenti giudiziari, non ne può fare a meno per « risanare » il proprio sistema giustizia e per accrescere la propria competitività in settori strategici per l'economia e per l'*appeal* internazionale del Paese.

3. *La legislazione europea in tema di ADR: il recente « pacchetto » formato dalla Direttiva ADR e dal Regolamento ODR.* — Garantire un « livello elevato di protezione dei consumatori<sup>(19)</sup> » è un obiettivo che è stato implementato in diversi settori<sup>(20)</sup>. A livello europeo, lo « sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie » attraverso interventi del Parlamento Europeo e del Consiglio, così come stabilito nell'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>(21)</sup>,

---

<sup>(17)</sup> Anche il *2016 Annual Growth Survey* della Commissione europea ha sottolineato che « *enhancing the quality, independence and efficiency of Member States' justice systems is a prerequisite for an investment and business friendly environment. [...] It is necessary to ensure swift proceedings, address the court backlogs, increase safeguards for judicial independence and improve the quality of the judiciary, including through better use of ICT in courts and use of quality standards* ».

<sup>(18)</sup> V. MIRRA, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria/finanziaria*, in questa *Rivista*, n. 2/2013, 515.

<sup>(19)</sup> Art. 38 della « Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ».

<sup>(20)</sup> Cfr. C. HODGES - N. CREUTZFELDT, *Implementing the EU Consumer ADR Directive*, Oxford, 2013; G. GIOIA, *L'esperienza della risoluzione alternativa delle controversie consumeristiche (CADR) nell'unione europea. a proposito di un volume collettaneo*, in *Giust. civ.*, 2013, 11/12, 841; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000; G. MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2010, V; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004R. DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolution) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. It.*, 1997, IV.

<sup>(21)</sup> Il comma 2, lett. g) del citato articolo 81 auspica « lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie » (cfr. Versione consolidata, in *Gazz. Uff. dell'Unione europea*, C 115/47).

costituisce una delle misure atte al raggiungimento del sopra citato obiettivo<sup>(22)</sup>.

L'azione di stimolo svolta dagli organi di derivazione europea ha concorso alla introduzione ed alla rapida diffusione dei sistemi di ADR.

Le diverse esperienze dei principali Paesi europei hanno mostrato che lo sviluppo dei sistemi di ADR contribuisce alla realizzazione delle finalità di vigilanza, in quanto tali sistemi:

— promuovono comportamenti corretti e trasparenti riducendo, nel breve termine, i rischi operativi, legali e reputazionali degli intermediari;

— favoriscono un rapporto corretto e trasparente con i clienti assicurando, nel lungo periodo, la stabilità degli intermediari e del sistema;

— arricchiscono il patrimonio informativo a disposizione delle autorità di settore e permettono di orientarne meglio l'azione in termini di tempestiva identificazione di situazioni di criticità e di adozione dei conseguenti interventi correttivi<sup>(23)</sup>.

La Commissione europea ha fornito il principale impulso per lo sviluppo dei citati sistemi. Essa ha emanato due raccomandazioni orientate alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo<sup>(24)</sup>: la prima raccomandazione — datata 30 marzo 1998 (98/257/CE)<sup>(25)</sup>, e la seconda raccomandazione, del 4 aprile 2001 (2001/310/CE)<sup>(26)</sup>.

L'applicazione della citata *soft law* è stata poi affidata a numerosi interventi legislativi, nei quali è stato previsto l'intervento di sistemi

---

(22) Vedasi pure M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, XXIV, 61; S. MAGIERA - W. WEIB, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law*, in D.C. DRAGOS - B. NEAMTU (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer Berlino - Heidelberg, 2014; A. VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, 101; C. LICINI, *Alternative Dispute Resolutions (ADR): aspettative europee ed esperienza USA, attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediator americano*, in *Riv. notar.*, 2003, I.

(23) AA.VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in G. BOCCUZZI (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale - Banca d'Italia*, n. 68 - settembre 2010.

(24) La necessità di una raccomandazione è stata sottolineata nel corso della consultazione sul Libro verde ed è stata confermata nel corso della consultazione sulla comunicazione « Piano d'azione » (Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno, COM(96) 13 def. del 14 febbraio 1996) dalla grande maggioranza delle parti interessate.

(25) Questa prima raccomandazione, che contiene i sette principi minimi per la creazione e il funzionamento dei metodi di ADR, non riguarda le procedure spesso designate come "mediazione".

(26) Tale raccomandazione sottolinea che la portata della precedente raccomandazione del 1998 è limitata a procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione. Essa non riguarda procedure che comportano semplicemente un tentativo di fare incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione basata sul consenso. A queste procedure si rivolge la raccomandazione del 2001.

alternativi di risoluzione delle controversie in maniera sempre più omogenea e secondo un'ottica di armonizzazione massima (27).

Si cita per tutti quanto disposto dal Considerando 151 della Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID II), il quale prevede che « *Ai fini della protezione dei clienti e senza pregiudizio del loro diritto di adire le vie legali, è opportuno che gli Stati membri provvedano affinché organismi pubblici o privati siano istituiti ai fini della composizione extragiudiziale delle controversie a cooperare nella risoluzione delle vertenze transfrontaliere [...]* ».

La varietà ed il progresso dei sistemi di ADR in Europa (28), nell'ottica dell'emanazione di un ulteriore intervento normativo, ha indotto la Commissione Europea a studiare approfonditamente il settore cercando di intervenire per minimizzare i problemi relativi alla pluralità di istituti multi-settoriali ed indirizzare i consumatori verso organismi di risoluzione delle controversie che abbiano caratteristiche comparabili e che assicurino determinati standard e caratteristiche uniformi in tutti gli Stati membri. D'altronde tutto ciò sembrava obbligato alla luce degli scambi commerciali crescenti e dell'approccio sempre più transnazionale dei servizi prestati nei settori bancario e finanziario.

Difatti, nell'ottica di sistema, l'efficienza dei meccanismi di ADR avrebbe quale conseguenza immediata l'aumento delle transazioni in ambito commerciale derivante da una maggiore liquidità. L'utilizzo di sistemi di ADR funzionanti e trasparenti comporterebbe infatti un risparmio di circa 20 miliardi di Euro (corrispondenti allo 0,17% del PIL europeo) che potrebbero essere utilizzati in altre attività.

L'analisi di impatto della regolamentazione condotta sulla proposta di Direttiva ADR (29) ha evidenziato come la percezione dei meccanismi di

---

(27) Vedasi ad esempio la Direttiva n. 2008/52/CE in materia di mediazione civile e commerciale, ed in ambito bancario-finanziario la Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2007/64/CE; Direttiva 2015/2366/UE), la Direttiva MiFID (Direttiva 2004/39/CE; Direttiva 2014/65/UE), la Direttiva MAD (Direttiva 2003/6/CE; Direttiva 2014/57/UE) ecc.

(28) Per una analisi più dettagliata si rimanda a E. BATTELLI, *Esperienze e modelli europei di ADR. Una giustizia a misura di impresa?*, in *Riv. dir. impresa*, 3/2015, 563; A. VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, 101; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; C. HODGES - I. BENÖHR - N. CREUTZFELDT, *Consumer ADR in Europe*, Londra, 2012; G. GIOIA, *L'esperienza della risoluzione alternativa delle controversie consumeristiche (CADR) nell'unione europea. a proposito di un volume collettaneo*, in *Giust. civ.*, 2013, 11/12, 841; AA.VV. *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in G. BOCCUZZI (a cura di), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale - Banca d'Italia*, n. 68 - settembre 2010.

(29) Commission Staff Working Paper Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Online Dispute Resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR) {COM(2011) 793 final} {SEC(2011) 1409 final}.

ADR da parte dei consumatori abbia fatto emergere i punti critici e le richieste di modifica emerse, che si basano in sostanza sui seguenti punti:

- mantenere i costi al minimo;
- arrivare ad una definizione della controversia in tempi ristretti;
- mettere a proprio agio il consumatore (il che implica una parità di posizione tra le parti);
- prevedere procedure semplici, chiare e dirette;
- costruire dei sistemi imparziali e pienamente trasparenti.

Si è dunque operato in modo da ridurre quel *gap* nel *framework* regolatorio che era vissuto come una barriera al completo sviluppo del fenomeno.

La varietà e la disomogeneità dei livelli qualitativi dei meccanismi di ADR nei vari Stati membri ne hanno minato l'efficacia; inoltre, gli acquisti transfrontalieri sono stati « limitati » dalla disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri.

Alla luce di quanto sopra, nel 2013, sempre nel rispetto dell'obiettivo primario di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori <sup>(30)</sup>, è stato pubblicato il c.d. « pacchetto » ADR, formato da una Direttiva (Direttiva 2013/11/UE: c.d. Direttiva ADR) ed un Regolamento europeo (Regolamento (UE) 524/2013: c.d. Regolamento ODR), strumenti definiti « interconnessi e complementari » <sup>(31)</sup>.

Attraverso tali atti legislativi si è preso atto della crescente importanza del commercio transfrontaliero quale pilastro dell'attività economica dell'Unione, che necessita di un'infrastruttura di ADR opportunamente funzionante per le controversie dei consumatori e un quadro opportunamente integrato di risoluzione delle controversie derivanti da operazioni effettuate *online* (ODR) al fine di conseguire l'obiettivo dell'atto per il mercato unico, di rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato interno (Considerando 11 della Direttiva ADR).

In sostanza, con la Direttiva ADR si è voluto agevolare la soluzione amichevole delle controversie derivanti da contratti di vendita <sup>(32)</sup> o di servizi <sup>(33)</sup> tra professionisti e consumatori stabiliti nell'Unione Euro-

---

<sup>(30)</sup> Cfr. art. 169 del TFUE e art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>(31)</sup> In dottrina per tutti G. GIOIA, *Il nuovo « pacchetto » della Commissione sull'ADR*, in *Corriere giur.*, 2012, 697; F.P. LUIO, *La Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1299.

<sup>(32)</sup> Per contratto di vendita si intende « qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi » (art. 4, comma 1, lett. c) della Direttiva ADR).

<sup>(33)</sup> Per contratto di servizi si intende « qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo » (art. 4, comma 1, lett. d) della Direttiva ADR).

pea<sup>(34)</sup>, stabilendo dei requisiti armonizzati di qualità in materia di meccanismi e procedure di ADR, che devono essere posseduti da appositi organismi a livello nazionale (i quali sono valutati e monitorati dalle autorità competenti degli Stati membri); esigenze di coordinamento delle azioni hanno richiesto altresì la previsione, a livello nazionale, di un unico punto di contatto con la Commissione europea, rappresentato per l'Italia dal Ministero dello Sviluppo Economico<sup>(35)</sup>.

I meccanismi di ADR per essere legittimamente considerati tali devono possedere delle caratteristiche essenziali, che «livellano» il campo di gioco, impedendo ad alcuni Stati membri di avere dei vantaggi

---

(34) La Direttiva ADR non si applica:

a) alle procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista a meno che gli Stati membri decidano di consentire tali procedure come procedure ADR ai sensi della presente direttiva e siano rispettati i requisiti di cui al capo II, inclusi i requisiti specifici di indipendenza e trasparenza di cui all'articolo 6, paragrafo 3;

b) alle procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista;

c) ai servizi non economici d'interesse generale;

d) alle controversie fra professionisti;

e) alla negoziazione diretta tra consumatore e professionista;

f) ai tentativi messi in atto da un giudice al fine di giungere a una composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa;

g) alle procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore;

h) ai servizi di assistenza sanitaria prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici;

i) agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua.

(35) Cfr. art. 18 della Direttiva ADR. Si specifica, inoltre, che il nuovo art. 141-*octies* del Codice del Consumo stabilisce che «*Per lo svolgimento delle funzioni di cui agli articoli 141-nonies e 141-decies, sono designate le seguenti autorità competenti:*

a) *Ministero della giustizia unitamente al Ministero dello sviluppo economico, con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;*

b) *Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), di cui all'articolo 1 della legge 7 giugno 1974, n. 216, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dei regolamenti attuativi, e con oneri a carico delle risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, nonché dei soggetti che si avvalgono delle procedure medesime;*

c) *Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, per il settore di competenza;*

d) *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, per il settore di competenza;*

e) *Banca d'Italia, con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;*

f) *altre autorità amministrative indipendenti, di regolazione di specifici settori, ove disciplinino specifiche procedure ADR secondo le proprie competenze;*

g) *Ministero dello sviluppo economico, con riferimento alle negoziazioni paritetiche di cui all'articolo 141-ter relative ai settori non regolamentati o per i quali le relative autorità indipendenti di regolazione non applicano o non adottano specifiche disposizioni, nonché con riferimento agli organismi di conciliazione istituiti ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera g) e comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580, limitatamente alle controversie tra consumatori e professionisti, non rientranti nell'elenco di cui alla lettera a) [...] ».*

competitivi ed agevolando di riflesso i consumatori che devono essere informati ed indirizzati adeguatamente del meccanismo di ADR competente per le controversie che li coinvolgono, anche laddove si dovessero rivolgere ad un organismo situato in un altro Stato membro diverso da quello di residenza <sup>(36)</sup>.

Alla tutela delle operazioni *offline* (assicurata dalla Direttiva ADR) si affianca quella del Regolamento ODR nei confronti dei contratti di vendita o di servizi *online* <sup>(37)</sup>, il quale istituisce un'apposita piattaforma a livello dell'Unione <sup>(38)</sup>, quale un unico punto di accesso *online* per con-

---

<sup>(36)</sup> Rilevanti in questo senso sono gli obblighi di trasparenza imposti (informazioni disponibili sui siti web degli organismi ADR; art. 7 della Direttiva ADR), ma soprattutto le previsioni in materia di assistenza al consumatore (cfr. art. 14) e di cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali (art. 15).

Va rilevato che, come misura di *accountability*, viene previsto che nelle relazioni annuali di attività che gli organismi ADR devono rendere disponibili al pubblico siano presenti specifiche informazioni su « eventuali problematiche sistematiche o significative che si verificano di frequente e causano controversie tra consumatori e professionisti; tali informazioni possono essere accompagnate da raccomandazioni sul modo di evitare o risolvere problematiche analoghe in futuro, al fine di migliorare le norme dei professionisti, agevolando lo scambio di informazioni e di migliori prassi » (art. 7, comma 2, lett. b) della Direttiva ADR).

<sup>(37)</sup> Per « contratto di vendita o di servizi online » si intende un « contratto di vendita o di servizi in base al quale il professionista, o l'intermediario del professionista, offre beni o servizi mediante un sito web o altri mezzi elettronici e il consumatore effettua l'ordinazione di tali beni o servizi su tale sito web o mediante altri mezzi elettronici » (art. 4, comma 1, lett. e) del Regolamento ODR).

<sup>(38)</sup> La piattaforma ODR ha le funzioni seguenti:

a) mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico che può essere compilato dalla parte ricorrente;

b) informare del reclamo la parte convenuta;

c) individuare l'organismo o gli organismi ADR competenti e trasmettere il reclamo all'organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi;

d) proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia mediante la piattaforma ODR;

e) fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR;

f) mettere a disposizione un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni [...];

g) mettere a disposizione un sistema di commenti (feedback) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia;

h) rendere pubblico quanto segue:

i) informazioni generali sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle controversie;

ii) informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento;

iii) una guida online sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR;

iv) informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri;

v) dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR (cfr. art. 5, comma 4, del Regolamento ODR).

sumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni effettuate *online*: le funzioni della piattaforma ODR sono sostanzialmente di natura informativa ed organizzativa <sup>(39)</sup>.

In Italia la Direttiva ADR è stata recepita con il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130, il quale ha previsto delle apposite modifiche — inserimento del « Titolo II-*bis* — Risoluzione extragiudiziale delle controversie » — al Codice del Consumo (D. Lgs. n. 206/2005) <sup>(40)</sup>.

L'implementazione della citata Direttiva ha « razionalizzato » il sistema dei meccanismi di ADR presenti a livello nazionale, i quali si sono « adattati » per avere i requisiti previsti a livello europeo: in particolare, in ambito finanziario questa è stata l'occasione per « mettere da parte » la inefficace (in termini di utilizzabilità da parte degli intermediari e dunque di risultati operativi) Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob e per sostituirla con l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, come meglio si chiarirà di seguito.

L'efficace recepimento della citata normativa europea potrà avere effetti dirompenti sulle *policy* interne degli intermediari, sulla gestione dei reclami dei clienti e sulle decisioni del management in termini di *compliance*; da un altro punto di vista, le informazioni derivanti dai procedimenti e dalle decisioni degli organismi di ADR possono anche orientare le politiche ed i controlli di vigilanza da parte delle Autorità competenti <sup>(41)</sup>, sensibilizzandole sulle problematiche più frequenti e/o rilevanti.

Le decisioni degli organismi di ADR potrebbero rappresentare dunque un utile *benchmark* per le verifiche di vigilanza e diventerebbero un ulteriore mezzo per migliorare sia le relazioni tra i clienti e gli intermediari che quelle tra questi ultimi e le Autorità che li vigilano.

Si può pertanto concludere osservando che la Direttiva ADR porta con sé speranze di miglioramenti di rilevanza sistemica, facendosi carico di

---

<sup>(39)</sup> La piattaforma ODR dovrebbe fornire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi *online*. Essa dovrebbe consentire ai consumatori e ai professionisti di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere i documenti pertinenti. Essa dovrebbe trasmettere i reclami all'organismo ADR competente. La piattaforma ODR dovrebbe inoltre mettere a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la piattaforma ODR stessa. Gli organismi ADR non dovrebbero essere tenuti a utilizzare lo strumento di gestione dei casi (cfr. Considerando 18 del Regolamento ODR).

<sup>(40)</sup> Vengono fatte salve le disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie (cfr. art. 141, comma 6, del Codice del Consumo).

<sup>(41)</sup> Le funzioni aziendali preposte ad individuare i rischi ovvero quelle deputate al controllo interno, dovrebbero segnalare le azioni da intraprendere per eliminare in futuro le problematiche segnalate dagli organismi di ADR.

segnalare le problematiche da eliminare per rendere più competitivi i mercati europei, migliorando le strutture, le *performance* e le attività degli intermediari, così da aumentare la fiducia dei risparmiatori e le operazioni transfrontaliere, con potenziali miglioramenti dei risultati in termini di PIL nazionale e di attrattività per gli investimenti esteri.

4. *I sistemi ADR in Italia. L'ABF in ambito bancario e la recente introduzione dell'ACF in ambito finanziario.*

4.1. *L'ambito bancario.* — Il settore bancario è oggetto di una continua attenzione, anche mediatica, e recentemente è stato sottoposto a radicali cambiamenti dal punto di vista legislativo-regolamentare. Numerosi scandali finanziari <sup>(42)</sup> ne hanno minato la tenuta a livello transnazionale; le vicende contingenti e la crescente richiesta di tutela da parte della clientela degli intermediari hanno accelerato il rapido sviluppo dei meccanismi di ADR nel settore.

In ambito bancario, in attuazione della c.d. legge per la tutela del risparmio (legge n. 262/2005) <sup>(43)</sup>, è stato istituito dalla Banca d'Italia l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) <sup>(44)</sup>, operante dal 15 ottobre 2009 e competente per le controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari <sup>(45)</sup> tra « clienti » <sup>(46)</sup> e « intermediari » <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Ci si riferisce ad esempio agli scandali che hanno visto come protagonisti delle realtà industriali come quelle di Parmalat e Cirio, alle quali si sommeranno molto probabilmente i contenziosi relativi alle recenti vicende delle quattro banche in risoluzione (Banca Marche, Banca Etruria, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti) e delle banche venete (Banco Popolare di Vicenza e Veneto Banca), che hanno comportato ingenti perdite ai propri azionisti.

<sup>(43)</sup> Con la quale (art. 29) è stato introdotto nel Testo Unico Bancario l'art. 128-*bis*. Nel dicembre 2011 sono state peraltro revisionate dalla Banca d'Italia le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.

<sup>(44)</sup> Esso si inserisce in un contesto transnazionale, avendo aderito alla rete europea dei sistemi stragiudiziali del settore finanziario (FIN-NET), che garantisce al cliente la possibilità di rivolgersi al proprio sistema nazionale ADR, il quale lo metterà in collegamento con il sistema equivalente nel Paese in cui opera l'intermediario coinvolto nella controversia.

<sup>(45)</sup> Non rientrano nell'ambito di competenza dell'ABF le controversie con banche e intermediari finanziari in tema di prestazione dei servizi di investimento e del servizio di gestione collettiva del risparmio, disciplinati nel TUF (art. 32-*ter*) e nelle relative disposizioni di attuazione. In particolare la competenza dell'Arbitro non si estende alle controversie riguardanti le obbligazioni (ordinarie e subordinate) emesse o collocate da banche. Le obbligazioni infatti sono prodotti finanziari che rispondono a finalità di investimento e, come tali, sono sottratte alla disciplina di trasparenza emanata dalla Banca d'Italia e soggette a quella prevista dal TUF.

<sup>(46)</sup> Ai sensi delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari stabilite dalla Banca d'Italia, « cliente » è da considerarsi « il soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento. Per le operazioni di factoring, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento. Non rientrano nella definizione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale attività nei



Il limite di valore della controversia da sottoporre all'ABF è stato stabilito in 100.000 euro <sup>(48)</sup>.

La rapidità, la competenza e la sostanziale gratuità sono i principi che fondano il procedimento dinanzi all'ABF.

Per tale motivo l'istruttoria dinanzi a tale organismo è interamente documentale: l'intermediario potrà depositare entro trenta giorni dalla comunicazione dell'intervenuto ricorso (ulteriori 15 giorni sono previsti nel caso in cui l'intermediario depositi le controdeduzioni tramite la propria associazione di categoria) — comunicazione effettuata dalla segreteria tecnica dell'ABF — le proprie controdeduzioni <sup>(49)</sup>, dopodiché il Collegio provvederà alla decisione — secondo diritto — entro i successivi sessanta giorni <sup>(50)</sup>. La decisione, corredata della relativa motivazione, è comunicata alle parti entro trenta giorni dalla pronuncia.

La competenza dell'ABF non incide nella possibilità per i ricorrenti di adire gli organi giurisdizionali, in ossequio all'irrinunciabile diritto di difesa: a fini di economia processuale, non possono essere proposti all'ABF ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione <sup>(51)</sup>.

Il principio del costo « minimo » della procedura per il consumatore risulta pienamente rispettato: il ricorrente dovrà infatti versare, al momento del deposito del ricorso, soltanto la somma di 20 euro (quale contributo alle spese della procedura), somma che peraltro, in caso di esito vittorioso del ricorso, sarà interamente rimborsata dall'intermediario soc-

---

settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento, a meno che essi agiscano per scopi estranei all'attività professionale ».

<sup>(47)</sup> Per « intermediari » si intendono le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del T.U., i confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112 del T.U., gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di banca-posta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del T.U., gli istituti di pagamento.

<sup>(48)</sup> Vanno considerati anche i comportamenti strumentali diretti al frazionamento di un medesimo diritto ovvero alla proposizione di più giudizi fondati sul medesimo rapporto. Saranno pertanto ammissibili solo le domande che anche se complessivamente superino i 100.000 euro di richiesta, riguardano diritti diversi anche se basati su circostanze di fatto parzialmente comuni.

<sup>(49)</sup> La decisione è assunta sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisce. Essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti.

<sup>(50)</sup> Il termine di 60 giorni può essere sospeso una o più volte, e in ogni caso per un periodo complessivamente non superiore a 60 giorni, dalla segreteria tecnica, nel corso della fase preparatoria, dal presidente ai fini della regolarizzazione del ricorso o dal collegio per chiedere ulteriori elementi alle parti.

<sup>(51)</sup> Qualora la controversia sia sottoposta dall'intermediario all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, la segreteria tecnica richiede al ricorrente di dichiarare se questi abbia comunque interesse alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'organo decidente. Ove il ricorrente non abbia manifestato il proprio interesse in tal senso entro 30 giorni dalla richiesta, il collegio dichiara l'estinzione del procedimento. In caso contrario, il procedimento prosegue nonostante l'instaurazione del giudizio o dell'arbitrato.

combente. Il procedimento può dunque essere considerato — a consuntivo — gratuito per il consumatore « vittorioso ».

Alla luce dei risultati conseguiti, l'impatto sul sistema dell'ABF è da considerarsi senza dubbio positivo: la crescita dell'operatività dell'ABF è stata costante ed esponenziale. Nel corso dell'ultimo anno di attività dell'organismo (il 2015) sono stati presentati ben 13.575 ricorsi<sup>(52)</sup>. Il volume di lavoro dei Collegi è stato notevole: ogni mese sono stati mediamente esaminati 950 ricorsi.

L'*output* dell'attività è stato sostanzialmente favorevole per i clienti degli intermediari: nel 68% dei casi questi ultimi hanno visto accogliersi in tutto o in parte le proprie richieste<sup>(53)</sup>, con un riconoscimento economico di quasi 10 milioni di euro ai ricorrenti nel solo anno 2015.

Il successo dell'ABF ha però avuto quale risvolto della medaglia l'allungamento dei tempi per addivenire ad una decisione: il tempo di risposta « in media » dei Collegi si attesta infatti intorno agli otto mesi. Anche per tale motivo, per assicurare quella celerità che è essenziale per le caratteristiche e per la funzione dell'organo, si è deciso di aumentare le dotazioni organiche di Collegi (che sono aumentati da tre a sette<sup>(54)</sup>) e Segreterie tecniche<sup>(55)</sup>.

Per l'inadempimento alla decisione emanata dal Collegio competente dell'ABF è prevista una mera sanzione reputazionale: quest'ultima consiste nella pubblicazione dell'inadempimento stesso sul sito internet dell'ABF nonché, a cura e spese dell'intermediario, su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale.

L'ABF non può essere considerato un « arbitrato obbligatorio », poiché non si ravvisa una alternatività con la tutela giurisdizionale. Pertanto, l'adesione a tale sistema di ADR è ritenuta non un obbligo giuridico, ma per lo più un onere, al fine di assolvere ai requisiti previsti per legge ai fini dell'esercizio delle attività bancarie<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> La quota dei ricorsi dei consumatori si è attestata al 93 per cento (Cfr. Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, anno 2015).

<sup>(53)</sup> Nel 41 per cento dei casi le procedure si sono concluse con l'accoglimento parziale o totale delle richieste; nel restante 27 per cento è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere per intervenuto accordo tra le parti. Il 32 per cento dei ricorsi è stato invece respinto dai Collegi.

<sup>(54)</sup> Sono stati istituiti ulteriori Collegi dell'ABF nelle seguenti città: Torino, Bologna, Bari e Palermo.

<sup>(55)</sup> La dotazione organica della Segreteria tecnica aumenterà di 40 unità: in tal senso le « Conclusioni del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS Salvatore Rossi » in occasione della presentazione della Relazione sull'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario nel 2015, tenutasi a Roma il 20 giugno 2016.

<sup>(56)</sup> Cfr. S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 325; E. ODORISIO, *L'arbitrato obbligatorio*, in M. RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, adr, conciliazione*, Bologna, 2009. Per la tesi dell'obbligatorietà: F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'adr*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, I, 261; F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e « sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie »*, in *Società*, 2011.

Infatti, l'adesione all'ABF, richiesta espressamente dall'art. 128-bis TUB, costituisce una condizione necessaria per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento<sup>(57)</sup>. La Banca d'Italia ne valuta l'eventuale violazione nell'ambito della sua azione di vigilanza e per la mancata adesione è prevista la irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 144 TUB<sup>(58)</sup>.

L'instaurazione delle procedure di ADR dinanzi all'ABF comporta uno stretto intreccio tra attività giustiziale (o al massimo definibile quale para-giurisdizionale, effettuata dall'ABF) ed attività di vigilanza della Banca d'Italia. Gli esiti delle attività dell'ABF possono infatti fungere da utile punto di partenza per le attività di vigilanza dell'Istituto. In altre parole, i dati ed i *trend* emersi dalle decisioni dell'ABF possono essere un utile strumento per un progressivo « affinamento » delle attività di vigilanza (presumibilmente nei campi segnalati come i più « problematici » alla luce dei ricorsi presentati dai clienti) nel perseguimento dei fini previsti dalla legge.

Le decisioni dell'ABF non producono i medesimi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, non essendo previsti mezzi di impugnazione contro di esse, in quanto contenenti misure che non incidono sulla sfera giuridica delle parti e non precludono il ricorso all'autorità giudiziaria.

È stata esclusa la possibilità per i collegi dell'ABF di sollevare questioni di legittimità costituzionale<sup>(59)</sup>, anche alla luce delle sopra citate caratteristiche delle decisioni assunte dall'ABF, posto che queste ultime non assumono alcun valore cogente per nessuna delle parti in causa, « svolgendo solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela<sup>(60)</sup> ».

La decisione dell'ABF ha senza dubbio natura di dichiarazione di scienza, con la quale si esprime una valutazione in termini di stretto diritto. Si è autorevolmente sottolineato, però, che un arbitro di un meccanismo ADR non deve solo « appiattirsi » sulle norme, ma deve anche avere la « capacità di far prevalere le migliori pratiche di mercato,

---

<sup>(57)</sup> Possono non aderire all'ABF gli intermediari aventi sede in un altro Stato membro dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, purché aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net.

<sup>(58)</sup> La mancata adesione dell'intermediario comunque non comporta l'irricevibilità dei ricorsi presentati nei suoi confronti.

<sup>(59)</sup> In dottrina, cfr. A. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. economia*, n. 3/ 2011, 128; I.A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurizzionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7/8, 20439.

<sup>(60)</sup> Corte Costituzionale, ordinanza n. 218 del 4 luglio 2011, disponibile su [www.giur-cost.org](http://www.giur-cost.org).

che leggi e regolamenti non necessariamente codificano». Si auspica, dunque, che nei collegi si mantenga un bilanciamento di competenze ed esperienze pregresse, non limitate a quelle giuridiche e giurisdizionali <sup>(61)</sup>.

Dette decisioni dell'ABF, pur non avendo alcun valore precettivo e dunque non essendo vincolanti né per le parti né per il giudice ordinario eventualmente adito successivamente, potrebbero essere considerate quale mero indice del comportamento tenuto dalle parti nella interpretazione e valutazione delle norme contrattuali oggetto del ricorso presentato in sede stragiudiziale. In altre parole, la valutazione di diritto effettuata dagli arbitri stabilirebbe i comportamenti tenuti dalle parti nell'ambito della vicenda contrattuale *de quo*, e potrebbe essere uno degli elementi sui quali il giudice (successivamente adito) potrebbe fondare il suo convincimento ai sensi dell'art. 116 c.p.c. <sup>(62)</sup>.

La tecnicità dei giudizi dell'ABF ne aumenta la valenza, tanto che anche i giudici statali, non certo in possesso delle medesime competenze specifiche nel settore, tendono a « basare » le proprie convinzioni <sup>(63)</sup>, laddove possibile, anche sui precedenti dell'ABF <sup>(64)</sup>.

Sta infatti aumentando il numero di giudizi civili nei quali si richiamano gli orientamenti dell'ABF (e del Collegio di coordinamento in particolare) su numerose tematiche: usura bancaria <sup>(65)</sup>, cessione del quinto dello stipendio <sup>(66)</sup>, conto corrente bancario <sup>(67)</sup> ecc.

Si è giunti fino a riconoscere espressamente il ruolo conformativo alle pronunce dell'ABF, arrivando, in un giudizio civile, a condannare un intermediario inadempiente ad un risarcimento danni a titolo di lite temeraria « per aver ignorato la decisione dell'ABF <sup>(68)</sup> ».

Il che è un ulteriore riconoscimento della « bontà » delle decisioni dell'ABF, che giustificano pertanto l'altissimo tasso di conformazione da parte degli intermediari.

#### 4.2. *L'ambito finanziario.* — In ambito finanziario, la Camera di

---

<sup>(61)</sup> In tal senso le « Conclusioni del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS Salvatore Rossi » in occasione della presentazione della Relazione sull'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario nel 2015, tenutasi a Roma il 20 giugno 2016.

<sup>(62)</sup> Cfr. V. MIRRA, *Profili di criticità e prospettive degli strumenti di ADR in materia bancaria/finanziaria*, in questa *Rivista*, n. 2/2013, 536.

<sup>(63)</sup> Vedasi Trib. Rimini, 22 agosto 2011. In dottrina Cfr. C. CONSOLO - M. STELLA, *L'arbitro bancario finanziario e la sua giurisprudenza precognitrice*, in *Società*, 2013, 186.

<sup>(64)</sup> Un forte effetto conformativo è in capo anche agli intermediari, i quali sono obbligati a mantenersi aggiornati in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, e a valutare i reclami dei clienti, tenendo conto delle precedenti soluzioni adottate dall'Arbitro per i casi analoghi.

<sup>(65)</sup> Cfr. Trib. Reggio Emilia, sentenza del 24 febbraio 2015; Trib. Roma, ordinanza del 29 aprile 2014.

<sup>(66)</sup> Cfr. Trib. Napoli, sentenza del 9 gennaio 2015.

<sup>(67)</sup> Cfr. Trib. Palermo, sentenza dell'11 gennaio 2013.

<sup>(68)</sup> Trib. Napoli sentenza del 9 gennaio 2015.

Conciliazione e Arbitrato presso la Consob (la « Camera Consob ») è stata istituita con l'emanazione del D. Lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 <sup>(69)</sup>.

Il quadro delle fonti è stato successivamente completato a livello regolamentare, in particolare con la delibera della Consob n. 16763 del 29 dicembre 2008, con la quale era stato adottato il Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179.

La Camera Consob prevedeva l'applicabilità di una conciliazione stragiudiziale e di un arbitrato <sup>(70)</sup>, che riguardavano i procedimenti promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori (cfr. art. 2 D. Lgs. n. 179/2007).

Il maggiore punto di debolezza del sistema rappresentato dalla Camera Consob, e che probabilmente ne ha determinato la « fine » (i.e. la sostituzione con l'Arbitro per le Controversie Finanziarie), è stata la natura facoltativa dell'arbitrato presso la Camera <sup>(71)</sup>.

I risultati ottenuti negli ultimi anni dalla Camera rappresentano la cartina di tornasole dell'inevitabile necessità di cambiamento per quanto concerne i meccanismi di ADR in ambito finanziario.

Nell'ultimo anno (pieno) di vita della Camera Consob, infatti, la stessa è stata impegnata nell'amministrazioni di soli 80 procedimenti di

---

<sup>(69)</sup> Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della L. 28 dicembre 2005, n. 262, pubblicato in G.U. 30 ottobre 2007, n. 253.

<sup>(70)</sup> Per i quali si rimanda *ex multis* a N. SOLDATI, *L'evoluzione della Consob nella risoluzione delle controversie finanziarie*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2015, 3 - supplemento, 375; L. ARDIZZONE - M. L. VITALI, *Le ADRs nei mercati finanziari: spunti dal nuovo regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Riv. società*, n. 5/2012; M. RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2011, 1, 85; C. CAVALLINI, *La camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: note a "prima lettura" del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Società*, 2007, 1446; V. SANGIOVANNI, *L'ambito di applicazione dell'arbitrato Consob*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 22/2012, 107; V. SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, in questa *Rivista*, 2010, 213; S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1, 4; F. CORSINI, *L'arbitrato amministrato della Camera di conciliazione e arbitrato costituito presso la Consob*, in *Giur. Comm.*, n. 3/2012; T. MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in questa *Rivista*, 2008, 347; A. NASCOSI, *La nuova camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 963; T. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in questa *Rivista*, 2007, 665.

<sup>(71)</sup> La legge prevede che la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché nei contratti di gestione collettiva del risparmio, sia vincolante solo per l'intermediario, e che la stessa diventi obbligatoria soltanto in caso di trattativa diretta (art. 6 D. Lgs. n. 179/2007): per provare l'esistenza di tale trattativa diretta, però, non dovrebbe essere sufficiente la mera sottoscrizione delle clausole ex art. 1341 c.c., ma l'intermediario dovrebbe fornire la gravosa prova dell'esistenza di apposite negoziazioni tra le parti.

conciliazione, in grosso calo rispetto al 2014. Nessun procedimento arbitrale è stato attivato dinanzi alla citata Camera. È dunque evidente che la Camera Consob non ha raggiunto risultati apprezzabili in tema di tutela dell'investitore e non è stata forse fornita di quell'adeguato « supporto legislativo » che ne avrebbe agevolato l'autorevolezza.

Il recepimento della Direttiva ADR consumatori è stata l'occasione per realizzare compiutamente il progetto di un nuovo organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (l'« ACF »).

Dunque, in ossequio a quanto disposto dal D. Lgs. 130/2015 <sup>(72)</sup>, la Consob ha provveduto a modificare la struttura e le regole della sua « vecchia » Camera, emanando nuove regole, anche procedurali, affinché tale organismo potesse essere considerato un organismo di ADR <sup>(73)</sup> ai sensi della citata Direttiva ADR <sup>(74)</sup>.

Infatti, il meccanismo di ADR in questione non è più caratterizzato dalla volontarietà, bensì dalla adesione obbligatoria da parte degli intermediari.

Per i soggetti nei cui confronti la Consob esercita l'attività di vigilanza è previsto uno specifico obbligo di adesione (anche attraverso associazioni di categoria) ad un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori al dettaglio (non necessariamente all'organismo amministrato dalla Consob).

---

<sup>(72)</sup> L'art. 1-*bis* del citato decreto incarica la Consob di determinare « con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V, titolo II-*bis* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-*bis* nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati ».

<sup>(73)</sup> L'organismo ADR ha l'obbligo di:

— mantenere un sito web aggiornato che consenta un facile accesso alle informazioni sul funzionamento della procedura ADR; le stesse informazioni, su richiesta delle parti, devono essere messe a disposizione su supporto durevole;

— consentire la presentazione della domanda e della relativa documentazione in via telematica; ove applicabile, il consumatore deve avere la possibilità di inviare la domanda con modalità diverse da quella telematica;

— consentire lo scambio di informazioni tra le parti, in via telematica ovvero, se applicabile, tramite i servizi postali;

— trattare, anche tramite l'adesione a reti europee di sistemi di risoluzione extragiudiziale, le controversie sia nazionali che transfrontaliere, comprese le controversie online oggetto del Regolamento UE n. 524/2013, assicurando che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto delle regole sulla *privacy*.

<sup>(74)</sup> Per la Consob per tale fattispecie non avrebbe senso applicare alla lettera le disposizioni del d.lgs. n. 130/2015 in materia di istituzione di un elenco, di procedura di iscrizione nell'elenco stesso, di obblighi di informazione periodica e vigilanza dell'autorità competente. Ne discende che sarà cura della Consob comunicare al MISE, nella sua qualità di punto unico di contatto, di aver avviato un nuovo sistema nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti stabiliti nella materia degli ADR dal codice del consumo e che, conseguentemente, tale sistema potrà essere notificato quale organismo ADR dal MISE alla Commissione europea (cfr. documento di consultazione dell'8 gennaio 2016, disponibile sul sito web della Consob).

Detto obbligo è stato « puntellato » da una apposita sanzione amministrativa pecuniaria per punirne il mancato adempimento (cfr. art. 190, comma 1, del TUF e, per i consulenti persone fisiche, art. 190-ter).

I soggetti che possono adire l'ACF sono gli investitori *retail* <sup>(75)</sup>; controparte del rapporto sono gli intermediari <sup>(76)</sup> e l'oggetto della controversia deve riguardare una violazione — da parte degli intermediari — degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività previste nella parte II del TUF (i.e. disciplina degli intermediari), incluse le controversie transfrontaliere <sup>(77)</sup>. Tali obblighi devono caratterizzare l'*agere* dell'intermediario sin dal primo contatto con la clientela, indipendentemente dalla sottoscrizione (successiva) di un contratto avente ad oggetto servizi o attività di investimento: tutto ciò in ossequio alla teoria del c.d. « contatto qualificato », che fa sorgere un rapporto giuridico e determina una responsabilità di natura contrattuale <sup>(78)</sup>.

Il valore della controversia non può eccedere cinquecentomila euro: detto valore è dunque molto superiore rispetto a quello previsto in ambito bancario per delimitare la competenza dell'ABF.

L'equa rappresentanza degli interessi in causa è rispecchiata nella composizione del Collegio di tale organismo. Quest'ultimo consiste in cinque componenti: tre di questi ultimi, compreso il Presidente, sono nominati direttamente dalla Consob <sup>(79)</sup>, mentre i rimanenti due membri

---

<sup>(75)</sup> Si segnala la dottrina che nell'ottica della protezione della « clientela » in generale, ritiene che tra i legittimati all'accesso all'ACF debba comprendersi « qualsiasi soggetto appartenente alla categoria del cliente, indipendentemente dal livello di competenza finanziaria che ipoteticamente venga a caratterizzarlo. Si tratta [...] di soggetti comunque appartenenti al lato della domanda » (cfr. A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *Sul nuovo « ADR Consob »*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, III, 271).

<sup>(76)</sup> Definiti quali:

— i soggetti abilitati di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del TUF, anche con riguardo all'attività svolta per loro conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede di cui all'articolo 31 del TUF;

— la società Poste Italiane - Divisione Servizi di Banco Posta - autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144, anche con riguardo all'attività svolta per suo conto da parte di consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede;

— i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria di cui, rispettivamente, agli articoli 18-bis e 18-ter del TUF;

— i gestori di portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI innovative di cui all'articolo 50-quinquies del TUF;

— le imprese di assicurazione limitatamente all'offerta in sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari di cui all'articolo 1, comma 1, lett. w-bis) del TUF dalle stesse emessi.

<sup>(77)</sup> Sono escluse le attività di gestione di sistemi multilaterali di negoziazione (MTF).

<sup>(78)</sup> Per tutti Cass., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560.

<sup>(79)</sup> In data 9 giugno 2016 la Consob ha avviato la procedura per la nomina dei componenti del collegio dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie di propria designazione, richiedendo, da parte dei soggetti aventi i requisiti richiesti dal Regolamento ACF, l'invio di manifestazioni di interesse entro il 9 luglio 2016. I primi membri dell'ACF sono stati nominati dalla Consob nel novembre 2016 e l'ACF è operativo dal 9 gennaio 2017.

vengono nominati dalla medesima Autorità su designazione delle associazioni di categoria degli intermediari e del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti <sup>(80)</sup>.

La tempestività della risposta decisoria è sancita dal termine di novanta giorni stabilito per la decisione del collegio, termine prorogabile solo per la particolare complessità o novità delle questioni trattate ovvero quando entrambe le parti ne facciano richiesta, anche al fine di tentare la conciliazione della controversia.

In ossequio al principio di vicinanza della prova, l'onere della prova — di aver adempiuto ai propri obblighi contrattuali — è in capo all'intermediario <sup>(81)</sup>.

Detto ciò, va comunque sottolineato che l'introduzione dell'ACF non sembra aver eliminato tutte le problematiche derivanti dalla gestione delle controversie tra intermediari e clienti in ambito finanziario.

Vista la presenza di vari organismi di risoluzione delle controversie in ambito bancario e finanziario appare necessaria un'opera di razionalizzazione delle competenze ovvero una concreta collaborazione tra gli organismi per evitare duplicazioni, ritardi, contrasti o ogni tipo di inefficienza a danno dei clienti degli intermediari <sup>(82)</sup>.

Si auspica inoltre che l'ACF aderisca quanto prima alla rete FIN-NET, atto che appare un passaggio obbligato per la protezione degli investitori nell'ottica *pan* europea <sup>(83)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> La designazione è comunicata entro sessanta giorni dalla ricezione di un atto di invito trasmesso dalla Consob. In caso di inerzia, protrattasi anche a seguito di atto di sollecito, la Consob provvede direttamente alla nomina di un membro provvisorio che rimane in carica sino alla nomina del soggetto designato.

<sup>(81)</sup> In materia di intermediazione finanziaria, nei giudizi di responsabilità intentati dall'investitore — che abbia allegato l'inadempimento degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza che conformano l'*agere* dell'intermediario dal momento del primo « contatto » con esso investitore, ai sensi del TUF e delle disposizioni attuative emanate dalla Consob — va acclarato se l'intermediario abbia effettivamente e diligentemente adempiuto a tutte le obbligazioni poste a suo carico dai predetti testi normativi, così disciplinando il riparto dell'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento delle obbligazioni, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra esso e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza richiesta (cfr. Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2015, n. 21711).

Si rammenta inoltre che l'art. 23, comma 6, TUF stabilisce che « *Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta* ».

<sup>(82)</sup> In quest'ottica va valutata senz'altro positivamente l'impossibilità di presentare ricorsi all'Ombudsman-Giuri Bancario a far data dal 9 gennaio 2017: infatti, poiché i ricorsi che possono essere proposti all'Ombudsman-Giuri Bancario sono proponibili anche all'ACF, l'Ombudsman-Giuri Bancario a partire dalla stessa data del 9 gennaio 2017 non accetterà più ricorsi, ma si limiterà a gestire i ricorsi ricevuti fino all'8 gennaio 2017. Una volta conclusa la suddetta attività di gestione a stralcio, l'Ombudsman-Giuri Bancario cesserà la propria attività.

<sup>(83)</sup> La rete per la risoluzione extragiudiziale delle liti transfrontaliere in materia di servizi finanziari "FIN-NET" collega in una rete europea gli organi nazionali competenti che



Ulteriori dubbi suscita la previsione che consente ai dipendenti della Consob di far parte del Collegio dell'ACF. La presenza di un funzionario Consob nel Collegio dell'ACF potrebbe apparire non opportuna, in quanto, nonostante l'affermazione di principio inserita nel Regolamento sull'imparzialità del dipendente stesso <sup>(84)</sup>, quest'ultimo potrebbe essere « influenzato » dagli approcci di vigilanza tenuti dall'Istituto.

Inoltre, i poteri istruttori del Collegio sembrano non ben definiti, non sussistendo alcuna previsione in merito agli specifici poteri istruttori degli arbitri, salvo la possibilità di « chiedere ulteriori elementi informativi ».

Da ultimo, la previsione della gratuità del ricorso all'ACF potrebbe provocare il « rallentamento » della risposta decisoria del Collegio, in virtù della probabile numerosità delle istanze presentate (il precedente dell'ABF sembrerebbe deporre in tal senso), alcune delle quali potrebbero essere temerarie e puramente strumentali.

In senso positivo è invece da valutare il « collegamento » dell'attività dell'ACF con le *policy* di vigilanza e con le prassi che si formeranno all'interno degli intermediari per valutare i reclami anche alla luce degli orientamenti desumibili dalle decisioni assunte dall'arbitro stesso (cfr. art. 3, comma 4, lett. b) del Regolamento dell'ACF). La Consob, infatti, terrà in assoluta considerazione i *trend* decisori dell'ACF per « plasmare » i propri interventi di vigilanza verso le problematiche più frequenti nei rapporti tra intermediari e clienti, agevolata dalla « vicinanza » della Segreteria tecnica.

Si concorda, dunque, con le valutazioni della Consob, secondo la quale l'ACF determinerà un incentivo significativo all'aumento della conformità degli intermediari e una conseguente riduzione del contenzioso <sup>(85)</sup>, ai quali va aggiunta anche una auspicata maggiore adeguatezza delle *policy* di vigilanza. Tutto ciò conferma che anche nell'ottica delle attività di vigilanza di sistema, dei meccanismi di ADR non si può fare più a meno.

---

soddisfano i requisiti di cui alla prima raccomandazione della Commissione del 1998, dando la possibilità ai consumatori di utilizzare tale rete per identificare l'organismo di risoluzione delle controversie competente nel Paese del fornitore di servizi finanziari e di contattare direttamente quell'organismo o ente. L'art. 5 della delibera Consob n. 19700 del 3 agosto 2016 sembrerebbe colmare detta lacuna, stabilendo tra i compiti della segreteria tecnica dell'ACF quello di "curare gli adempimenti connessi alla partecipazione dell'ACF alla rete FIN-NET".

<sup>(84)</sup> Nell'art. 6, comma 2, del Regolamento dell'ACF è previsto che « *ove sia nominato componente un dipendente della Consob, questi opera con piena autonomia funzionale* ».

<sup>(85)</sup> Relazione illustrativa delle conseguenze sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori, derivanti dal regolamento concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) del 4 maggio 2016, disponibile sul sito web della Consob.

## **Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?**

ILARIA LOMBARDINI

1. *Introduzione.* — L'assetto dell'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture attualmente si colora di tinte nuove, in quanto è stato di recente riconfigurato dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 <sup>(1)</sup>. Il nuovo « Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione », denomi-

---

<sup>(1)</sup> Si tratta del D.Lgs. n. 50 del 2016, che reca attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Il sopra citato decreto legislativo è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2016 n. 91 (Suppl. Ord. n. 10) ed è entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione. Ma, si noti, con il Comunicato 3 maggio 2016, l'Anac « sul presupposto che il Codice era stato pubblicato nella versione *on line* della Gazzetta Ufficiale dopo le h. 22 del 19 aprile 2016, e quindi solo da quel momento era stato reso pubblicamente conoscibile, fa salvi (assoggettandoli ancora al D.Lgs. n. 163/2006) i bandi e gli avvisi pubblicati nella giornata del 19 aprile », « mentre le disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 riguarderanno i bandi e gli avvisi pubblicati a decorrere dal 20 aprile 2016 » (sulla « *querelle* » in merito alla data di entrata in vigore, v. così VESPIGNANI, *Nuovo Codice degli appalti: un esordio travagliato e un « blocco » annunciato*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2016, 7 ss.). È importante segnalare che sulla Gazzetta Ufficiale del 15 luglio 2016 n. 164 è stato pubblicato un *Avviso di rettifica* - Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, si tratta di un *errata corrige*. Non va dimenticato che il precedente codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, D.Lgs. n. 163 del 2006, con tutte le modifiche successive in esso inserite col metodo della novellazione dal 2006 ad oggi, è sostituito dal giorno stesso della pubblicazione del D.Lgs. n. 50 del 2016 in Gazzetta Ufficiale. « Il problema però è che al codice De Lise erano collegate anche molte norme del D.P.R. 207/2010 (il regolamento attuativo del codice del 2006) che in alcune materie dettavano (e dettano) un cospicuo apparato regolatorio [...]. Nel nuovo sistema il regolamento non esisterà più e al suo posto vi sarà una congerie di atti che, in larga misura faranno capo all'Anac (linee guida generali e di dettaglio), alla Presidenza del Consiglio, al Ministero delle infrastrutture, al Consiglio superiore dei lavori pubblici e ad altri dicasteri, con modalità di concerto le più svariate » (MASCOLINI, *La disciplina degli appalti ancora in mezzo al guado*, in *Il nuovo codice degli appalti, Italia oggi*, serie speciale n. 7/2016, 4 s.). La Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ex art. 212 nuovo c.c.p., avrà dunque un importante e indispensabile ruolo di coordinamento.

L'art. 216, D.Lgs. n. 50 del 2016, che contiene le disposizioni transitorie e di coordinamento, prevede che il nuovo codice si applichi:

nato dal Consiglio di Stato « Nuovo codice dei contratti pubblici » <sup>(2)</sup>, di duecentoventi articoli, abroga dal giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale (il 19 aprile 2016) il precedente codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al D.Lgs n. 163 del 2006 e s.m.

Secondo il presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione si tratterebbe di una « rivoluzione copernicana » <sup>(3)</sup>.

Come noto, il Consiglio dei ministri, con il nuovo codice dei contratti pubblici (in seguito abbreviato: nuovo c.c.p.), ha esercitato la Legge delega n. 11 del 2016 <sup>(4)</sup> volta ad attuare le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (v. *supra* nota 1). In tale legge all’art. 1 si prevede la compilazione di un unico testo normativo di codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che sostituisce il precedente codice, e che concerne le procedure di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, disciplinate dalle tre suddette direttive, in cui vengono effettuati una ricognizione e un riordino dell’attuale assetto normativo per « conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti », in una prospettiva di incremento della certezza del diritto e di una maggiore semplificazione. Un codice più snello agevola una gestione efficace e strategica della politica degli appalti fondamentale per l’abbattimento dei costi per le imprese e, più in generale, « per la crescita dell’economia non solo dei singoli Stati, ma dell’Europa nel suo complesso » <sup>(5)</sup>.

---

— alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente non siano stati pubblicati prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo stesso;

— ai contratti per i quali non sia stata data pubblicità ai bandi o agli avvisi. In questi casi nel nuovo codice dei contratti pubblici è stabilito che le nuove disposizioni normative debbono trovare applicazione se all’entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016 non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

<sup>(2)</sup> Il Consiglio di Stato nel suo Parere del 1° aprile 2016, n. 855, dato con riguardo allo schema di decreto legislativo, che ha portato all’emanazione del D.Lgs. n. 50 del 2016, ha qualificato il Codice *de quo* « Codice dei contratti pubblici » anziché « Codice degli appalti e dei contratti di concessione », denominazione invece usata nell’art. 1, comma 1, lett. *b*), della Legge delega (Legge 28 gennaio 2016, n. 11, pubblicata sulla *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 2016, n. 23). V. sul tema CLARICH-FONDERICO, *Delega appalti: un’attuazione senza eccessi*, in *Guida dir.*, n. 6/2016, 8 ss.; PONTE, *Rito specifico e rapido per liti su esclusioni e accesso alla gara*, in *Guida dir.*, n. 9/2016, 97 ss., spec. 100.

<sup>(3)</sup> L’espressione era già stata utilizzata da LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell’arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007, 303 ss., con riferimento all’allora vigente normativa dell’arbitrato negli appalti pubblici.

<sup>(4)</sup> È la Legge 28 gennaio 2016, n. 11, pubblicata sulla *Gazz. Uff.* del 29 gennaio 2016, n. 23. V. in argomento CLARICH-FONDERICO, *Delega appalti: un’attuazione senza eccessi*, in *Guida dir.*, n. 6/2016, 8 ss.; PONTE, *Rito specifico e rapido per liti su esclusioni e accesso alla gara*, in *Guida dir.*, n. 9/2016, 97 ss.

<sup>(5)</sup> In questi termini GOZZI, *Intervento al seminario Single Market Forum, Verso un’attuazione strategica delle nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Roma, 13/02/2015, in *www.politicheeuropee.it*. Dunque, è una « funzione preziosa », quella degli arbitri, soprattutto

Nello specifico, la previsione, espressa nella L. n. 11 del 2016 (c.d. Legge di delega per il recepimento delle Direttive europee in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione) all'art. 1, comma 1, lett. *aaa*), di realizzare la « razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari », è attuata negli artt. 209 e 210 del nuovo codice dei contratti pubblici <sup>(6)</sup>.

Infatti, il legislatore delegato, con il segmento normativo degli artt. 209 e art. 210, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recente nuovo codice dei contratti pubblici, ha contribuito a riaprire il cantiere dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, introducendo un arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, « istituita » presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (art. 210, comma 1 e art. 213, comma 11) (sul ruolo, centrale e ineludibile, della Camera arbitrale, v. *infra* paragrafi 4 e 5). Per meglio inquadrare quanto si sta dicendo, è utile richiamare che la suddetta Camera: nomina il collegio arbitrale e designa il presidente del collegio arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo camerale (art. 209, comma 4); cura la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri e dei periti; designa eventuali periti (consulenti tecnici) nei giudizi arbitrali; redige il codice deontologico degli arbitri per i contratti pubblici e, si noti, provvede a tutti gli « adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale » (art. 210, comma 2). Tra questi adempimenti vi sono, non secondari, quelli econo-

---

negli arbitrati internazionali, come rileva PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 16.

<sup>(6)</sup> Alle vie giudiziali si affianca, infatti, nel nuovo codice dei contratti pubblici, il ricorso agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, rimedi più flessibili ed economici per risolvere le controversie che insorgono. Tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale sono previsti, oltre all'arbitrato (artt. 209 e 210): — l'accordo bonario per i lavori (art. 205 nuovo c.c.p.), applicato anche alle contestazioni per appalti e contratti di concessione di servizi e forniture (art. 206); — il collegio consultivo tecnico per prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto, che le parti possono convenire di costituire prima dell'inizio dell'esecuzione (o comunque non oltre novanta giorni da tale data) con funzioni di assistenza e formulazione di proposte non vincolanti per la celere risoluzione di controversie di ogni natura e suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso (art. 207); — la transazione, utilizzabile solo in caso di impossibilità di esperire altri rimedi alternativi di risoluzione delle controversie (art. 208); — i pareri di precontenzioso dell'Anac (Autorità Nazionale Anticorruzione), che vede incrementate le sue competenze e che è chiamata ad esprimere pareri, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (il parere dell'Anac è vincolante e il mancato adeguamento della stazione appaltante determina una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del dirigente responsabile da euro 250,00 a euro 25.000,00) (art. 211 nuovo c.c.p.).

mici: per esempio, *ex art.* 209, comma 8, la Camera « comunica alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi in acconto del corrispettivo arbitrale », nonché, *ex comma* 17, le parti versano il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia nella misura liquidata dalla Camera arbitrale, entro trenta giorni dalla comunicazione del lodo; ancora, la Camera « determina con apposita delibera il compenso degli arbitri » (comma 16), e provvede altresì alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica (comma 18); per non parlare del ruolo rilevante della Camera in relazione al deposito del lodo (v. *infra* paragrafi 6 e 7).

Dall'assetto normativo del nuovo codice dei contratti pubblici emerge un unico modello di arbitrato per la risoluzione delle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, un tipo di arbitrato facoltativo (cioè scelto dalle parti in alternativa alle vie giudiziali), ma obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale dei contratti pubblici, in cui le parti non possono più optare per l'arbitrato *ad hoc* e in cui il presidente del collegio composto da tre arbitri è designato sempre dalla Camera arbitrale (e non solo invece, come in base alla precedente normativa, quando le parti non si accordavano sulla nomina del terzo arbitro) (7). Non solo, ma si tratta di un arbitrato che deve essere previamente autorizzato. Infatti, l'art. 209 del nuovo codice dei contratti pubblici, dopo aver stabilito, al comma 2, che « è vietato in ogni caso il compromesso », al comma 3, precisa che « è nulla » la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara oppure nell'invito per le procedure senza bando. Dunque, la motivata autorizzazione da parte dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice, già prevista dalla Legge n. 190 del 2012, è condizione per poter ricorrere all'arbitrato (sul punto v. la pronuncia Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, ampiamente, *infra* par. 3, nonché la successiva ordinanza Corte cost., 6 aprile-6 maggio 2016, n. 99, confermativa della precedente).

Il modello di arbitrato, delineato nel nuovo codice dei contratti pubblici, rispetta e attua le proposte del Consiglio della Camera arbitrale per i contratti pubblici, deliberate nella Seduta del 16 aprile 2015 (8) di

---

(7) Sul tema sia permesso rinviare a LOMBARDINI, *Articolo 243 c.c.p.*, in *Arbitrati speciali*, *Commentario* diretto da Federico Carpi, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2016, 465 ss. Sulla questione riguardante l'esatto *discrimen* fra arbitrato *ad hoc*/libero e arbitrato amministrato, e sulle conseguenze applicative della scelta tra i due tipi di arbitrato, v. le ampie considerazioni di ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 592 ss.; di recente, *Id.*, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, Bologna, 2016, *passim*.

(8) Camera arbitrale per i contratti pubblici. Autorità Nazionale Anticorruzione. *Proposte del 16 aprile 2015 per una riforma dell'arbitrato nelle controversie relative ai contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 631 ss.

poter utilizzare come mezzo per la risoluzione delle controversie in materia di appalti pubblici e contratti di concessione, in alternativa al ricorso al giudice, soltanto l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale (con esclusione quindi per le parti della possibilità di optare per l'arbitrato *ad hoc* o arbitrato libero) disciplinato dal previgente art. 241 c.c.p. <sup>(9)</sup>.

Si consideri peraltro che il legislatore, nel vigente codice dei contratti pubblici (come già nel precedente), ha scelto di disciplinare l'arbitrato nei contratti pubblici negli artt. 209 e 210 dello stesso nuovo c.c.p., disposizioni che si aggiungono a quella inserita nel codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), che all'art. 12 disciplina l'arbitrato per le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, statuendo che, in via alternativa, tali controversie possano essere risolte con arbitrato rituale di diritto <sup>(10)</sup> ai sensi degli artt. 806 e ss. c.p.c.

Viene mantenuto, pertanto, il carattere di « doppia specialità » <sup>(11)</sup>

---

<sup>(9)</sup> Va ricordato, sul punto, che il Consiglio di Stato nella celebre pronuncia n. 6335 del 2003 (in questa *Rivista*, 2003, 743, con nota di LUISSO, *Il Consiglio di Stato interviene sull'arbitrato nei lavori pubblici*, e in *Giur. it.*, 2004, 61, con nota di CASSANO-NISATI, *La composizione dei collegi arbitrali dopo la dichiarazione d'illegittimità dell'art. 150, 3° comma, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*; in tema v. anche LOMBARDINI, *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1577 ss.) aveva attuato un vero e proprio *revirement*, una sorta di (se pur settoriale) « rivoluzione copernicana », quando aveva ritenuto illegittimo e annullato l'art. 150, comma 3, D.P.R. n. 554 del 1999 « nella parte in cui sottrae[va] alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla Camera arbitrale » (v. il mio *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, cit., 1577 ss.). In séguito, con l'art. 5, comma 16-sexies, L. n. 80 del 2005, ripreso poi quasi testualmente nel testo dell'art. 241 del codice dei contratti pubblici (art. 241, comma 15, D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m.) era stato posto rimedio alla conseguente lacuna normativa prevedendo che la Camera arbitrale nominasse il terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale, solo in caso di mancato accordo delle parti per la designazione del terzo arbitro (sulla L. n. 80 del 2005 v. VERDE, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche alla luce dell'art. 5, comma 16-sexies L. n. 80/2005*, in questa *Rivista*, 2005, 223 ss., spec. 228 ss., in cui l'a. si pone il problema del rapporto, nell'arbitrato, tra l'autonomia privata e i vincoli imposti dall'ordinamento; per riflessioni critiche sull'argomento si rinvia altresì a LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell'arbitrato nei lavori pubblici ex art. 5, comma 16-sexies, L. n. 80 del 2005: riforma o controriforma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 225 ss.; ID., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, cit., 64 ss.); nonché a TIZI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 379 s., che sottolinea « la carenza della necessaria terzietà del soggetto chiamato alla designazione del presidente del collegio arbitrale ».

<sup>(10)</sup> Si noti che l'art. 12 c.p.a. ripropone il testo dell'art. 6 della L. n. 205 del 2000 che, superando il principio della inammissibilità dell'arbitrato nelle materie devolute al giudice amministrativo, ha stabilito la facoltà di risoluzione, tramite arbitrato rituale di diritto (escluso quindi l'arbitrato irrituale e quello di equità), di tutte le controversie concernenti diritti soggettivi, a prescindere dalla loro tutelabilità innanzi al giudice amministrativo o a quello ordinario. V., per tutti, in argomento, SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 206 ss.; v. anche MISSERINI, *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Urb. e appalti*, 2012, 398, il quale critica la mancata unificazione del codice dei contratti pubblici nel codice del processo amministrativo.

<sup>(11)</sup> V., così MISSERINI, *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, cit., 398 ss.

dell'arbitrato nei contratti pubblici, in quanto la normativa « speciale » (delineata già negli artt. 241-243 del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m. e, oggi, negli artt. 209-210 del recentissimo D.Lgs. n. 50 del 2016, nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) presenta differenze sia rispetto alle disposizioni previste per l'arbitrato *ad hoc* o di diritto comune disciplinato nel codice di procedura civile (al quale, ricordiamo, l'art. 241, comma 2, rinviava e, oggi, come si vedrà in séguito, rinvia l'art. 209, comma 10, nuovo c.c.p., come una specie di paradigma <sup>(12)</sup>), per tutti gli aspetti non espressamente regolamentati nello stesso codice dei contratti pubblici), sia rispetto al codice del processo amministrativo <sup>(13)</sup>.

2. *L'attuale assetto dell'arbitrato nei contratti pubblici (secondo gli artt. 209 e 210 D.Lgs. n. 50 del 2016, nuovo Codice dei Contratti pubblici).*

— L'esigenza di razionalizzazione, sottesa a tutto il nuovo codice dei contratti pubblici ed applicata ai metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, è alla base della facoltà per le parti di avvalersi della procedura arbitrale. La disciplina dell'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici, contenuta negli artt. 209 e 210, D.Lgs. n. 50 del 2016 (su cui v. *supra* paragrafo 1), conferma che l'istituto arbitrale in materia di opere pubbliche è un mezzo facoltativo di cui volontariamente e di comune accordo le parti « possono » <sup>(14)</sup> avvalersi in alternativa alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 209, comma 1), proprio come si verifica per l'arbitrato *ad hoc*/di diritto comune, disciplinato nel codice di procedura civile.

---

<sup>(12)</sup> Il termine è di CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, *Le fonti*, Padova, 1957, 12.

<sup>(13)</sup> VITALE, *L'arbitrato*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, 1334 ss.; v. anche BOSCOLO, *Sub art. 241-Arbitrato*, in AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, diretto da G.F. Ferrari-G. Morbidelli, II, Milano, 2013, 379 e 408.

<sup>(14)</sup> « Possono essere deferite ad arbitri » le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, così recita il comma 1 dell'art. 209 nuovo codice dei contratti pubblici. Come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato, in più pronunce, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni normative che stabiliscono l'arbitrato obbligatorio. La Consulta ha statuito che « l'arbitrato trova il proprio fondamento nella concorde volontà delle parti, sicché l'obbligatorietà *ex lege* del medesimo si traduce in un'illegittima compressione del diritto di difesa e in una violazione del principio della tutela giurisdizionale. D'altronde l'arbitrato può ritenersi effettivamente non obbligatorio solo quando sia consentito a ciascuna delle parti in contesa, con decisione anche unilaterale, di adire il giudice ordinario », così Corte cost. 24 luglio 1998, n. 325, in *Foro it.*, 1998, I, 2332; conf. Corte cost. 11 dicembre 1997, n. 381, *ivi*, 1998, I, 3; Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152, *ivi*, 1996, I, 1905 (sul punto si rinvia, per un commento e per le citazioni di pronunce della Consulta meno recenti sino alla fondamentale Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127 e anche per i riferimenti bibliografici, al mio, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, cit., 16 ss.); v. altresì la sentenza Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in questa *Rivista*, 2005, 515 ss., con nota di VERDE, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, spec. le riflessioni conclusive 521 s.; nonché in *Giur. it.*, 2006, 1452 ss., con nota di LOMBARDINI, *Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche*.

Infatti, il legislatore delegato ha ulteriormente confermato la natura non obbligatoria dell'arbitrato nei contratti pubblici, al riparo quindi da possibili rilievi di incostituzionalità, nell'art. 209, comma 2, laddove precisa che la parte privata (l'aggiudicatario) « può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante, entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione » (15).

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato disciplinato nell'art. 209 D.Lgs. n. 50 del 2016 (come già nel precedente assetto normativo), esso opera per tutte le controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (sia sopra sia sotto la soglia comunitaria, sia nei settori ordinari che in quelli speciali) (16), concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario (17), quest'ultimo regolato dagli artt. 205 e 206 dello stesso decreto.

Quanto invece all'ambito di applicazione soggettivo, va notato che la L. 6 novembre 2012, n. 190, c.d. Legge anticorruzione, richiamata nell'art. 209, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016, ha stabilito che le disposizioni relative al ricorso all'art. 241, comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m. « [...] si applicano anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico di bilanci pubblici » (18).

---

(15) Il termine « ricusare » è usato in senso atecnico, si riferisce al fatto che la parte privata può declinare la competenza arbitrale e che l'eventuale controversia viene in questo caso devoluta al giudice ordinario. Così la stazione appaltante (quasi sempre la P.A.) può scegliere lo strumento arbitrale indicando « [...] nel bando o nell'avviso con cui indice la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria » (fermo restando invece comunque il divieto del compromesso) (art. 209, comma 2), ma è lasciata all'appaltatore la possibilità, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, di rifiutare di avvalersi dello strumento arbitrale.

(16) V., già, DIPACE, *Sub art. 241. Arbitrato*, in AA.VV., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini-C. Franchini-S. Vinti, in *I Codici commentati*, a cura di G. Bonilini-M. Confortini, Torino, 2014, 1433.

(17) Va richiamato che tra le controversie concernenti diritti soggettivi rientrano, ad esempio, anche quelle concernenti la risoluzione o rescissione o il ritardato pagamento delle somme dovute all'appaltatore per i lavori eseguiti, la responsabilità contrattuale o precontrattuale afferenti alla validità del contratto (v. sul punto CARINGELLA-PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2ª ed., 2012, 525 ss.), quelle relative alla esecuzione delle concessioni di lavori o servizi (Cass., sez. un., 18 maggio 2000, n. 366). V., anche per la giurisprudenza *ivi* citata sul tema, LOMBARDINI, *Articolo 241 c.c.p.*, in *Arbitrati speciali*, *Commentario* diretto da Federico Carpi, 2ª ed., cit., 353.

(18) In argomento, con riguardo alla previgente normativa, v. ODORISIO, *Arbitrato*, *Decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 948 s.



3. *La convenzione arbitrale.* — Punto *clou* della nuova disciplina normativa è stata l'innovazione introdotta dal comma 19 dell'art. 1 L. 190 del 2012 (sul punto, come è noto, ha statuito la Consulta con la fondamentale pronuncia Corte cost. 9 giugno 2015, n. 108), recepita integralmente nel comma 3 dell'art. 209 D.Lgs. n. 50 del 2016, secondo cui: « È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice » (art. 209, comma 3, D.Lgs. n. 50 del 2016) <sup>(19)</sup>. Si consideri che tale disposizione

---

<sup>(19)</sup> Sul tema, come si diceva, va richiamata la recente sentenza Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in *Gazz. Uff.* del 17 giugno 2015, con cui la Corte ha dichiarato: a) non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, L. n. 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione dell'illegalità della Pubblica Amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 Cost.; b) non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 241, comma 1, D.Lgs. n. 163 del 2006 (e s.m.), (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, L. n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost., sollevata dal Collegio arbitrale di Roma con l'ordinanza n. 186 del 2014. Con la sentenza n. 108 del 2015 la Corte costituzionale ha dunque stabilito la costituzionalità dell'art. 1, comma 25, il quale sancisce l'obbligo da parte dell'organo di governo della Pubblica Amministrazione di autorizzare il ricorso all'arbitrato per le controversie su diritti soggettivi nell'ambito di esecuzione dei contratti pubblici, anche per gli arbitrati conferiti dopo l'entrata in vigore della suddetta legge, sulla base di clausole compromissorie pattuite anteriormente. Secondo la Consulta l'obbligo autorizzativo non determina un annullamento retroattivo delle clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, ma ne produce soltanto l'inefficacia per il futuro. La Corte costituzionale nella pronuncia n. 108 del 2015 ha altresì dichiarato infondato il quesito sulla costituzionalità dell'art. 241 c.c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 19, L. n. 190 del 2012, con riguardo al diritto potestativo per la Pubblica Amministrazione di instaurare (o meno) il procedimento arbitrale nei contratti pubblici, tale da pregiudicare la *par condicio* delle parti nel processo per lo sbilanciamento a vantaggio della parte pubblica. Infatti, « La scelta discrezionale del legislatore di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali ». Pertanto, continua la Corte, la previsione della L. n. 190 del 2012 « non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto ». Per la Consulta, dunque, si configura una limitazione ragionevole in quanto la Pubblica Amministrazione è chiamata a ridurre i costi delle controversie di cui è parte, e, al contempo, a prevenire l'illegalità e la corruzione nella Pubblica Amministrazione. La sentenza Corte cost. 9 giugno 2015, n. 108, è stata annotata da DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 239 ss., spec. 248, il quale sottolinea le implicazioni pratiche della pronuncia: — l'impossibilità « di attivare clausole compromissorie sebbene stipulate prima dell'entrata in vigore della legge anticorruzione del 2012 »; — l'accesso alla giustizia arbitrale nel settore dei contratti pubblici che tende « a divenire opzione di diritto amministrativo », poiché necessita dell'autorizzazione « dell'organo di vertice dell'amministrazione appaltante », non bastando più la sola volontà delle parti; — la constatazione che, conseguentemente, sulla giustizia ordinaria tenderà a riversarsi il contenzioso in materia di opere pubbliche; l'a. conclude la sua ricostruzione, ricca di considerazioni critiche, con tono a nostro avviso (v. *infra* il par. 8) forse eccessivamente pessimistico asserendo che, dopo l'intervento della Consulta, « le sorti dell'arbitrato nei con-

opera anche per le controversie relative a concessioni e appalti di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica e che la motivata autorizzazione deve essere stabilita anche per i contratti di opere o forniture finanziate a carico di bilanci pubblici (già art. 1, comma 20, L. n. 190 del 2012, e ora art. 209, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016) <sup>(20)</sup>. Lo scopo di imporre *ex lege* che vi debba essere la previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di vertice della Pubblica Amministrazione, una sorta di « filtro » per l'inserimento della clausola arbitrare nel bando o nell'invito, pare riconducibile all'esigenza di permettere una ponderazione oculata dei costi e dei benefici, che da tale scelta possano derivare anche in termini di deterrenza, per prevenire eventuali casi di corruzione. La motivata autorizzazione, che rende possibile l'inclusione della clausola compromissoria, risponde altresì all'esigenza di garantire il buon andamento della Pubblica Amministrazione, che deve perseguire l'interesse pubblico <sup>(21)</sup>.

---

tratti pubblici sono avverse e, allo stato attuale, difficilmente risolvibili ». Su Corte cost. n. 108 del 2015, v. altresì le articolate e approfondite riflessioni di MARZOCO, *Autorizzazione del « ricorso all'arbitrato »* (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e *clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co.*, in questa *Rivista*, 2016, 69 ss., spec. 82 ss., l'a., in particolare, esamina l'art. 241, comma 1, del previgente codice dei contratti pubblici, evidenziandone le conseguenti ricadute pratiche. L'art. 241, comma 1, del previgente codice dei contratti pubblici recitava: « Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori [...], possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli ». La presenza della congiunzione disgiuntiva « o », induceva a distinguere tra autorizzazione all'inclusione della clausola compromissoria nel bando (nell'avviso, nell'invito) ed autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » e sembrava indicare « la volontà del legislatore di distinguere due diversi oggetti di autorizzazione », vale a dire due « forme per deferire le controversie ad arbitri ». Si trattava di un aspetto non certo secondario, ed infatti, il legislatore, nell'art. 209 nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), ha riscritto, modificandolo, il dettato della disposizione in discorso, chiarendo così che l'autorizzazione concerne l'inserimento della clausola compromissoria. Pertanto, attualmente, ai sensi del comma 3 dell'art. 209 codice contratti pubblici in vigore, « è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice ». Per altri aspetti v. *infra* nota 23. La Consulta ha ribadito quanto deciso nella sentenza sopra illustrata con la successiva pronuncia confermativa Corte cost., ord., 6 aprile-6 maggio 2016, n. 99, che si può leggere in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e in *Gazz. Uff.* 1ª Serie speciale — Corte Costituzionale — n. 19, 11 maggio 2016.

<sup>(20)</sup> V. in questi termini anche DIPACE, *Sub art. 241. Arbitrato*, in AA.VV., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini-C. Franchini-S. Vinti, in *I Codici commentati*, a cura di G. Bonilini-M. Confortini, cit., 1433.

<sup>(21)</sup> In questo senso OCCHIPINTI, *L'arbitrato amministrato delle opere pubbliche dopo la riforma introdotta dalla L. 6 novembre 2012*, in questa *Rivista*, 2013, 283 s., con riferimento all'art. 241, comma 1, previgente codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163 del 2006. Sul punto v. Corte cost., 5 marzo 1998, n. 40, in *Giur. cost.*, 1998, 495, la quale rammenta che al principio del buon andamento deve essere ispirata tanto la disciplina dell'organizzazione quanto quella

Quanto all'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice competente per rendere la motivata autorizzazione, aspetto non certo secondario, la Corte costituzionale nella sentenza del 9 giugno 2015, n. 108, non riconosce fondata la censura del remittente secondo cui la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 97 Cost., poiché attribuisce il potere di autorizzare ogni singolo arbitrato all'organo di governo, all'organo di vertice dell'amministrazione, anziché all'organo gestionale, cioè alla dirigenza, pur trattandosi di un atto di gestione connotato da discrezionalità tecnica, e non di un atto di indirizzo politico-amministrativo, da riservare all'organo di governo », violando così il principio di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, « che implica la necessità della chiara e netta separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie ». Secondo la Consulta la censura non è fondata, in quanto: « non è irragionevole » la scelta del legislatore di « affidare all'organo di governo il compito di autorizzare motivatamente il ricorso all'arbitrato nei contratti pubblici », considerata « l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere o negare l'autorizzazione », discrezionalità che « non è riconducibile alla categoria dei semplici apprezzamenti tecnici », in quanto « involge valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti », inoltre, per il suo stesso oggetto si esprime in « giudizi particolarmente delicati », perché « connessi all'esigenza di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella Pubblica Amministrazione, e dunque non inopportuno affidati all'organo di governo ». Va riconosciuto, a nostro modesto parere, che affidare l'autorizzazione al ricorso all'istituto arbitrale all'organo di governo dell'amministrazione appaltante, anziché alla dirigenza, per un verso significa, con molte probabilità, valutare e tutelare meglio l'interesse pubblico all'arbitrato nei singoli casi, anche in vista della prevenzione di corruzione e illegalità nella P.A. ma, per altro verso, è però indubbio che, affidando l'autorizzazione motivata all'organo di governo dell'amministrazione, organo politico, si sposta il baricentro dell'istituto arbitrale (ovviamente per le controversie in materia di diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici e concessioni) verso la politica <sup>(22)</sup>.

---

delle attività e delle relazioni dell'amministrazione con altri soggetti, e che i relativi procedimenti devono essere volti a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico.

<sup>(22)</sup> Con l'autorizzazione ad arbitrare « [...] oramai è il vertice politico che decide se e quando compromettere in arbitri e nomina l'arbitro di parte tra i suoi dirigenti » (così SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 211 s.); la legge anticorruzione del 2012 ha causato lo spostamento « verso la « dorsale politica » del rapporto politica-amministrazione, rappresentato in special modo dall'autorizzazione motivata dell'organo di governo » (così DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, cit., 244 s., l'espressione « dorsale politica » è di SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 211). Sulla

Circa gli aspetti di diritto intertemporale, relativi all'applicazione della suindicata norma sull'autorizzazione preventiva, in difetto di una disposizione transitoria che stabilisca l'ultrattività del previgente dettato normativo, la clausola compromissoria contrattualmente stabilita dalle parti diventa non più applicabile<sup>(23)</sup>. Come anticipato (v. *supra* nota 19), per Corte cost. 9 giugno 2015, n. 108, l'obbligo autorizzativo non determina un annullamento retroattivo delle clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, ma ne produce soltanto l'inefficacia per il futuro. Ci si interroga in merito alla sorte, in assenza di previa autorizzazione, delle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici o nei bandi di gara prima della entrata in vigore della L. 190/2012, il comma 25, dell'art. 1, della medesima legge fa espressamente salvi gli arbitrati già conferiti o autorizzati. Secondo il recente orientamento, condivisibile, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione "per i casi che non rientrano in tale espressa clausola di salvaguardia, [...] le clausole compromissorie in

---

legge anticorruzione, v., tra molti, MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 129 ss.; RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, *passim*. Sulla questione degli incerti confini tra funzioni di indirizzo e di gestione nell'ordinamento italiano v., per tutti, BATTINI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 39 ss.; CASINI L., *La (mancata) separazione tra politica e amministrazione in Italia*, in S. BATTINI-L. FIORENTINO (a cura di), *Vent'anni di « politica e amministrazione » in Italia*, Irpa Working Paper-Policy Papers Series n. 1/2014, 16; CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; D'ALESSIO G. (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Bologna, 2008; GARDINI G. (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna, 2012; MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna, 2006; TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.

<sup>(23)</sup> Come già previsto dall'art. 1, comma 25, L. n. 190 del 2012, ora recepito dall'art. 209, comma 3, D.Lgs. n. 50 del 2016, in mancanza di previa autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione, secondo l'Autorità Nazionale Anticorruzione, si verificava la sopravvenuta nullità delle clausole compromissorie, contenute nei bandi di gara precedenti l'entrata in vigore della norma, con salvezza soltanto per gli arbitrati già conferiti o autorizzati prima del 28 novembre 2012. Si noti altresì che, secondo l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac, già denominata Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) « per arbitrato conferito deve intendersi quello in cui l'ente abbia operato la designazione (con conseguente accettazione) dell'arbitro; per arbitrato autorizzato deve, invece, intendersi l'arbitro per il quale, prima dell'entrata in vigore della L. n. 190 del 2012, sia intervenuto il consenso dell'ente di appartenenza dell'arbitro, se del caso da parte dell'organo di autogoverno » (determinazione dell'Anac del 18 dicembre 2013, in *Gazz. Uff.* del 23 gennaio 2014). V. altresì la Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) n. 13, del 10 dicembre 2015, recante l'aggiornamento della Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013 (quest'ultima in *Gazz. Uff.* del 23 gennaio 2014), avente ad oggetto « Indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione », par. 3, « Profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19 sull'autorizzazione preventiva », in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) e in *Gazz. Uff.* n. 300 del 28 dicembre 2015. Sulla questione dell'inefficacia sopravvenuta e *pro futuro* delle clausole compromissorie preesistenti v., MARZOCCO, *Autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co., cit.*, 74 ss., spec. 78, 94 ss..

questione non devono considerarsi nulle *ab initio* — posto che la norma non dispone, né potrebbe disporre (in linea con l'art. 11 delle preleggi), per il passato — ma affette da mera inefficacia sopravvenuta, nel senso che i loro effetti vengono meno soltanto per il futuro, mentre restano validi quelli verificatisi nel passato. Pertanto, posto che nella Determinazione n. 6/2013 l'Avcp aveva aderito al diverso indirizzo interpretativo che qualificava come nulle le clausole in questione, si è provveduto a sostituire i riferimenti alla nullità sopravvenuta con quelli relativi all'inefficacia sopravvenuta.

Inoltre, con riferimento al significato di « arbitrato autorizzato », l'Autorità ha ritenuto di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui può ritenersi sussistente l'autorizzazione (di cui al predetto comma 25, dell'art. 1, della L. 190/2012) anche in tutte quelle ipotesi in cui la P.A. abbia comunque mantenuto comportamenti inequivoci idonei a far emergere la volontà di favorire la clausola arbitrale, anche prescindendo da una manifestazione espressa in tal senso (come, ad esempio, in caso di nomina dell'arbitro di designazione pubblica oppure di sollevamento dell'eccezione circa il difetto di competenza del giudice ordinario in favore del giudizio arbitrale). Per l'inserimento, invece, delle clausole compromissorie in contratti pubblici e bandi di gara, successivamente al 28 novembre 2012 (data di entrata in vigore della L. 190/2012), l'autorizzazione non può che essere espressa »<sup>(24)</sup>.

Ma per cercare di evitare che si profili il rischio di una irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri, per i quali è possibile dare la motivata autorizzazione (*ex art. 1, comma 19, L. n. 190 del 2012, recepito oggi dal comma 3, art. 209, D.Lgs. n. 50 del 2016*) e i contratti in corso, i cui bandi di gara contengano clausole arbitrali (pur in mancanza della suddetta autorizzazione alla data di entrata in vigore della suddetta norma) sembra suffragabile l'opinione espressa dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (nella Determinazione del 18 dicembre 2013 e nella Determinazione del 10 dicembre 2015) secondo cui è ammissibile una « autorizzazione a posteriori »<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Così espressamente la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 11.3).

<sup>(25)</sup> L'« autorizzazione postuma » pare sia necessaria anche nei casi in cui, *ex art. 810 c.p.c.*, applicabile altresì agli arbitrati nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la nomina sia effettuata dal presidente del tribunale, il quale emette « un provvedimento di volontaria giurisdizione sostitutivo di attività manchevole delle parti » e che viene equiparato a « conferimento ad opera delle parti » (in questi termini la Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) del 10 dicembre 2015, recante l'aggiornamento della Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013, cit., par. 4 « Rapporto tra la nuova disciplina dettata dal codice (dei contratti pubblici, n.d.s.) e l'art. 810 c.p.c. »). Sui profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19 della L. n. 190 del 2012 sull'autorizzazione preventiva, si rinvia alle indicazioni interpretative contenute nella sopra citata Determinazione n. 13 del 10 dicembre 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Altro problema, di non minore importanza, riguarda la valenza da attribuire alla nullità. In base alla norma (art. 209, comma 3, D.Lgs. n. 50 del 2016), infatti, « è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, nelle procedure senza bando nell'invito ». Viene da domandarsi se in assenza di autorizzazione preventiva motivata da parte dell'organo di governo della Pubblica Amministrazione (per gli arbitrati successivi all'entrata in vigore delle nuove norme) si verifichi un'ipotesi di nullità legale della convenzione arbitrale: se cioè la preventiva autorizzazione sia o meno una condizione imprescindibile per la stessa arbitrabilità della controversia. Le ricadute sono di notevole rilievo: in mancanza della suddetta preventiva autorizzazione motivata si applica la rigorosa disciplina che concerne la convenzione di arbitrato su controversia non compromettibile (la relativa eccezione rilevabile d'ufficio non è soggetta alla preclusione di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c. e l'eventuale lodo sarebbe inesistente) <sup>(26)</sup>. A differente conclusione si perviene qualora si reputi che il vizio di nullità in questione sia assoggettabile al combinato disposto degli artt. 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 1, c.p.c. e dunque alla necessità della previa eccezione di tali ipotesi di nullità nel corso del giudizio arbitrale, in modo da poter, nel caso di rigetto da parte degli arbitri della contestazione rilevata, sollevare il vizio al momento dell'impugnazione del lodo <sup>(27)</sup>.

Il dettato testuale dei commi 1 e 3 dell'art. 209 D.Lgs. n. 50 del 2016, i quali stabiliscono che le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, possano essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata dell'organo di autogoverno dell'amministrazione aggiudicatrice, a pena di nullità della clausola compromissoria, mi sembra porti a ritenere che tale previsione riguardi la stessa arbitrabilità della controversia in oggetto, stabilendo che in difetto di autorizzazione la convenzione arbitrale è colpita non da una « generica nullità » <sup>(28)</sup>, ma da quella peculiare invalidità conseguente alla non arbitrabilità della controversia. Anche motivazioni di carattere teleologico e sistematico portano a tale conclusione, più rispondente alla esigenza di salvaguardare il buon andamento dell'operato della Pubblica Amministrazione e la migliore realizzazione dell'interesse pubblico (v. *supra* in questo paragrafo).

---

<sup>(26)</sup> Così v. l'approfondito commento di ODORISIO, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, cit., 948.

<sup>(27)</sup> Se bene ho inteso, in questa ottica, pur manifestando alcuni dubbi, OCCHIPINTI, *L'arbitrato amministrato delle opere pubbliche dopo la riforma introdotta dalla L. 6 novembre 2012*, cit., 283 ss.

<sup>(28)</sup> In proposito si rinvia a ODORISIO, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, cit., 948.

4. *La composizione del collegio arbitrale e la nomina degli arbitri.* — Proseguendo nell'analisi dell'arbitrato come delineato nel nuovo codice dei contratti pubblici, va rilevata la fondamentale importanza delle disposizioni che dettano le regole in tema di composizione del collegio arbitrale e di designazione degli arbitri. Si tratta dell'art. 209, commi 4, 5, 6, 7, 8, D.Lgs. n. 50 del 2016. Le disposizioni si incastrano come le tessere di un *puzzle* e la figura centrale, che appare, è quella della Camera arbitrale. Prendiamo in esame i diversi passaggi. Ai sensi del comma 4: « il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210 ». È di tutta evidenza la portata della disposizione, che muta l'assetto normativo disciplinato nel previgente codice dei contratti pubblici (D. Lgs n. 163 del 2006 e s.m.), il quale stabiliva la facoltà per le parti di optare per un arbitrato libero/*ad hoc* (non amministrato) e di nominare non soltanto gli arbitri di parte, ma anche il terzo arbitro, presidente del collegio, di comune accordo, e solo qualora tale accordo sulla designazione del terzo arbitro presidente del collegio arbitrale mancasse, veniva devoluto alla Camera arbitrale, in via sussidiaria, il compito di designare il terzo arbitro, scelto tra gli iscritti in un apposito albo tenuto dalla Camera arbitrale, e l'arbitrato era amministrato dalla stessa Camera arbitrale (artt. 242 e 243, D.Lgs n. 163 del 2006 e s.m.)<sup>(29)</sup>. In base al vigente nuovo Codice dei contratti pubblici, invece, l'arbitrato, come anticipato, diventa obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210.

Inoltre, sempre secondo il dettato del sopra citato comma 4, « ciascuna delle parti », nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, deve designare l'arbitro di propria competenza, scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Con un distinguo, però, subito precisato nel successivo comma 5, secondo cui se la controversia si svolge tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte « sono individuati » tra i dirigenti pubblici. Invece, quando la controversia abbia luogo tra una Pubblica Amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla P.A. va scelto « preferibilmente » tra i dirigenti pubblici. In ambedue le ipotesi, è prevista una « valvola di sicurezza », infatti « qualora l'Amministrazione, con atto motivato, ritenga di non procedere alla designazione dell'arbitro nell'ambito dei dirigenti pubblici, la nomina è compiuta nell'ambito degli iscritti all'albo », tenuto dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210 nuovo c.c.p., a pena di nullità del lodo *ex art. 209, comma 7, nuovo c.c.p.* <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> LOMBARDINI, *Articolo 242 c.c.p., Articolo 243 c.c.p.*, in *Arbitrati speciali, Commentario* diretto da Federico Carpi, 2ª ed., cit., rispettivamente, 429 ss., 465 ss.

<sup>(30)</sup> Il comma 7 dell'art. 209 nuovo c.c.p. recita: « La nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo ». Cfr. Cass., 18 dicembre 2015, n. 25525, in *Guida dir.*, n. 12/2016, 72.

Va rilevato, positivamente, che, in merito alla designazione degli arbitri, il nuovo codice dei contratti pubblici, in conformità con quanto già stabilito dalla Legge anticorruzione (l. n. 190 del 2012), ha disposto, al comma 5 dell'art. 209, che, per risolvere una controversia in cui è parte una Pubblica Amministrazione, la nomina degli arbitri deve essere compiuta rispettando i principi di pubblicità e rotazione e osservando le disposizioni normative del nuovo codice dei contratti pubblici<sup>(31)</sup>. Sul punto merita di essere segnalata la dettagliata disciplina attuativa, elaborata di recente dalla Camera arbitrale nel suo Comunicato n. 2 del 28 aprile 2016, che regola in modo particolareggiato la « Procedura informatica per la nomina del terzo arbitro », volta a prevedere rigorose procedure di sorteggio e a garantire un'equa rotazione degli incarichi attribuiti dalla Camera arbitrale per la nomina a terzo arbitro, presidente del collegio<sup>(32)</sup>. A titolo esemplificativo, il procedimento di estrazione è pubblico ed entro le 48 ore successive alle estrazioni le parti hanno facoltà, con atto riservato da depositare in segreteria, di comunicare alla Camera arbitrale eventuali motivate controindicazioni alla nomina di uno o più degli arbitri estratti (tale termine dilatorio viene però omesso se le parti per ragioni di urgenza chiedono congiuntamente l'immediata nomina del terzo arbitro, ovvero il Consiglio della Camera arbitrale, motivando, si determina per la nomina immediata). Ancora, è ribadito che la scelta del terzo arbitro terrà conto della natura delle problematiche prevalenti coinvolte nella controversia e della "competenza" personale, avuto riguardo alle attitudini rivelate da studi scientifici o derivanti dalla particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. In ogni caso la nomina dell'arbitro designato « rimane comunque condizionata alla verifica, con una o più delle modalità consentite, dei requisiti di cui all'art. 209, comma 6, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ».

La *ratio*, evidente, è costituita dall'esigenza di tutela della Pubblica Amministrazione e di trasparenza. Dunque, come si diceva, le parti

---

<sup>(31)</sup> V. la Delibera n. 831 del 3 agosto 2016 Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), 26. Si consideri che, in tema di competenza e cause di incompatibilità, ai sensi dell'art. 3, nuovo codice deontologico, gli arbitri, quando accettano la designazione effettuata dalla parte e comunque la nomina da parte della Camera arbitrale, devono accertarsi di « non trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 209, comma 6, del Decreto Legislativo n. 50/2016, e neppure, per le figure professionali di cui all'art. 209, comma 5, del suddetto Decreto legislativo, [dirigente pubblico] in una situazione tale da non poter garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 2, comma 2, del codice deontologico » (sul codice deontologico v. *infra* in questo paragrafo).

<sup>(32)</sup> V. il Comunicato della Camera arbitrale n. 2 del 28 aprile 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (che sostituisce il Comunicato del presidente della Camera arbitrale n. 34 del 2012), di modifica della disciplina della procedura informatica per la nomina del terzo arbitro in modo da conformarla al sopravvenuto D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici. Sul punto v. anche il Comunicato della Camera arbitrale n. 8 del 19 ottobre 2016 (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) sulle « Modalità di adesione e di svolgimento del procedimento pubblico di estrazione per la nomina del terzo arbitro ».



designano l'arbitro di loro competenza come sopra delineato, ma il presidente del collegio arbitrale è designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 dell'articolo 210, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce (così il comma 4 dell'art. 209, D.Lgs. n. 50 del 2016).

I soggetti che possono essere iscritti all'albo degli arbitri della Camera arbitrale sono dettagliatamente elencati nel comma 7 dell'art. 210 del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016), fermo restando quanto disposto dall'articolo 1, comma 18, Legge 6 novembre 2012, n. 190 (ai sensi del quale è vietata la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie (sul punto v. *infra* in questo paragrafo). Pertanto possono essere iscritti all'albo degli arbitri della Camera arbitrale i soggetti appartenenti alle seguenti categorie: *a*) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione; *b*) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi; *c*) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il legislatore, permettendo l'iscrizione all'albo degli arbitri camerali dei « tecnici in possesso di laurea in ingegneria e architettura », nonché dei « professori universitari di ruolo nelle materie [...] tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni » (a questi ultimi è richiesta « provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture »), valorizza le competenze tecniche dei soggetti che potranno essere designati arbitri e pare quasi aver pensato ad un « giudice su misura »<sup>(33)</sup>.

Alla norma sopra illustrata fa da *pendant* il dettato normativo di cui al comma 6 dell'art. 209 nuovo c.c.p., lett. a), b), c), d), e), f), g), il quale,

---

<sup>(33)</sup> L'espressione è di CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 77. Il punto è trattato da PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1 ss., spec. 2, con riferimento all'art. 242, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici, riflessioni di cui mi avvalgo, perché ancora valide (cfr. l'art. 210, comma 7, del vigente codice): « L'arbitro, in confronto con il giudice professionale, si potrebbe chiamare « un giudice su misura », che appunto non viene individuato come i giudici dello Stato secondo le regole di rotazione delle funzioni giudicanti all'interno dell'ufficio giudiziario, ma è scelto dalle parti anche per le sue qualità professionali e talvolta per la sua specializzazione anche tecnica. L'arbitro è, dunque, un « giudice su misura », che può essere scelto per la soluzione di controversie che coinvolgono problematiche di ordine tecnico. E che questo possa accadere nella pratica è oltre tutto dimostrato dalle norme positive che riguardano quella particolare categoria di controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee. Mi riferisco più precisamente all'art. 242, comma 5, del Codice dei contratti pubblici [...] ».

mantenendo fermo quanto stabilito dall'articolo 815 c.p.c., enuncia i casi in cui non possono essere nominati gli arbitri (parrebbe quindi né gli arbitri di parte, né il terzo arbitro presidente del collegio arbitrale). Sembra utile segnalare che la prima disposizione, la lett. *a*) del comma 6, della disposizione in esame, in conformità con quanto stabilito dall'art. 1, comma 18, L. n. 190 del 2012, introduce una modifica, già auspicata in dottrina per assicurare l'imparzialità e terzietà del giudicante <sup>(34)</sup>: statuisce infatti il divieto di designare come arbitri (dunque sia come arbitri di parte, sia come terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo, nonché gli avvocati e procuratori dello Stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie. Dunque, ai sensi della nuova disposizione, anche i magistrati e gli avvocati dello Stato a riposo e non più solo quelli in servizio, a pena di nullità del lodo, non possono essere nominati arbitri e, qualora la designazione fosse comunque compiuta, in violazione del citato comma 6, parrebbe applicabile l'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c. Se si considera altresì che, ai sensi dell'art. 209, comma 5, come si diceva, quando la controversia ha luogo tra due pubbliche amministrazioni gli arbitri di parte sono individuati tra i dirigenti pubblici, e che qualora la controversia si svolga tra una Pubblica Amministrazione e un privato l'arbitro della Pubblica Amministrazione è scelto « preferibilmente » tra i dirigenti pubblici, pare evidente che l'asse del collegio arbitrale si sposta « dalla magistratura alla dirigenza pubblica » <sup>(35)</sup>.

Gli altri casi di incompatibilità, elencati nel comma 6 dell'art. 209 nuovo c.c.p., che precludono la nomina ad arbitro sono: — l'aver esercitato nell'ultimo triennio le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 209 c.c.p. (e, dunque, attinenti alle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di appalti pubblici e di contratti di concessione), « ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico » (lett. *b*); — l'aver, prima del collocamento a riposo, trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o

---

<sup>(34)</sup> Sull'argomento, in una prospettiva critica, con riferimento all'allora vigente codice dei contratti pubblici, specialmente con riguardo alla designazione come arbitri di avvocati dello Stato, sia permesso rinviare a LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, cit., 105 ss. Secondo un'attenta dottrina sarebbe stata auspicabile un'interpretazione più rigorosa, volta ad estendere il divieto anche ai magistrati e agli avvocati dello Stato a riposo (ODORISIO, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, cit., 942), come è avvenuto nel recente codice dei contratti pubblici.

<sup>(35)</sup> Così DI CRISTINA, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*, cit., 244; sul punto v. altresì, ampiamente, SANDULLI A., *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, cit., 212, il quale rileva: « ciò (assieme alla « autorizzazione » ad arbitrare [autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice/appaltante, ex art. 209, comma 3, nuovo c.c.p., n.d.s.]) rafforza il nesso tra politica e amministrazione su questo nuovo versante delle controversie arbitrali, dal momento che oramai è il vertice politico che decide se e quando compromettere in arbitri e nomina l'arbitro di parte tra i suoi dirigenti ».

contabile, presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato (lett. c); — l'aver espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato (lett. d) (propenderei per l'applicabilità della disposizione, in via analogica, anche al procedimento di accordo bonario, *ex artt.* 205 e 206 nuovo c.c.p., o in quello dinanzi al collegio consultivo tecnico, introdotto *ex novo* dall'art. 207 nuovo c.c.p.). Non possono essere nominati arbitri, attesa la loro posizione di potenziale conflitto di interessi, anche « coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso » (lett. e); « coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie » (f); e « coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato » (g), norma che mi sembra configurare una valvola di sicurezza del sistema, volta a cercare di precludere la nomina di qualsiasi soggetto, i cui incarichi pregressi possano pregiudicare la sua imparzialità e l'indipendenza come arbitro.

Tali regole di incompatibilità per la nomina ad arbitro, ricavabili dalle disposizioni suindicate, operano anche per le nomine compiute dalle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, secondo la previsione introdotta dall'art. 1, commi 22-24, L. n. 190/2012 e fatta salva dall'art. 209, comma 5, nuovo c.c.p., alla cui osservanza le amministrazioni sono tenute con obbligo diversamente graduato a seconda della natura della controparte in lite, fermi restando altresì in ogni caso gli obblighi di pubblicità, trasparenza e rotazione nelle nomine stesse, qualora non facciano uso, con atto motivato, della facoltà loro lasciata dalla norma di procedere alla nomina con scelta compiuta nell'ambito dell'albo. « In proposito, peraltro, si ritiene di dover segnalare l'opportunità che le amministrazioni procedano alle nomine di loro competenza individuando il dirigente pubblico da designare, specialmente nei casi in cui la controversia sia insorta con un soggetto privato, all'interno di un comparto di inquadramento del personale pubblico diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite. Criterio, quello prospettato, del resto, di facile attuabilità, considerato che in dieci casi su undici per quanto concerne i lodi amministrati depositati nel 2015, la parte pubblica era un ente operante in ambito locale infra-regionale (e per i lodi liberi, la percentuale è invece quest'anno leggermente più bassa, pari a circa i due terzi) » <sup>(36)</sup>.

La nomina del collegio arbitrale compiuta in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 209 nuovo c.c.p., sopra illustrate, determina la nullità del lodo arbitrale, ai sensi del comma 7 del medesimo art. 209 <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13).

<sup>(37)</sup> Cfr. Cass., 18 dicembre 2015, n. 25525, in *Guida dir.*, n. 12/2016, 72.

Con riferimento alla durata, l'iscrizione nell'albo degli arbitri, tra cui la Camera arbitrale sceglie obbligatoriamente il terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale, così come quella nell'elenco dei periti (per la nomina a consulenti tecnici nei giudizi arbitrali) <sup>(38)</sup>, « ha validità triennale e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza del triennio » <sup>(39)</sup>. Durante il periodo di appartenenza all'albo degli arbitri e

---

<sup>(38)</sup> Sono iscritti nell'elenco dei periti tenuto sempre dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, istituita presso l'Anac, ex art. 210, comma 8, nuovo c.c.p., « i soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale di almeno cinque anni, con relativa iscrizione all'albo professionale, se richiesta ». Va osservato che le novità normative, contenute nel comma 8, dell'art. 210, sono due. « Nel nuovo testo è venuta meno la delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco operata, come nel testo precedente, con espresso riferimento alla categoria dei tecnici individuati per l'esercizio della funzione arbitrale con l'aggiunta dei dottori commercialisti; ora si tratta solo di soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività (e questa è la seconda innovazione, rispetto al precedente limite decennale), con relativa iscrizione all'albo se richiesta. Anche per il 2015 è stata confermata la tendenza per la quale le concrete nomine nelle funzioni in oggetto ricadono in prevalenza più o meno marcata, per il terzo arbitro, su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (tutte le nomine, salvo una); per il consulente d'ufficio, su soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche ». Così, espressamente, v. la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica, 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13). In argomento v. anche il recente Comunicato della Camera arbitrale n. 6 del 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), « Iscrizione all'albo degli arbitri e all'elenco dei periti ai sensi del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50. Modalità di presentazione delle domande ». Sulla operatività della consulenza tecnica nell'arbitrato, v. di recente, PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, cit., 1 ss., spec. 2 ss., su cui cfr. *supra* nota 33; AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in questa *Rivista*, 2015, 757 ss.; BRIGUGLIO, *La consulenza tecnica in arbitrato tra « soft law » e questioni irrisolte ma risolubili*, *ivi*, 2015, 763 ss.; BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 613 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 445 ss.; VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in questa *Rivista*, 1993, 183 ss.; RICCI F.G., *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, in questa *Rivista*, 2013, 621 ss.; BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 961 ss., spec. 996 ss., in particolare v. i paragrafi: Nozione e profili di ammissibilità della consulenza tecnica; La figura del consulente e lo svolgimento della consulenza; Poteri del giudice privato; TIZI, *Vessatorietà della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario dei periti-arbitri indipendente dall'esito della controversia* (nota a Cass., III 30 giugno 2015, n. 13312), in questa *Rivista*, 2015, 723 ss.; ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, in questa *Rivista*, 2015, 769 ss.

<sup>(39)</sup> In proposito va registrato che « anche l'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla tenuta dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali può essere assunto come dato a conferma della declinante « fortuna » e comunque della situazione di sostanziale stasi in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici. Tenuto conto dell'elemento normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albi è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione, art. 242, comma 9, del *Codice*), in effetti, nel 2015 le « uscite » dal sistema non sono state compensate dalle « entrate ». Ciò con numeri più evidenti per gli arbitri che per i periti: l'albo degli arbitri, infatti, ha visto 126 cancellazioni (di cui 5 per mancanza dei requisiti) a fronte di sole 39 nuove iscrizioni nell'ultimo anno; l'elenco dei periti ha visto, invece, 59 cancellazioni a fronte di sole 11 nuove iscrizioni nel 2015 » (in questi termini, v. la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13).

Già questi primi dati, dunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione caratterizzata da una sorta di « fuga » dall'arbitrato », e chi scrive auspica vi sia a breve una

all'elenco dei periti e nei successivi tre anni « i soggetti iscritti all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte » (art. 210, comma 10, nuovo c.c.p.)<sup>(40)</sup>, facendo salvi i casi di ricusazione di cui all'articolo 815 c.p.c. (art. 210, comma 11, nuovo c.c.p.). La *ratio* della norma (che costituisce però purtroppo di fatto una *lex sine poena*) è ravvisabile nell'esigenza di limitare ulteriormente la possibile contiguità tra il presidente del collegio arbitrale e i compromittenti<sup>(41)</sup>.

Per essere inseriti nell'albo degli arbitri o nell'elenco dei periti tenuti dalla Camera arbitrale, *ex* comma 9 art. 210 nuovo c.c.p., i soggetti sopra indicati devono proporre domanda corredata da *curriculum* e da adeguata documentazione attestante il possesso dei requisiti.

Altra innovazione positiva, e non certo di secondaria importanza, riguarda il fatto che il nuovo codice dei contratti pubblici ha demandato alla Camera arbitrale dei contratti pubblici il compito di emanare un nuovo Codice deontologico degli arbitri (sull'applicazione e sul rispetto del codice da parte degli arbitri sarà la medesima Camera poi a vigilare).

La Camera arbitrale ha redatto il nuovo Codice deontologico in base all'art. 210 nuovo c.c.p.: esso sostituisce le norme sul codice deontologico degli arbitrati camerali contenute al punto II.4 del Comunicato dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 29 novembre 2000. Sul tema si veda il recente Comunicato della Camera arbitrale n. 4 del 19 maggio 2016, « Codice deontologico degli arbitri camerali (art. 210, comma 2, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50) »<sup>(42)</sup>.

---

diffusa inversione di tendenza con un ritorno *al favor* per l'arbitrato e ad una intensificazione dell'utilizzo dello strumento arbitrale come utile rimedio deflattivo.

<sup>(40)</sup> È utile richiamare, in proposito, il Comunicato n. 32 del presidente della Camera arbitrale, deliberato nella seduta del 7 luglio 2011, verbale n. 344, in *www.anticorruzione.it*, in cui, con riferimento alle ipotesi di incompatibilità previste nel precedente codice di contratti pubblici (ma presenti anche nel nuovo codice) si afferma che in caso di violazione delle ipotesi di incompatibilità si configurano casi di nullità relativa e non una nullità assoluta, « [...] come tali sanabili con il consenso delle parti litiganti o dei loro procuratori, ove muniti dei relativi poteri ». Cfr., in argomento, Tizi, *Vessatorietà della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario dei periti-arbitri indipendente dall'esito della controversia* (nota a Cass., III 30 giugno 2015, n. 13312), cit., 723 ss., secondo cui il nuovo c.c.p. « prevede l'impugnazione del lodo per vizi di costituzione del giudicante a prescindere dalla previa deduzione di parte del relativo motivo di invalidità nel corso del giudizio ».

<sup>(41)</sup> La disposizione di cui all'art. 210, comma 10 nuovo c.c.p. (che manca nell'arbitrato *ad hoc*), estendendo l'impedimento anche ai tre anni successivi al periodo di appartenenza all'albo camerale, « ha lo scopo di evitare che un particolare rapporto dell'arbitro con una delle parti del giudizio di tipo professionale, ancorché successivo alla pronuncia del lodo, possa far sorgere il dubbio circa la presenza di un legame già durante la pendenza del giudizio », così condivisibilmente Tizi, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, cit., 391.

<sup>(42)</sup> Da leggersi in *www.anticorruzione.it*. All'art. 14 del nuovo Codice deontologico si prevede che il medesimo codice « entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nel sito della Camera arbitrale all'interno del sito internet dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (*www.anticorruzione.it*) ».

Gli arbitri iscritti all'Albo camerale si impegnano a svolgere l'incarico arbitrale loro affidato in conformità alle disposizioni del suindicato Codice deontologico, che accettano espressamente ed integralmente al momento dell'accettazione della designazione o della richiesta di iscrizione all'Albo. In linea con gli indirizzi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione vi è stata una « specificazione dei connotati di integrità, imparzialità e responsabilità, che devono caratterizzare l'operato degli arbitri e dei loro ausiliari, al fine di realizzare una più certa condizione di distanza tra arbitri e parti e di incrementare la qualità professionale nella gestione delle procedure »<sup>(43)</sup> e sono stati rafforzati gli elementi intesi a garantire la traspa-

---

In sintesi, il Codice Deontologico si compone di 14 articoli, che può essere utile elencare: I. Regole generali: Articolo 1 — Ambito di applicazione e accettazione del Codice deontologico; Articolo 2 — Valori e principi fondamentali del Codice deontologico; Articolo 3 — Competenza e cause di incompatibilità; Articolo 4 — Disponibilità e diligenza; Articolo 5 — Rapporti con la stampa. II. Obblighi di indipendenza, imparzialità e correttezza in particolare: Articolo 6 — Indipendenza; Articolo 7 — Imparzialità e divieto di comunicazioni unilaterali; Articolo 8 — Correttezza; Articolo 9 — Riservatezza. III. Comportamento nel giudizio arbitrale: Articolo 10 — Efficienza; Articolo 11 — Collegialità. IV. Disposizioni finali: Articolo 12 — Rapporto del Codice con altre norme; Articolo 13 — Vigilanza sull'applicazione del Codice.

<sup>(43)</sup> V., testualmente, Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2015*, Roma, Senato della Repubblica, 14 luglio 2016 (cap. 13). In merito alla presunta indipendenza e, quindi, imparzialità del presidente del collegio arbitrale, nominato dalla Camera arbitrale, così come relativamente alla nomina dell'arbitro di parte pubblica (individuato tra i dirigenti pubblici qualora la controversia abbia luogo tra due Pubbliche Amministrazioni, e « preferibilmente » tra i dirigenti pubblici qualora la controversia si svolga tra una Pubblica Amministrazione e un privato (art. 209, comma 5, nuovo c.c.p.) si rinvia alle riflessioni e ai dubbi esposti nel par. 1, par. 4 e par. 5, e, più ampiamente, se si vuole, con riferimento alla celebre pronuncia del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003, qui citata nella nota 9, al mio, *La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici*, cit., 1577 ss., nonché Id., *Il nuovo assetto dell'arbitrato nei lavori pubblici ex art. 5, comma 16-sexies, L. n. 80 del 2005*, cit., 225 ss. In estrema sintesi, il Consiglio di Stato nella pronuncia n. 6335 del 2003 riconosce che la Camera arbitrale per i contratti pubblici, sotto un profilo strutturale, era (ed è) un organo amministrativo interno all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (oggi Anac: v. l'art. 213, comma 11, nuovo c.c.p. « Presso l'Autorità opera la Camera arbitrale per i contratti pubblici ») (pur non essendo a quest'ultima gerarchicamente sottoposta e, dunque, « operando in piena autonomia ed indipendenza ») e che entrambe si trovano, a loro volta, all'interno del Ministero dei lavori pubblici (anche se non sono in rapporto organico con esso), e dunque « della Pubblica Amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa del giudizio arbitrale ». Pertanto, la Camera arbitrale non pare connotata da terzietà ed equidistanza rispetto alle parti litiganti, requisiti necessari per nominare il presidente del collegio (in argomento LOMBARDINI, *Articolo 242 c.c.p.*, in *Arbitrati speciali*, *Commentario* diretto da Federico Carpi, 2<sup>a</sup> ed., cit., 439 s., cui si rinvia anche per la bibliografia *ivi* citata). È stato poi palesato che la Camera arbitrale non fosse (e non sia) un soggetto terzo e *super partes*, in quanto essendo per legge istituzionalmente deputato a curare gli interessi della parte pubblica (appaltante), sarebbe stato portato a designare come terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale, « chi appare più sensibile a tali interessi » (sulla questione del rapporto tra soggetto designatore dell'arbitro e imparzialità di quest'ultimo e, quindi, della necessaria estraneità del designatore ai fini dell'imparzialità dell'arbitro designato nonché, di riflesso, del collegio, v. ampiamente, LUISO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 349 ss.; sulla necessaria equidistanza dell'arbitro dalle parti, v. ancora, LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2015, 149 ss., spec. 150; BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, in questa *Rivista*, 1992, 101 ss.; conformemente sul punto, v., di recente, le riflessioni di TIZI, *La*

renza (su cui v. anche *infra* paragrafo 8). Infatti, ai sensi dell'art. 2. del Codice deontologico, i componenti dei collegi arbitrali nello svolgimento delle loro funzioni devono rispettare i principi di indipendenza, imparzialità, correttezza, riservatezza e disinteresse personale, nonché, consapevoli della rilevanza pubblica delle funzioni svolte e dei relativi compiti e responsabilità, essi devono tenere « comportamenti tali da salvaguardare e promuovere la reputazione dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie nei contratti pubblici e la fiducia degli operatori pubblici e privati nei confronti dello stesso »<sup>(44)</sup>. Non solo, ma ai sensi del

---

*costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, cit., 382 s.: l'a., richiamando quanto affermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia del 17 ottobre 2003, n. 6335, osserva « La possibilità che l'organo giudicante promani, in tutto o in parte da un soggetto terzo rende, dunque, evidente come i contendenti possano essere espropriati, purché su di un piano di parità, del potere di nominare direttamente tutti o alcuni membri del collegio arbitrale, delimitando, in tal modo, il principio dell'uguale trattamento delle parti nel senso di non ricomprensivi il diritto di ogni contendente a partecipare attivamente alla costituzione dell'organo giudicante ». Alla luce di quanto sopra, considerato che, anche ai sensi dell'art. 209, comma 4, nuovo c.c.p., il presidente del collegio « è designato dalla Camera arbitrale », può dunque sussistere un ragionevole dubbio sulla sua equidistanza rispetto alle parti della lite, e, quindi sulla sua imparzialità, come rilevato dal Consiglio di Stato nella citata pronuncia n. 6335 del 2003, pur se con riferimento al previgente codice dei contratti pubblici.

Va riconosciuto che il recente codice deontologico (cfr. la nota successiva) insiste sul requisito dell'imparzialità dell'arbitro e anche, opportunamente, sul valore della collegialità, ma, come dire, a valle, perché a monte resta il *vulnus* della designazione del presidente del collegio effettuata dalla Camera arbitrale. Inoltre vi è un ultimo aspetto da rilevare. Se è vero che il nuovo codice dei contratti pubblici (all'art. 209 commi 4, 5, 6, 7 e all'art. 10, commi 4, 7, 9, 10, 11, in particolare) richiede il possesso dei requisiti di indipendenza, imparzialità e correttezza agli arbitri, è altrettanto vero che tali requisiti sono riferiti e richiesti agli arbitri intesi come « singoli componenti » il collegio arbitrale (Tizi, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, cit., 385). Sembra, a chi scrive, che il legislatore abbia dato per scontato l'effetto sommatorio, per cui se i singoli arbitri designati possiedono i requisiti di indipendenza, integrità e imparzialità, anche il collegio arbitrale sarà indipendente e imparziale. Ma, come ci ricorda Rousseau nel *Contrat social*, la « *volonté de tous* » (somma delle singole volontà) non coincide con la « *volonté générale* » (la quale persegue il bene comune), che, nell'ipotesi in esame, consiste nell'imparzialità dell'organo giudicante, tanto più se, come si diceva, è la Camera arbitrale a scegliere il presidente del collegio arbitrale.

<sup>(44)</sup> Gli obblighi di indipendenza, imparzialità e correttezza sono ribaditi negli artt. 6 e 7 del Codice deontologico, che vale la pena di richiamare nei loro punti essenziali: art. 6. 1. Gli arbitri garantiscono e difendono l'indipendente svolgimento delle loro funzioni per tutta la durata del procedimento arbitrale. 2. Nell'assunzione delle decisioni, essi respingono eventuali pressioni indebite ed evitano di creare posizioni di privilegio, ispirandosi a criteri di trasparenza. 3. Gli arbitri non accettano incarichi né espletano attività in grado di compromettere il pieno e corretto svolgimento delle proprie funzioni ovvero che, per la natura, la fonte o le modalità di conferimento, possano comunque condizionarne l'indipendenza o comportare un danno all'immagine del collegio. Sono fatte salve, in ogni caso, le norme sul divieto di incarichi professionali di cui all'art. 210, comma 10, del Decreto Legislativo n. 50/2016. 4. Gli arbitri valutano con il massimo rigore l'esistenza di ragioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità, fermo il dovere di astenersi nei casi di incompatibilità previsti dal suddetto Decreto Legislativo. L'articolo 7 sull'imparzialità e sul divieto di comunicazioni unilaterali recita: 1. Gli arbitri operano con imparzialità ed evitano di avvantaggiare una delle parti con trattamenti di favore. 2. A tal fine gli arbitri non intrattengono con soggetti coinvolti nella, o interessati dalla, attività svolta dal collegio rapporti tali da potere influire sulla propria autonomia di giudizio o comunque tali da compromettere la propria imparzialità. 3. In particolare, ciascun arbitro si astiene dall'effettuare, in qualunque fase del procedimento, qualsiasi comunicazione unilaterale

successivo art. 3 sulla competenza e le cause di incompatibilità, gli arbitri, quando accettano la designazione effettuata dalla parte e comunque la nomina da parte della Camera arbitrale, devono accertarsi sia di potere svolgere il proprio incarico « con la competenza richiesta dalla loro funzione giudicante e dalla materia oggetto della controversia », sia di « non trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 209, comma 6, del Decreto Legislativo n. 50/2016, né, per le figure professionali di cui all'art. 209, comma 5, del suddetto Decreto legislativo, in una situazione tale da non poter garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 2, comma 2, del presente Codice », vale a dire che « nello svolgimento delle loro funzioni essi rispettano i principi di indipendenza, imparzialità, correttezza, riservatezza e disinteresse personale e assicurano la piena osservanza delle regole disposte dagli articoli da 6 a 9 del presente Codice, previo puntuale accertamento degli elementi giuridici e di fatto rilevanti in relazione alla propria pregressa o attuale posizione professionale ».

Il nuovo Codice deontologico, nelle Disposizioni finali, non manca di precisare il « Rapporto del Codice con altre norme ». All'art. 12 si legge che « il presente Codice non può essere in alcun modo interpretato come recante deroga alle disposizioni di legge applicabili e, in particolare, agli artt. 209 e 210 del Decreto Legislativo n. 50/2016, e, ove del caso, alle norme del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, nonché, se emanati, ai codici di comportamento delle singole amministrazioni di appartenenza ».

È da salutare con favore altresì la regolamentazione volta ad introdurre l'obbligo di *disclosure* o dichiarazione di indipendenza (rispetto alle parti e ai loro difensori, e alla materia del contendere), resa dagli arbitri al momento dell'accettazione dell'incarico (sotto il controllo della Camera arbitrale), al fine ultimo di cercare di assicurare la loro totale neutralità. L'obbligo di dichiarazione di indipendenza per gli arbitri non è stato disciplinato nel nuovo codice dei contratti pubblici, ma in un recente

---

ad una delle parti o ad uno dei suoi difensori. In merito alla correttezza (art. 8) si afferma che gli arbitri non devono avvalersi del proprio ruolo per ottenere benefici o privilegi e non possono accettare, per sé o per altri, vantaggi, regali o altre utilità da parte di soggetti in qualsiasi modo interessati all'attività svolta dagli arbitri; l'obbligo di riservatezza, strettamente correlato al precedente, significa da un lato che gli arbitri non forniscono informazioni sul contenuto di attività istruttorie in corso e in merito a decisioni da assumere prima che esse siano state formalmente comunicate alle parti, dall'altro che essi non utilizzano indebitamente le informazioni di cui dispongono in ragione delle funzioni svolte (art. 9). Infine, è richiamato il valore della collegialità (art. 11). I membri dei collegi arbitrali ispirano il proprio comportamento a criteri di lealtà reciproca e collegialità, per cui essi si adoperano, per quanto possibile, per il raggiungimento di una decisione unanime con esiti di giustizia per tutte le parti della controversia, rimanendo impregiudicata la facoltà per un arbitro di dissentire motivatamente da una decisione che trova gli altri due arbitri d'accordo. In tal caso, essi debbono assicurare che la motivazione delle decisioni esponga fedelmente le ragioni della determinazione collegiale. In definitiva, essi devono evitare qualsiasi atteggiamento ostruzionistico o non collaborativo, garantendo comunque una piena partecipazione alla fase di deliberazione del lodo.



Comunicato della Camera arbitrale per i contratti pubblici, in linea con quanto già fatto da molte camere arbitrali italiane e straniere <sup>(45)</sup>. Si tratta di un profilo di particolare rilevanza, già contemplato non solo nei regolamenti (in altri settori) di numerose camere arbitrali italiane o straniere, ma pure in diversi codici deontologici (v. art. 7 del reg. arb. della Camera arbitrale di Milano) <sup>(46)</sup>, art. 2.3 (e 2.4) del codice di deontologia arbitrale dell'Aia e in molti codici etici, in particolare statunitensi <sup>(47)</sup>.

5. Segue: *i compensi degli arbitri*. — Il segmento normativo del nuovo codice dei contratti pubblici dedicato alle spese per il giudizio arbitrale, ex art. 209, comma 8, comma 12, e commi 16-21 (in particolare le disposizioni che determinano il *quantum* dei compensi per gli arbitri ed eventualmente delle spese e compensi per la consulenza tecnica), è molto

---

<sup>(45)</sup> V. il recente Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15 giugno 2016, «Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, D.Lgs. 18.4.2016, n. 50», in cui si legge che:

«[...] il Consiglio della Camera arbitrale ha deliberato:

1. Il presidente nominato e i componenti del collegio arbitrale designati, rispettivamente, dalla Camera arbitrale e dalle parti del procedimento arbitrale devono trasmettere alla Camera arbitrale, prima della costituzione del collegio stesso, in occasione dell'eventuale accettazione della nomina, una dichiarazione del seguente tenore: «dichiaro di non versare in nessuna delle situazioni di incompatibilità alla nomina di cui all'art. 815 c.p.c. e agli artt. 209, c. 6, e 210, c. 10, D.Lgs. n. 50/2016; e di aver preso visione e di accettare il Codice deontologico degli arbitri camerale redatto ai sensi dell'art. 210, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016». L'anzidetta dichiarazione costituisce condizione per il perfezionamento della procedura di nomina demandata alla Camera arbitrale».

<sup>(46)</sup> Nell'art. 7 Codice deontologico dell'arbitro della Camera arbitrale di Milano (al momento in cui si scrive reperibile in [www.camera-arbitrale.it](http://www.camera-arbitrale.it)) si precisa che il successivo accertamento di eventuali fatti, circostanze o rapporti che avrebbero dovuto essere dichiarati dall'arbitro (nella sua dichiarazione scritta di imparzialità o indipendenza) può essere valutato dalla Camera arbitrale «come causa di sostituzione dell'arbitro anche d'ufficio nel corso del procedimento e di non conferma in un nuovo procedimento». Sul tema v. COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 2, 246 ss.; più in generale v., in argomento, PELLEGRINELLI, *Può dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?*, in questa *Rivista*, 2016, 553 ss.

<sup>(47)</sup> V. in proposito le *IBA Rules (Rules of ethics for international arbitrators)*, pubblicate nel 1987 dall'*International Bar Association*, in *Yearbook of commercial arbitration*, XII, Deventer (Netherlands), 1987, 199 ss.; v. anche il «Second Draft», 22 agosto 2003, intitolato «*IBA Guidelines on Impartiality, Independence and Disclosure in International Commercial Arbitration*», predisposto dal gruppo di lavoro «*Arbitration & ADR*» dell'*Iba* e reperibile, al momento in cui si scrive, all'indirizzo internet: [www.ibanet.org/CommitteePDFs/SBL-D\\_Final\\_Second\\_Draft\\_IBA\\_Guidelines.pdf](http://www.ibanet.org/CommitteePDFs/SBL-D_Final_Second_Draft_IBA_Guidelines.pdf); v. altresì il *Code of ethics for arbitrators in commercial disputes*, predisposto da un comitato congiunto tra *Aaa* e *Aba (American Bar Association)*, *Yearbook of commercial arbitration*, X, Deventer (Netherlands), 1985, 131 ss. (e per una traduzione italiana v. GRANDE STEVENS, *Codice deontologico per gli arbitri in controversie commerciali*, in *Rass. forense*, 1990, 296 ss., in appendice a «*Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*», 284 ss.), in cui nella *Introductory Note* si afferma che «an arbitrator should disclose any interest or relationship likely to affect impartiality or which might create an appearance of partiality or bias»; SHORE, *Disclosure and Impartiality: An Arbitrator's Responsibility vis-à-vis Legal Standards*, in *Dispute Resolution Journal*, Feb-Apr 2002, Vol. 57, Issue 1, 32 ss.

dettagliato sull'argomento <sup>(48)</sup>. Lo scopo è di stabilire un tetto ai compensi dovuti, forse perché, quello dei compensi, è un punto cruciale, da cui dipende il maggiore o minore ricorso all'istituto arbitrale nei contratti pubblici <sup>(49)</sup>.

Consideriamo, pertanto, in sintesi, la sequenza dei passaggi più importanti, tenendo presente soprattutto la tempistica. Già contestualmente alla nomina del presidente del collegio la Camera arbitrale comunica alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi a titolo di acconto del corrispettivo arbitrale, ai sensi del comma 8, art. 209 nuovo c.c.p. (v. sul punto il recente Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15 giugno 2016, « Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 » (citato alla nota 56), con l'indicazione delle conseguenze se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato). Quindi, ex art. 209, comma 12, nuovo c.c.p., « entro 15 giorni dalla pronuncia del lodo, va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti, una somma dell'uno per mille del valore della relativa controversia ». Il suddetto importo è direttamente versato all'Anac <sup>(50)</sup>. Unitamente alla richiesta di deposito del lodo deve essere presentata, dal collegio arbitrale, la proposta di liquidazione del compenso che spetta ai componenti del collegio medesimo.

Come passaggio successivo, la Camera arbitrale, è chiamata a deter-

---

<sup>(48)</sup> Nella stessa prospettiva di contenimento dei costi e di « moralizzazione dell'istituto », si collocava anche la riforma operata dall'art. 1, comma 24, L. n. 190 del 2012 (c.d. Legge anticorruzione), richiamato dall'art. 209, comma 16, nuovo c.c.p., il quale aveva previsto che, nel caso in cui l'arbitro dell'amministrazione fosse un dirigente pubblico, l'amministrazione doveva stabilire, insieme alla nomina, l'importo massimo che gli spettava per l'incarico arbitrale, a pena di nullità della nomina stessa (così ha ricordato, di recente, anche l'Anac nella citata Determinazione del 10 dicembre 2015, sul punto v. *infra* in questo paragrafo). Va però segnalato che il citato comma 24 dell'art. 1, L. 190 del 2012 (c.d. Legge anticorruzione), richiamato, e quindi si direbbe fatto proprio, dal comma 16 dell'art. 209, nuovo c.c.p., è indicato come abrogato all'art. 217, comma 1, lett. ii) del medesimo D.Lgs. n. 50 del 2016, pertanto il previsto decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dovrà chiarire i limiti stabiliti per il compenso arbitrale, nonché effettuare la precisa ricognizione delle disposizioni che si intenderanno abrogate.

<sup>(49)</sup> Sembra utile riportare i dati della *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica, 14 luglio 2016 (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)). Sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), dai lodi amministrati depositati nel 2015 risulta che « in nessun caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in sette casi è stato paritario tra le parti, nei quattro rimanenti ha penalizzato la parte pubblica (in due casi nella misura del 100%). Dai lodi liberi depositati risulta che in un caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in 31 casi è stato paritario, in 20 casi ha penalizzato la parte pubblica (in cinque casi nella misura del 100%). In altri termini... l'imputazione al 50% delle spese è stata deliberata nel 63,64% dei giudizi nelle procedure amministrate, nel 59,62% dei giudizi nelle procedure libere ».

<sup>(50)</sup> Si rammenta che, ex art. 209, comma 12, nuovo c.c.p., « il lodo si ha per pronunziato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici ».

minare con apposita delibera il compenso degli arbitri nei limiti stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ma, fino alla data di entrata in vigore del suindicato decreto, « si applica l'articolo 216, comma 22 », il quale recita: « si applica l'articolo 10, commi da 1 a 6, e tariffa allegata, del decreto 2 dicembre 2000, n. 398 »<sup>(51)</sup> (sul compenso dell'arbitro dirigente pubblico v. *infra* in questo paragrafo).

Dunque, consideriamo più nel dettaglio come si declina la disciplina relativa ai costi arbitrali (comprensivi dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa). In una prospettiva di contenimento dei costi, è stato determinato un tetto massimo al compenso degli arbitri: come si diceva, l'art. 209, comma 16, D.Lgs. n. 50 del 2016, in conformità con quanto già prescritto nel previgente codice dei contratti pubblici, il quale richiamava il comma 24 dell'articolo 1 Legge anticorruzione, statuisce che la Camera arbitrale, su proposta del collegio arbitrale, determina con apposita delibera il compenso degli arbitri « nei limiti stabiliti con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti » e precisa che « Sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto. Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con i decreti e le delibere di cui al primo periodo. Per i dirigenti pubblici resta ferma l'applicazione dei limiti di cui all'articolo 23-ter [Disposizioni in materia di trattamenti economici, che mira a definire un trattamento annuo omnicomprensivo] del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 [Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici], convertito dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, nonché all'articolo 1, comma 24 della Legge 6 novembre 2012, n. 190 ».

Ancora su quest'ultimo punto, compensi agli arbitri dirigenti pubblici, va rilevato che, sempre in una prospettiva di contenimento condivisibile e auspicabile dei costi (anche se forse sarebbe stato preferibile non fissare tetti massimi ai compensi, ma vincolare i suddetti compensi al minimo

---

<sup>(51)</sup> Così il testo normativo dell'art. 216, comma 22, del recente codice dei contratti pubblici (dopo l'*errata corrige* dell'Avviso di Rettifica — Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 luglio 2016 n. 164). Il riferimento è all'art. 10 (Spese del procedimento) del d.m. 398/2000 « Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'art. 32 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. »; la Tariffa allegata al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398 riguarda la tariffa per la determinazione del corrispettivo dovuto alla Camera arbitrale ex art. 32, comma 1, della legge n. 109/1994 e s.m., quale compenso per gli arbitri, cui va aggiunto il rimborso delle spese documentate sostenute dal collegio arbitrale. Per maggiori dettagli sia permesso rinviare a LOMBARDINI, *Articolo 243*, in *Arbitrati speciali*, *Commentario* diretto da Federico Carpi, 2ª ed., cit., 479 ss., testo e note 29, 30; v. altresì *infra* nota 55. In giurisprudenza, con riferimento ai previgenti codici dei contratti pubblici, v. Trib. Perugia, ord., 26 aprile 2007, in questa *Rivista*, 2007, 263 ss., con nota di TIZI, *Sulla liquidazione dei compensi arbitrali negli arbitrati in materia di pubblici appalti*, 267, spec. 275 s.

tariffario), « la Pubblica Amministrazione prevede l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per l'attività arbitrale. L'eventuale differenza tra l'importo spettante agli arbitri nominati e l'importo massimo stabilito per il dirigente è acquisita al bilancio della Pubblica Amministrazione che ha indetto la gara » (art. 1, comma 24, L. 190 del 2012, richiamato, e quindi si direbbe fatto proprio, dal citato comma 16 dell'art. 209, D.Lgs. n. 50 del 2016, nuovo codice dei contratti pubblici; il citato comma 24 però è indicato come abrogato all'art. 217, comma 1, lett. ii) del medesimo D.Lgs. n. 50 del 2016: il previsto decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dovrà chiarire i limiti stabiliti per il compenso arbitrale, nonché effettuare la precisa ricognizione delle disposizioni che si intenderanno abrogate). Il suindicato criterio di selezione dell'arbitro di nomina pubblica, funzionale soprattutto a rispondere ad esigenze di carattere finanziario, rischia però di rendere più difficile la realizzazione di altri basilari principi dell'istituto arbitrale: vale a dire dei principi di terzietà e imparzialità dell'arbitro di parte. Viene da domandarsi se l'arbitro di parte pubblica, dirigente, incardinato stabilmente nella struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione sia in grado di sottrarsi sempre da qualsiasi condizionamento della P.A. per la quale lavora, e dunque sia in grado di garantire che non sussistano anche solo potenziali conflitti di interesse e che vi sia l'indispensabile imparzialità e terzietà nello svolgimento del proprio incarico <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Sul punto prospettato nel testo, molte perplessità sorgono sul fatto se sia o meno possibile la nomina ad arbitro di un dirigente pubblico dipendente della stessa Pubblica Amministrazione che sia parte in causa. L'Autorità Nazionale Anticorruzione in un primo tempo si era limitata ad affermare che « l'espressa previsione della stessa (la nomina di un dirigente pubblico) porti ad escludere, innanzitutto, l'applicabilità a tale ipotesi dell'art. 815, comma 1, n. 5, c.p.c. » (in questi termini Avcp (oggi Anac), Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013, cit., 5 ss., che esclude espressamente l'applicabilità di tutto il n. 5, comma 1, art. 815 c.p.c secondo cui, come noto, « un arbitro può essere ruscato [...] se è legato ad una delle parti [...] da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza, di prestazione d'opera retribuita », come pure della possibilità di ruscare l'arbitro « se è legato ad una delle parti [...] da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza »). Tale pur autorevole orientamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione non mi pare però convincente, perché la tesi che esclude la possibilità di ruscare l'arbitro in base al n. 5 del comma 1, art. 815, non solo contrasta con il testo dell'art. 24 della direttiva n. 24/2014 UE, ma profila anche questioni di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. (v. già i rilievi critici di Odorisio, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, cit., 951).

Va aggiunto, con riferimento al citato comma 5 dell'art. 209, nuovo c.c.p., non certo connotato da una *clarté* cartesiana, relativo alla nomina degli arbitri, che, qualora, come si diceva *supra* par. 4, la controversia si svolga tra una Pubblica Amministrazione e un privato, la disposizione indica non un dovere per la Pubblica Amministrazione di nominare un dirigente pubblico, bensì una scelta preferibile: si veda l'avverbio « preferibilmente » (così anche TIZI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici*, cit., 389). Viene in tal modo affidata alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione la scelta, se pur motivandola, di designare di volta in volta un arbitro di parte dirigente pubblico o un arbitro non dirigente pubblico, purché però in osservanza delle modalità di nomina previste nel nuovo codice dei contratti pubblici. In definitiva, per nominare un arbitro di parte non dirigente

Va segnalato altresì che l'atto di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, « costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'art. 633 del codice di procedura civile » (ancora, art. 209, comma 16, nuovo c.p.c.)<sup>(53)</sup>.

Le parti versano il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia, « nella misura liquidata dalla Camera arbitrale », entro trenta giorni dalla comunicazione del lodo (comma 17). Gli importi dei corrispettivi dovuti per la decisione delle controversie sono direttamente versati all'Anac, come prevede il comma 19 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Anche gli onorari e le spese di consulenza tecnica, ove disposta, sono liquidati dalla Camera arbitrale, ai sensi degli articoli da 49 a 58 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste (comma 18)<sup>(54)</sup>.

---

pubblico (semberebbe anche nelle ipotesi in cui la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni, considerato che il testo della norma specifica « in entrambi i casi ») gli unici vincoli per la P.A. sono di motivare la scelta e di nominare un soggetto nell'ambito degli iscritti all'albo: il riferimento, palese, è all'albo tenuto dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210 nuovo c.c.p.

<sup>(53)</sup> In passato, in base al previgente codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m., oggi abrogato (v. l'art. 217, comma 1, lett. e) del nuovo c.c.p.), si riteneva che in via alternativa potesse essere utilizzato l'art. 814 c.p.c. (in tal senso ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, Milano 2011, 660; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 600). Attualmente, mi pare che questa soluzione non sia praticabile in quanto l'arbitrato è amministrato dalla Camera arbitrale che liquida direttamente i compensi e le spese arbitrali (ex art. 209, comma 16, nuovo c.c.p.) e, come noto, ai giudizi arbitrali *de quibus* si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto espressamente dallo stesso codice dei contratti pubblici (art. 209, comma 10, nuovo c.c.p.).

<sup>(54)</sup> In ordine alle problematiche inerenti la consulenza tecnica in arbitrato, v., di recente, PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, cit., 1 ss., spec. 2, con riferimento all'arbitrato nel codice dei contratti pubblici, v. sul punto *supra* la nota 33; AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, cit., 757 ss.; ID., *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1133 ss.; BRIGUGLIO, *La consulenza tecnica in arbitrato tra soft law e questioni irrisolte ma risolvibili*, cit., 763 ss., spec. 764 s.; BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., 613 ss.; BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 961 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 445 ss.; VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., 183 ss.; RICCI F.G., *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, cit., 621 ss.; ID., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2003, 1 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 200 ss.; BERLINGUER A., *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in questa *Rivista*, 1994, 762 ss.; GHIRGA, in AA.Vv., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova 2009, sub art. 816-ter, 435 ss.; TIZI, *Vessatorietà della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario dei periti-arbitri indipendente dall'esito della controversia* (nota a Cass., III 30 giugno 2015, n. 13312), cit., 723 ss.; ID., *Considerazioni in ordine al soggetto tenuto a corrispondere il compenso al consulente tecnico nel processo arbitrale* (nota a Trib. Massa, sez. distaccata di Carrara, sentenza 4 dicembre 2013, n. 732), in questa *Rivista*, 2014, 815 ss.; ID., *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, 723 ss.; TOTA, in AA.Vv., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, III, 2, Padova, 2009, sub art. 816-ter, 710 ss.; ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, cit., 769 ss.; v. altresì, di recente, per questioni specifiche inerenti la consulenza tecnica, ad esempio l'esame del caso della nullità realizzatasi nel sub-procedimento

Infine, ai sensi del comma 20 dell'art. 209, nuovo c.c.p., « Salvo quanto previsto dall'articolo 92, secondo comma, del codice di procedura civile, il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento ». Da ultimo, per le parti, conformemente con quanto dettato dall'art. 814, comma 1, c.p.c., le parti sono tenute « solidalmente » al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa fra loro (art. 209, comma 21, D.Lgs. n. 50/2016).

6. *Aspetti peculiari del procedimento arbitrale nelle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.* — Per illustrare gli aspetti caratterizzanti il procedimento arbitrale nelle controversie *de quibus*, occorre richiamare, come si è sopra detto, che il legislatore delegato, in attuazione della Legge delega n. 11 del 2016, nel D.Lgs. n. 50 del 2016, agli artt. 209-210, ha sì previsto, *ex art. 209*, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, che « le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, [...] possono essere deferite ad arbitri », ma, con un *revirement* rispetto alla normativa precedente, ha disciplinato un modello di arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, in cui le parti non possono più scegliere di utilizzare l'arbitrato *ad hoc*/libero e il presidente del collegio composto da tre arbitri è designato sempre dalla Camera arbitrale (v. *supra* paragrafo 4) e non più, come succedeva ai sensi dell'art. 241, comma 15, previgente c.c.p., solo qualora mancasse l'accordo fra le parti sulla nomina del terzo arbitro.

Ora, nel comma 7 e nel comma 8 dell'art. 209 viene profilato un « potere di verifica a opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale; tutto questo può favorire (insieme al pieno rispetto delle nuove norme sulle incompatibilità illustrate al paragrafo precedente) la scomparsa di fenomeni, quale quello rilevabile dall'esame dei lodi soprattutto « liberi » depositati nell'ultimo anno, consistente nella riproposizione dello stesso collegio arbitrale, nella medesima conformazione soggettiva e funzionale, per una pluralità di controversie (e pur senza la compresenza di identità di parti, o magari solo di una di esse) » <sup>(55)</sup>.

---

istruttorio condotto dal c.t.u. a norma dell'art. 195, comma 3, c.p.c., AULETTA, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, nota a App. Torino, Sez. II, 3 giugno 2015, in questa *Rivista*, 2016, 260 ss.

<sup>(55)</sup> In questi termini v. la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13).

Nel testo dell'art. 209, comma 8, nuovo c.c.p., si legge che « Al fine della nomina del collegio, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni sono trasmessi alla Camera arbitrale. Sono altresì trasmesse le designazioni di parte » (degli arbitri di parte e di eventuali consulenti tecnici). La trasmissione degli atti di parte alla Camera arbitrale nel nuovo codice dei contratti pubblici è volta non soltanto a permettere alla Camera arbitrale di designare il terzo arbitro avente funzioni di presidente del collegio, ma anche, contestualmente alla nomina del presidente, di devolvere alla Camera il compito di comunicare alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi in acconto del corrispettivo arbitrale (art. 209, comma 8, D.Lgs n. 50 del 2016) <sup>(56)</sup>.

La nuova disciplina normativa, riguardante la trasmissione degli atti alla Camera arbitrale, porta a porsi diversi dubbi interpretativi, soprattutto con riferimento ai tempi e alle modalità per il deposito della domanda di arbitrato, dell'atto di resistenza e delle controdeduzioni, considerato che l'art. 209, comma 8, nuovo c.p.c., come già il previgente

---

<sup>(56)</sup> V. sul punto il recente Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15 giugno 2016, « Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, D.Lgs. 18.4.2016, n. 50 », in cui si legge che il Consiglio della Camera arbitrale ha deliberato: [...] « 2. Sono confermate fino alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 209, comma 16, del Codice dei contratti pubblici le modalità di determinazione e di pagamento del deposito in acconto dei corrispettivi degli arbitri definite nel Comunicato del presidente della Camera arbitrale n. 41 del 2014, da ritenere *in parte qua* confermato per il periodo transitorio di cui all'art. 216, comma 22, del Codice dei contratti pubblici. 3. Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale *pro quota*, l'altra può anticipare la totalità delle spese entro i 15 giorni dall'apposita comunicazione della Camera arbitrale. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato, l'amministrazione del procedimento arbitrale né la costituzione del collegio possono avere corso ». Si noti che, invece, il testo dell'art. 209, comma 8, nuovo c.c.p. — in linea con quanto già sanciva in precedenza l'art. 243, comma 6, previgente c.c.p. (D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m.) e, prima ancora, l'art. 150, comma 5, D.P.R. n. 554 del 1999 — non sanziona con l'improcedibilità la domanda arbitrale nell'ipotesi di mancato versamento del deposito in acconto del corrispettivo arbitrale. Sul punto, va osservato che i regolamenti di altre camere arbitrali sanzionano l'omesso versamento del deposito delle prevedibili spese di arbitrato o notificando alle parti la decisione della Corte di estinzione del procedimento (v. art. 11 regolamento di arbitrato AIA 2012) o sospendendo il procedimento arbitrale, fissando un termine decorso il quale la domanda di arbitrato si considera ritirata (v. art. 36 regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, in vigore dal 1 gennaio 2012) o sospendendo il procedimento e dopo un mese dalla comunicazione del provvedimento di sospensione se l'inadempimento, *rectius* il mancato deposito dei fondi, si protrae, dichiarando l'estinzione del procedimento arbitrale (art. 38 regolamento della Camera arbitrale di Milano in vigore dal 1 gennaio 2010). Va detto che anche nel nostro ordinamento, in tema di arbitrato negli appalti di opere pubbliche, sarebbe stato forse preferibile stabilire espressamente nel nuovo codice dei contratti pubblici la sospensione del procedimento in mancanza del suddetto deposito, con possibilità per i termini di riprendere a decorrere una volta compiuto, ad opera delle parti, il pagamento mancante, e sanzionare in modo ancora più drastico (con l'estinzione del procedimento) l'omesso pagamento dopo alcuni mesi dalla richiesta dello stesso. Ciò *a fortiori* se si ricorda il disposto dell'art. 816-*septies* c.p.c., dedicato all'anticipazione delle spese, in cui viene precisato in particolare che gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili e che se « le parti non provvedono all'anticipazione nel termine fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale ».

l'art. 243, comma 2, c.c.p. sinteticamente prevede che la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni vadano trasmessi alla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, ai fini della nomina del terzo arbitro, senza però fissare i termini entro i quali ciò deve accadere. Per risolvere il problema, sarebbe auspicabile un intervento correttivo del legislatore delegato, volto a garantire la rapidità dell'intero procedimento decisionale, « con la predeterminazione di tempi certi entro cui la decisione sarà ottenuta e degli opportuni momenti e strumenti di controllo (per quest'ultimo punto, in particolare, va osservato che appare altrimenti più difficile conseguire quell'obiettivo che, come pure si è detto, costituisce uno dei criteri direttivi in materia della Legge delega). Questo in considerazione del fatto che i dati concernenti la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2015 dimostrano che attualmente la durata stessa è relativamente indifferente al tipo di procedura seguita; trattasi in media di 488 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di poco superiore ai 473 giorni per quelli condotti secondo il rito libero [...] e pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 giorni previsto dal Codice di procedura Civile (tre e otto rispettivamente per il rito amministrato e per quello libero). Situazione di fatto a fronte della quale, allo stato della normativa vigente, non è possibile per la Camera arbitrale intervenire se non mediante strumenti di « spinta gentile » come quelli deliberati con il Comunicato 1/2016 »<sup>(57)</sup>. Con tale recente Comunicato della Camera arbitrale n. 1 del 26 febbraio 2016 — Archiviazione dei procedimenti quiescenti di amministrazione di arbitrati, sembra che alcuni passi in avanti in questa direzione siano stati compiuti, ove si prevede che « a far data dalla pubblicazione del presente Comunicato, in caso di mancanza protratta per più di 90 giorni di ogni atto di svolgimento del procedimento arbitrale — promosso con la domanda di arbitrato — successivo alla comunicazione alle parti dell'accettazione del terzo arbitro della nomina effettuata dalla Camera arbitrale, sarà inoltrata all'arbitro così nominato richiesta di voler confermare espressamente la già intervenuta accettazione dell'incarico, con l'onere della trasmissione dell'eventuale dichiarazione di conferma nei successivi 30 giorni. Di tale richiesta e di ogni successivo atto o provvedimento sarà data altresì comunicazione a cura della Camera arbitrale agli altri membri del collegio e alle parti del giudizio arbitrale. Ove l'onere di conferma espressa non risulti assolto nei termini, il procedimento di amministrazione dell'arbitrato sarà definito dalla Camera arbitrale con archiviazione degli atti e l'eventuale interesse di parte all'ulteriore corso del giudizio richiederà la

---

<sup>(57)</sup> Così, espressamente, ancora la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13).



presentazione di nuova istanza per la designazione e la nomina del terzo arbitro »<sup>(58)</sup>.

« Se necessario », il presidente del collegio arbitrale designa il segretario, « anche » scegliendolo tra il personale interno all'Anac (comma 8, art. 209, nuovo c.c.p.). La Camera arbitrale cura altresì la tenuta dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali » (art. 210, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016)<sup>(59)</sup>. Il segretario del collegio negli arbitrati amministrati (così come in quelli *ad hoc*, qualora venga designato) è un ausiliario del collegio il quale instaura un rapporto contrattuale con l'accettazione dell'incarico soltanto con gli arbitri e non con le parti, né con l'istituzione arbitrale. Coerentemente, pertanto, in ordine al compenso dovuto al segretario, il dettato del comma 16, art. 209 nuovo c.p.c., prevede che il compenso per il collegio arbitrale è « comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario » (anche nell'arbitrato *ad hoc* il segretario non ha la legittimazione ad agire *ex art.* 814 c.p.c. per la liquidazione del suo compenso)<sup>(60)</sup>. Va

---

<sup>(58)</sup> V. il Comunicato della Camera arbitrale n. 1 del 26 febbraio 2016 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>(59)</sup> L'espressione « anche » è stata inserita nel testo normativo dall'Avviso di Rettifica - Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 luglio 2016 n. 164, si tratta di un *errata corrige*, ma comporta delle conseguenze: la scelta del segretario non pare più dovere essere effettuata necessariamente tra il personale interno all'Anac, e in questo caso ci si chiede quali saranno le ricadute sui costi. Possono essere iscritti all'elenco i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, aventi un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni. Gli eventuali oneri relativi alla tenuta dell'elenco sono posti a carico dei soggetti interessati all'iscrizione, prevedendo a tal fine tariffe idonee ad assicurare l'integrale copertura dei suddetti costi », ciò in quanto, come spesso avviene, si tratta di una riforma legislativa a costo zero. Da salutare con favore è la disposizione secondo cui il funzionario iscritto nell'elenco non può espletare contestualmente più di due incarichi di segretario nei procedimenti arbitrali amministrati e la qualità di « segretario » è incompatibile, e dunque non cumulabile, con quella di « arbitro » o di « perito » (consulente) camerale (cfr. il Comunicato n. 22 della Camera arbitrale per i contratti pubblici rubricato « Istituzione dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali », deliberato dal Consiglio della Camera arbitrale nelle sedute del 5 ottobre 2006, 9 novembre 2006 e 20 novembre 2006). V. altresì il Comunicato della Camera arbitrale n. 7 del 16 settembre 2016: « Iscrizione all'elenco dei segretari dei Collegi arbitrali ai sensi del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50. Modalità di presentazione delle domande », in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it). Inoltre, come si diceva, l'art. 209, comma 8, nuovo c.c.p., come già il previgente codice dei contratti pubblici, ha precisato che il presidente del collegio nomina il segretario solo « se necessario » (e qualora venga designato deve esserlo nel rispetto dei sopra citati criteri di cui all'art. 210, comma 12, nuovo c.c.p., cioè scelto nel sopra citato elenco tenuto presso la Camera arbitrale).

<sup>(60)</sup> Così anche ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 617 ss. Cfr., per l'arbitrato di diritto comune, Cass., 28 luglio 2004, n. 14182, in *Mass. Giur. it.*, 2004; conf. a Cass., 26 maggio 2004, n. 10141, in *Mass. Giur. it.*, 2004, 749, la quale pare riassumere le questioni fondamentali inerenti alla liquidazione del compenso al segretario del collegio nell'arbitrato di diritto comune: « Nell'arbitrato convenzionale, il segretario del collegio (diversamente da quanto accade nell'arbitrato necessario previsto per alcuni contratti della P.A., ove la presenza del segretario risulta espressamente prevista e regolata: art. 45 D.P.R. n. 1063 del 1962) è direttamente nominato dai componenti del collegio stesso, in ragione di una loro soggettiva valutazione della necessità di avvalersi di un ausiliario per l'espletamento delle attività certificate, esecutive e organizzative funzionalmente collegate a quelle del collegio, onde è con i predetti componenti che si instaura il relativo rapporto di prestazione d'opera intellettuale,

aggiunto che l'art. 209, comma 13, nuovo c.c.p., non conferisce più al segretario ma direttamente al collegio arbitrale il compito di depositare il lodo presso la Camera arbitrale <sup>(61)</sup>.

Al segretario sono demandate precise funzioni: la tenuta del fascicolo d'ufficio; la stesura dei verbali; l'espletamento delle comunicazioni disposte dal collegio e la custodia degli atti e documenti relativi al giudizio arbitrale. Di questi ultimi il segretario permette la visione e rilascia copie nei casi consentiti. All'atto della formazione del fascicolo d'ufficio, questo deve contenere copie della domanda di arbitrato, dell'atto di resistenza, delle controdeduzioni, nonché le memorie e, in séguito, i processi verbali d'udienza, i provvedimenti del collegio, gli atti di istruzione, la copia del dispositivo del lodo, e certamente i fascicoli di parte. Anche se la normativa nulla prevede al riguardo, appare corretto sostenere che il fascicolo d'ufficio venga formato dalla segreteria della Camera arbitrale e trasmesso al collegio <sup>(62)</sup> entro la prima riunione per permettere ad esso con l'accettazione degli arbitri (se non ancora effettuata) la costituzione del collegio stesso, la determinazione dell'oggetto del giudizio e la stesura del verbale d'udienza <sup>(63)</sup>.

---

rapporto del tutto estraneo a quello instaurato tra le parti litiganti e gli arbitri; ne consegue che l'importo per la spesa per il segretario, costituente esborso per il funzionamento del collegio (e riconoscibile nei limiti in cui esso sia ritenuto necessario), può essere liquidato soltanto agli arbitri, e non direttamente al segretario »; di recente v. App. Bari, ord., 7 aprile 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 2230, secondo cui chi ha espletato nel procedimento arbitrale la funzione di segretario e non di arbitro difetta di legittimazione a proporre domanda di liquidazione del compenso ai sensi dell'art. 814, comma 2, c.p.c.; in dottrina, sul tema del compenso dovuto al segretario del collegio arbitrale v. AULETTA, *La tutela giurisdizionale dei diritti del segretario dell'arbitrato* (nota a Cass., 8 settembre 2004, n. 18058), in questa *Rivista*, 2005, 83 ss.; BRIGUGLIO, *Questioni varie in tema di liquidazione delle spettanze arbitrali* (nota a Cass., 22 aprile 1994, n. 3839), *ivi*, 1995, 75; CAPONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procedimento di liquidazione delle spese e dell'onorario arbitrali (art. 814 c.p.c.)* (nota a Cass., 26 maggio 2004, n. 10141), in *Foro it.*, 2005, I, 782; v. altresì TIZI, *Alcune riflessioni in merito all'art. 816-septies c.p.c.* (nota a Coll. arb., Napoli, 20 giugno 2013), in questa *Rivista*, 2014, 197 ss., spec. 205 nota n. 14 sull'art. 241 del previgente codice dei contratti pubblici; cfr. altresì, sempre con riferimento al previgente codice dei contratti pubblici, Trib. Perugia, ord., 26 aprile 2007, *cit.*, in questa *Rivista*, 2007, 263 ss., con nota di TIZI, *Sulla liquidazione dei compensi arbitrali negli arbitrati in materia di pubblici appalti*.

<sup>(61)</sup> Tale modifica appare condivisibile, se si pensa alla rilevanza del deposito del lodo, è bene che la responsabilità ricada sul collegio e non su un singolo, anche in considerazione del fatto che gli arbitri (e non il segretario) sono chiamati a rispondere in base all'art. 813-ter c.p.c., rubricato « Responsabilità degli arbitri », applicabile anche all'arbitrato *de quo*, siccome, a norma dell'art. 209, comma 10, nuovo c.c.p., « Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice ».

<sup>(62)</sup> Quanto alla produzione di memorie, repliche, deduzioni istruttorie, e di ogni atto difensivo, ai depositi di parte, si ritiene debbano essere effettuati presso la sede del collegio a mani del segretario (se designato), che deve rilasciarne « apposita attestazione » (in questo senso si esprimeva già l'art. 11, comma 2, D.M. n. 398 del 2000), così da consentire anche di datare il momento in cui tali attività si sono svolte.

<sup>(63)</sup> V. in merito BUONFRATE, LEOGRANDE, *L'arbitrato negli appalti pubblici. Commento al decreto interministeriale 2 dicembre 2000, n. 398*, in *Le nuove leggi amministrative*, commenti a prima lettura coordinati da V. Italia, Milano, 2001, 72 ss.

Con riguardo alla sede dell'arbitrato, trattandosi di un arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, ex art. 210, comma 9, nuovo c.c.p., le parti fissano la sede del collegio arbitrale anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio di cui all'art. 213, comma 9, nuovo c.c.p. In difetto di indicazione ad opera delle parti, o in caso di mancato raggiungimento di un accordo fra di esse, a differenza di quanto sancito per l'arbitrato *ad hoc* dall'art. 816 c.p.c. (che conferisce in via sussidiaria il potere di determinare la sede dell'arbitrato agli arbitri), la disposizione *de qua* prescrive che la sede deve ritenersi individuata presso la sede della Camera arbitrale per i contratti pubblici, e dunque a Roma.

L'opzione del legislatore ha notevoli ricadute pratiche. Come noto, infatti, la sede dell'arbitrato rileva in particolare per individuare il giudice competente per l'impugnazione del lodo ex artt. 828 ss. c.p.c., per il deposito di esso ai sensi dell'art. 825 c.p.c. (nonché, già in un momento precedente, per la nomina dell'arbitro di parte, in caso di inerzia della parte ex art. 810, comma 2, c.p.c.) e per la sostituzione dell'arbitro ex art. 811 c.p.c. (64).

Quale disposizione di chiusura del sistema, in conformità con quanto stabiliva il previgente codice dei contratti pubblici all'art. 241, comma 2, anche il nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016) statuisce all'art. 209, comma 10, che « Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice. In particolare, sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme » (65). « I termini che gli arbitri hanno fissato alle parti per le loro allegazioni e istanze istruttorie possono essere considerati perentori solo se vi sia una previsione in tal senso o nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri stessi si sono dati » (art. 209, comma 11, nuovo c.c.p.) (66). Si

---

(64) Sulla problematica si v. PUNZI, *L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche*, in *L'appalto fra pubblico e privato. Quaderno n. 4*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 2001, 108. Cfr. sul tema Lodo Roma, 31 gennaio 2005 (s.n.), in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 705 s.; SPAGNOLO, *La nuova normativa in tema di arbitrato delle opere pubbliche ex art. 10 L. n. 415/1998*, in *Corr. giur.*, 1999, 628; LUISO, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in questa *Rivista*, 2000, 414-419; BUONFRATE, LEGRANDE, *L'arbitrato nei lavori pubblici: dubbi di legittimità e altre questioni aperte*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 85 e 95. BIAVATI, *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 34. Sull'eventuale sede — legale, non effettiva — dell'arbitrato, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 594 nota 35.

(65) Sul punto, che non può essere sviluppato in questa sede, si rinvia a LOMBARDINI, *Articolo 241 c.c.p.*, in *Arbitrati speciali, Commentario* diretto da Federico Carpi, 2ª ed., cit., 384, anche per la bibliografia *ivi* citata.

(66) Mi sembra un principio da condividere, in linea con quanto di recente affermato dalla Suprema corte, la quale ha asserito che « 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 e istanze istruttorie, li abbiano considerati come termini

tratta di una norma che si colloca nell'ottica di valorizzare la « flessibilità dello strumento arbitrale »<sup>(67)</sup>.

Di notevole rilevanza è poi la disciplina del lodo. Diversamente da quanto stabilisce il codice di procedura civile per l'arbitrato *ad hoc* ivi regolato, nell'istituto dell'arbitrato nei contratti pubblici in commento, « il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici » (art. 209, comma 12, nuovo c.c.p.), deposito espletato, a cura del collegio arbitrale, in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio, oppure con modalità informatiche e telematiche determinate dall'Anac (art. 209, comma 13, nuovo c.c.p.). Pertanto il lodo negli arbitrati *de quibus* è sì vincolante dalla sottoscrizione, ma l'efficacia (di accertamento, di condanna e costitutiva) è subordinata al previo deposito presso la Camera arbitrale e opera solo dopo tale adempimento<sup>(68)</sup>. In

---

perentori, come quelli di cui agli articoli 183 e 184 del 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 » (in termini, Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Guida dir.*, n. 13/2016, 69; in *Corr. giur.* 2016, 1272 ss., con nota di SALVANESCHI, *Procedimento arbitrale: via libera agli arbitri sui termini perentori*, in cui l'a., analizza le regole di organizzazione del procedimento arbitrale e il problema dei termini e rileva, nelle conclusioni, che gli arbitri possono « scandire i tempi del procedimento anche ponendo termini perentori, purché lo facciano nel rispetto del principio del contraddittorio, informando quindi in modo chiaro le parti »). Cfr. altresì Cass., 16 novembre 2015, n. 23402, in questa *Rivista* 2015, 739 ss., con nota di LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, ove la Corte, in tema di contraddittorio nell'ambito del giudizio arbitrale, afferma il principio secondo cui, « in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantire la funzionalità e garantire il rispetto del « principio del contraddittorio » che, per quanto si riferisca essenzialmente al momento della chiusura della trattazione del giudizio, può essere derogato ove in tal senso sia concorde la volontà successiva delle parti ».

<sup>(67)</sup> V. CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1145, spec. 1151; sull'argomento v. altresì BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, in questa *Rivista*, 2013, 859 ss.

<sup>(68)</sup> Va registrato che, come analiticamente prevede il Comunicato n. 36 del 4 luglio 2012 dell'Avcp (oggi Anac), il lodo deve essere depositato presso la segreteria della Camera arbitrale entro 15 giorni dalla sua ultima sottoscrizione a cura del collegio arbitrale, non essendo più obbligatoria la figura del segretario del collegio cui competeva tale adempimento; nel caso in cui gli arbitri non effettuino tale deposito si potrebbe profilare una loro responsabilità. L'adempimento del deposito del lodo è essenziale anche affinché la Camera arbitrale possa svolgere la sua importante funzione di controllo (e monitoraggio) del contenzioso e segnalazione di eventuali anomalie, annualmente, all'Anac, che, a sua volta, riferisce al Governo e al Parlamento. Si veda, già, sul punto il regolamento n. 39 del 2013 sui poteri istruttori della Camera arbitrale per i contratti pubblici. Attualmente il ruolo di vigilanza e controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi sono dettagliatamente disciplinati dall'art. 213, D.Lgs. n. 50 del 2016, anche in collaborazione con una Cabina di regia con funzioni di indirizzo

altre parole, solo in virtù del deposito del lodo presso la Camera arbitrale esso può ritenersi perfezionato e produttivo di effetti e, dunque, solo da tale *dies a quo* comincerà a decorrere, in assenza di notificazione, il termine lungo (180 giorni) per l'impugnazione (*ex art. 209, comma 14, nuovo c.c.p.*). Si consideri inoltre che il deposito del lodo arbitrale presso la Camera arbitrale dei contratti pubblici è condizione indispensabile anche per poter poi depositare il lodo *ex art. 825 c.p.c.*, ai fini di fargli ottenere l'esecutività, dopo che il tribunale ha effettuato un controllo esclusivamente di regolarità formale del lodo. Infatti, *ex art. 209, comma 13, nuovo c.c.p.*, su richiesta di parte il rispettivo originale del lodo è restituito dalla Camera arbitrale « con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'art. 825 del codice di procedura civile ».

7. *L'impugnazione del lodo.* — Come si diceva (*v. supra* paragrafo 6), il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici (*art. 209, comma 12, nuovo c.c.p.*); il deposito del lodo, effettuato presso la cancelleria del tribunale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., è preceduto dal suo deposito presso la Camera arbitrale (*art. 209, comma 13*).

L'impugnazione del lodo è disciplinata dall'art. 209, comma 14, D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale « il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia ». Per una *ratio* acceleratoria (in linea con quanto già stabilito dal previgente codice dei contratti pubblici, il quale con il D.Lgs. n. 53 del 2010 aveva novellato la versione originaria del codice dei contratti pubblici cioè del D.Lgs. n. 163 del 2006), l'impugnazione deve essere proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale. La stessa finalità acceleratoria sottende anche alla modifica apportata al rito innanzi alla Corte d'appello in sede di impugnazione del lodo, *ex comma 15-ter, art. 241 del previgente c.c.p.*, che regolava uno speciale rito abbreviato, ammissibile però solo in caso di accoglimento dell'inibitoria, modifica oggi fatta salva dall'art. 209, comma 15, D.Lgs. n. 50 del 2016 <sup>(69)</sup>.

---

e coordinamento del settore degli appalti pubblici e quale struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per quanto concerne l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni, nonché « per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente decreto e sulla gestione delle relative procedure » (*art. 212, comma 4, nuovo c.c.p.*).

<sup>(69)</sup> Continua la disposizione, citata nel testo: « Se ritiene indispensabili incumbenti istruttori il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei

Infatti, attualmente, al comma 15 dell'art. 209, D.Lgs. n. 50 del 2016, in commento, viene stabilito che: « Su istanza di parte la Corte d'appello può sospendere, con ordinanza, l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi. Si applica l'articolo 351 del codice di procedura civile. Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronuncia sentenza a norma dell'articolo 281-*sexies* del codice di procedura civile ».

Da ultimo, ma non per importanza, come già anticipato, va sottolineato che per garantire un controllo maggiore del contenuto del lodo, il comma 14 dell'art. 209 nuovo c.c.p. (D.Lgs. n. 50 del 2016), stabilisce: « Il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia »<sup>(70)</sup>. La regola generale in tema di impugnazione del lodo, costituita dalla sola impugnativa per nullità, ex art. 829 c.p.c., nei tassativi casi ivi indicati, non è stata ritenuta adeguata a garantire totalmente le esigenze di legalità proprie della Pubblica Amministrazione, considerato che la tutela delle ragioni della Pubblica Amministrazione veniva in tal modo ad essere limitata dalla non impugnabilità dei lodi per motivi di diritto relativi al merito della controversia.

Viene da domandarsi se le parti possano rinunciare o meno a questo tipo di impugnazione per nullità. Mi sembra maggiormente suffragabile l'indirizzo secondo cui il disposto letterale del comma 14 dell'art. 209, nuovo c.c.p., (in linea con quanto già previsto dal comma 15-*bis* dell'art. 241 previgente, come riformato dall'art. 48 D.L. n. 83 del 2012), non sembra opporsi a tale conclusione, in quanto, impiegando l'argomentazione *a contrario*, non vengono utilizzate espressioni quali: l'impugnazione per nullità delle regole di diritto relative al merito delle controversie è ammessa « in ogni caso », o « è sempre ammessa », o è ammessa « nonostante qualunque preventiva rinuncia », come stabilito dall'art. 829, comma 1, c.p.c., con riferimento ai motivi di nullità ivi previsti<sup>(71)</sup>.

---

periodi precedenti ». Sul tema, v. le considerazioni di ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 601 s.

<sup>(70)</sup> Sulla razionalizzazione dell'impugnazione per nullità come criterio guida con riferimento alle censure per errori di diritto, v., SALVANESCHI, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in questa *Rivista*, 2015, 233. Sulle impugnazioni del lodo nel complesso del diritto dell'arbitrato v. BRIGUGLIO, *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*, in questa *Rivista*, 2016, 423 ss.

<sup>(71)</sup> Sul punto, per l'opinione espressa nel testo, v. anche ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 640; *contra* ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, cit., 601.

8. *Sintesi e riflessioni conclusive.* — In estrema sintesi, alla luce di quanto sopra illustrato, si potrebbe definire l'arbitrato nei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture « facoltativo », « obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici », « previamente autorizzato »: con obbligo di motivazione dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice. Infatti il recente D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, cioè il nuovo « codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione », ne prevede, tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, l'utilizzo ai fini della risoluzione delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, ma secondo precise modalità e con restrizioni. D'altro canto, va ammesso che nei confronti dall'arbitrato nei contratti pubblici esiste una diffusa diffidenza in quanto i risultati finora ottenuti non sono stati particolarmente positivi e comunque tali da avvalorare la solidità e affidabilità dell'istituto. Pare tuttavia a chi scrive che l'arbitrato nei contratti pubblici non vada caricato di colpe ad esso non imputabili in via esclusiva. Ad esempio, è opinione comune che lo strumento arbitrale sia disciplinato e applicato allo scopo di favorire le imprese appaltatrici, e tale opinione è fondata sull'elevato tasso di soccombenza della Pubblica Amministrazione, tuttavia i problemi sono in realtà spesso riconducibili non tanto al ricorso allo strumento arbitrale, ma piuttosto alla condotta delle stazioni appaltanti nella fase esecutiva degli appalti pubblici, che vede spesso il verificarsi di andamenti anomali, ritardi o sospensioni illegittime dei lavori <sup>(72)</sup>, ritardata o mancata attuazione delle operazioni di collaudo, applicazioni di penali illegittime <sup>(73)</sup>. È altresì innegabile la necessità di prevenire e neutralizzare eventuali fenomeni di corruzione, che una molteplicità di episodi anche recenti ha confermato essere un rilevante problema degli appalti pubblici, e va a tale fine evitata anche ogni forma di « opacità » nell'arbitrato.

---

<sup>(72)</sup> Il problema è stato riconosciuto dal Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone nel suo *Intervento* relativo alla *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, tenuto il 14 luglio 2016 a Roma presso il Senato della Repubblica. Il medesimo ha rilevato altresì che si stanno introducendo alcuni « anticorpi » nel sistema e, quindi, « Le segnalazioni di anomalie su appalti di lavori, servizi e forniture sono passate da circa 1.200 nel 2014 a quasi 3.000 nel 2015 (con un aumento di oltre il doppio!), generando l'apertura di circa 1.880 fascicoli (con un balzo di oltre il 50% rispetto al 2014). In materia di trasparenza le segnalazioni ricevute sulla piattaforma « Campagna Trasparenza » sono aumentate di circa il 90%, passando da 760 nel 2014 a 1.435 nel 2015 ».

<sup>(73)</sup> Si rinvia al riguardo a DELFINO, *Falsi miti sugli arbitrati in tema di appalti di lavori pubblici e verità misconosciute sulle condotte delle stazioni appaltanti*, in *Arch. Giur. oo.pp.*, 2009, 743 ss. Si sottolinea anche la problematica delle « asimmetrie informative » tra stazioni appaltanti e appaltatori nei contratti pubblici (a svantaggio delle prime), che si estrinsecano nella c.d. « selezione avversa », nella fase di selezione del contraente, quando questo viene male selezionato dalla P.A., e nel c.d. « azzardo morale » nella fase esecutiva dell'appalto pubblico, dovuto allo scarso monitoraggio dell'appalto stesso in tale fase (v., ampiamente, sul punto, in questi termini, VALERIANI, *Relazione al Convegno Behind the future. Il mercato degli appalti tra competizione e trasparenza. Dall'approccio comunitario al nuovo codice dei contratti pubblici*, tenutosi a Modena il 13 giugno 2016 e organizzato dall'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dal Centro Studi *Public Procurement Markets & Contracts*).

L'arbitrato in materia di appalti di opere pubbliche, pur non essendo il rimedio di tutte le patologie, è indubbiamente un istituto in grado di rendere più celere ed efficiente, rispetto al processo civile, la risoluzione del contenzioso nei contratti inerenti a lavori, servizi e forniture. Per le pubbliche amministrazioni ciò costituisce un sicuro vantaggio in quanto vengono limitate sia le risorse assorbite nella gestione delle controversie, sia le ricadute negative che le lungaggini processuali possono avere sul completamento delle opere o l'erogazione dei servizi, ricadute che tra l'altro affliggono non soltanto gli utenti finali delle opere o i beneficiari dei servizi suddetti, ma anche le controparti private delle pubbliche amministrazioni in relazione ai ritardi nella riscossione dei crediti reclamati. Da qui l'auspicio di un maggior ricorso alle vie arbitrali nelle opere pubbliche <sup>(74)</sup>, probabilmente conseguibile attraverso una valorizzazione normativa dell'istituto arbitrale nell'ambito basata, ad esempio, sulla semplificazione e standardizzazione delle procedure burocratico-amministrative, o anche su incentivi fiscali. In proposito, si osserva che l'art. 213, comma 2, nuovo c.c.p., rubricato « Autorità Nazionale Anticorruzione », costituisce un passo avanti ove stabilisce che « L'Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità, dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche ». Infatti, il definire *ex ante* modelli di clausola compromissoria, in modo che questa « regolamenti » l'arbitrato attraverso una sua appropriata e adeguatamente specificata formulazione, è funzionale a garantire l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri, promuovendole anche tramite la trasparenza degli atti. Inoltre, come già auspicato <sup>(75)</sup>, il nuovo codice dei contratti pubblici finalmente prescrive all'art. 210, comma 13, che sul sito

---

<sup>(74)</sup> I dati reperibili nella *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, riportati in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13), non sono certo confortanti: « Innanzitutto, il numero, pari a 12, delle domande di arbitrato « amministrato » dalla Camera arbitrale costituita presso l'Autorità ai sensi dell'art. 241, co. 7 e co. 15, del *Codice*, che sono state introdotte nel 2015 con istanza di nomina del terzo arbitro, non è variato rispetto al dato del 2014, così confermando, e anzi ulteriormente e gravemente rinforzando, il *trend* in netta diminuzione nell'ultimo triennio delle domande stesse rispetto alla media annuale del triennio precedente. [...] Del pari in diminuzione (qui peraltro senza momento alcuno di discontinuità) risulta il *trend* degli arbitrati « liberi », vale a dire quelli per i quali il Presidente del collegio arbitrale è scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte) ai sensi dell'art. 241, co. 5, del *Codice* ».

<sup>(75)</sup> V. in proposito LOMBARDINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in AA. VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani, tomo II, Pisa, 2016, 1549 ss.; LOMBARDINI, *Sub artt. 242-243 c.c.p.*, in *Commentario, Arbitrato*, 2<sup>a</sup> ed., diretto da F. Carpi, cit., 429 ss. e 464 ss. Va rilevato che il nuovo codice dei contratti pubblici non prevede un Regolamento attuativo: l'art. 214 al comma 12 stabilisce che ai sensi dell'art. 1, comma 5, L. 28 gennaio 2016, n. 11, « il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'Anac, sentite le



dell'Anac vengano pubblicati obbligatoriamente tutti gli atti rilevanti dei procedimenti arbitrali, in particolare « l'elenco degli arbitrati in corso e definiti, i dati relativi alle vicende dei medesimi, i nominativi e i compensi degli arbitri e dei periti », ciò al fine di rendere meno probabili risoluzioni delle controversie che confliggano con l'evidenza dei fatti.

Nel nuovo codice dei contratti pubblici, all'esplicito intento di attuare una rivisitazione e un riordino del previgente assetto normativo da cui consegue, in una cornice di maggiore semplificazione e certezza del diritto, « una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti » (v. *supra* paragrafo 1), si accompagna il condivisibile tentativo di coniugare « apertura del mercato, flessibilità e semplificazione burocratica con la tutela dei valori della trasparenza e lotta alla corruzione e criminalità organizzata »<sup>(76)</sup>. Per realizzare tale ambizioso obiettivo è senz'altro utile la disposizione espressa nell'art. 213 nuovo c.c.p. e già nell'art. 1, comma 1, lett. t) della suddetta L. n. 11 del 2016 di attribuire all'Anac più ampie funzioni di vigilanza, controllo e regolazione nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare e sanzionatorio, di deterrenza, nonché di adozione di atti di indirizzo e, come già auspicato da chi scrive, di linee guida [le linee guida generali dell'Anac andranno a sostituire il regolamento (D.P.R. 207/2010) attuativo del codice del 2006, n.d.s.], bandi tipo, controlli tipo (art. 213, comma 2, nuovo c.c.p.) e altri strumenti di regolamentazione flessibile dotati di efficacia vincolante, pur fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e di tutti gli atti emanati dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa<sup>(77)</sup>. Pare anche convincente la volontà di « armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive » espressa dall'art. 213 nuovo c.c.p., e dall'art. 1, comma 1, lett. q), della sopra citata L. n. 11 del 2016, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, evitare i conflitti di interesse e promuovere la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione<sup>(78)</sup>, nella speranza che non resti solo sulla carta.

---

Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice ».

<sup>(76)</sup> Così, ancora, il parere del Consiglio di Stato n. 855 del 1° aprile 2016, sulla bozza di decreto legislativo (Atto Governo n. 283 del 2016) per la stesura del nuovo codice dei contratti pubblici (ora D.Lgs. n. 50 del 2016).

<sup>(77)</sup> Sul tema v. MIDIRI, *Relazione al Convegno Behind the future. Il mercato degli appalti tra competizione e trasparenza. Dall'approccio comunitario al nuovo codice dei contratti pubblici*, organizzato dall'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dal Centro Studi *Public Procurement Markets & Contracts*, tenutosi a Modena il 13 giugno 2016.

<sup>(78)</sup> In attuazione pratica del principio della trasparenza « luci si intravedono nell'adeguamento sempre maggiore agli obblighi di pubblicità », così espressamente la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Intervento* del Presidente Raffaele Can-

In conclusione, oltre alle condivisibili misure volte al contenimento dei tempi e dei costi, va positivamente apprezzata la prospettiva di una razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione dei contratti pubblici. La disposizione, contenuta all'art. 1, comma 1, lett. *aaa*), della L. n. 11 del 2016 (c.d. Legge di delega per il recepimento delle Direttive europee in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione) e attuata negli artt. 209 e 210 c.c.p., mitiga l'iniziale disciplina di disfavore verso il ricorso allo strumento arbitrale<sup>(79)</sup>. Dal D.Lgs. n. 50 del 2016 (artt. 209 e 210 nuovo c.c.p.), emerge così un modello unico di arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, un arbitrato « da legge » in quanto facoltativo e non imposto nell'*an*, ma obbligatorio nel *quomodo*<sup>(80)</sup>.

Il legislatore ha verosimilmente ritenuto utile incardinare l'arbitrato nei binari predefiniti della procedura amministrata dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, presso l'Anac, affinché sia esercitato un maggiore controllo rispetto a quello possibile nell'arbitrato *ad hoc* e, quindi, in una prospettiva di prevenzione, sia arginato il fenomeno della corruzione. Infatti, in Italia la corruzione è divenuta « un fenomeno burocratico /

---

tone, tenuto a Roma il 14 luglio 2016 presso il Senato della Repubblica, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13).

<sup>(79)</sup> Disfavore la cui *ratio* è rinvenibile nella « diffusa diffidenza » nei confronti dell'istituto arbitrale negli appalti pubblici da parte dell'opinione pubblica « molto sensibile alla denuncia di abusi e distorsioni nell'applicazione pratica dell'istituto » (VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 216). « Chi appena conosce le vicende legislative e dottrinarie dell'arbitrato sa come esso si trovi ad essere volta a volta oggetto di esaltazione romantica e di teologica ripulsa », così scriveva Salvatore Satta (SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 162) con parole che restano sempre attuali e che bene sintetizzano il vichiano andamento di continui « corsi » e « ricorsi », che ha caratterizzato dalle origini fino ad oggi l'arbitrato nelle opere pubbliche: « sconcertante andirivieni » lo qualificava FAZZALARI, *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in questa *Rivista*, 1998, 816. Per un'analisi estensiva dell'evoluzione storica e per i riferimenti bibliografici si rinvia al mio *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, cit., 1 ss., spec. 39; e, di recente, LOMBARDINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici*, in AA. VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, cit., 1525 ss.; ODORISIO, *Arbitrato rituale e « lavori pubblici »*, cit., 1 ss., spec. 148. Di recente, questo sfavore, oggi mitigato, verso l'arbitrato nei contratti pubblici era presente inizialmente nel disegno di legge n. 1678-A nella versione approvata al Senato il 18 giugno 2015, in cui si prescriveva di limitare il ricorso alle procedure arbitrali, ponendo così in essere se non una « controriforma » almeno una parziale involuzione, quando parte era una Pubblica Amministrazione, rispetto alla disciplina stabilita per gli arbitrati di prosecuzione, ai sensi del D.L. n. 132 del 2014, convertito con modificazioni in L. n. 162 del 2014 e, soprattutto, rispetto alla generale regolamentazione dell'arbitrato *ad hoc*, contenuta nel codice di procedura civile e al più ampio scenario comunitario.

<sup>(80)</sup> L'espressione, molto incisiva, era stata coniata da BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 84, con riferimento alla Legge c.d. Merloni-ter (L. n. 415/1998). V. in argomento anche BORGHESI, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr. giur.*, 2001, 682 ss.

pulviscolare, fenomeno politico / amministrativo / sistemico »<sup>(81)</sup>: dal *Corruption Perceptions Index 2015* di *Transparency International*, organizzazione non governativa che ogni anno elabora la classifica mondiale sulla corruzione pubblica percepita, l'Italia si colloca con i suoi 44 punti (lo scorso anno erano 43) al 61esimo posto tra le 168 nazioni censite, penultima nella lista dei 28 membri dell'Unione Europea, ove si collocano meglio sia la Grecia che la Romania (entrambe con 46 punti), mentre si posiziona peggio soltanto la Bulgaria (41 punti)<sup>(82)</sup>. L'innovazione legislativa dovrebbe quindi consentire una maggiore trasparenza oltre che un'apprezzabile riduzione dei tempi e dei costi, ma è altresì evidente che si rischia di non garantire pienamente quella libera espressione della volontà delle parti che caratterizza non solo la scelta dell'arbitrato in alternativa alle vie giudiziali, ma anche la sua disciplina procedurale, libera espressione nella quale si sostanzia, secondo le parole sempre attuali di Salvatore Satta, l'essenza dell'arbitrato stesso<sup>(83)</sup>. Invero, se si riflette sull'essenza dell'arbitrato, facoltativo e per sua natura espressione dell'autonomia privata, appare corretto ritenere che, perché esso sia realmente tale, deve presentare due elementi essenziali: la sua scelta fatta dalle parti in alternativa alle vie giudiziali, e la scelta degli arbitri liberamente compiuta dalle parti stesse<sup>(84)</sup>. Invece, il nuovo assetto dell'arbitrato nei contratti pubblici, come riconfigurato dal recente D.Lgs. n. 50/2016, sottrae alle parti *ex lege* il potere di nominare il terzo arbitro e lo demanda *in toto* alla Camera arbitrale, ciò anche qualora le parti sarebbero addivenute all'accordo sulla nomina del Presidente del collegio arbitrale. Il rischio è quindi che sia pregiudicata la libera e completa espressione della volontà delle parti stesse, in deroga ai principi all'opposto stabiliti dal codice di procedura civile per l'arbitrato *ad hoc*. Occorrerà attendere le prossime Relazioni annuali dell'Anac per capire se i nuovi paletti imposti all'arbitrato saranno almeno serviti a rivitalizzare il ricorso all'istituto nei contratti pubblici o se piuttosto si è attuato un mero ritorno al passato, quasi una « restaurazione », anziché l'auspicata rivoluzione copernicana nel settore.

---

<sup>(81)</sup> Così ha definito la corruzione in Italia il Presidente della Corte dei conti all'apertura dello scorso anno giudiziario. V. anche in proposito ROSAUER, *Anticorruzione e responsabilità sociale d'impresa. Sviluppi della normativa anticorruzione in materia di appalti pubblici*, in *ICC Italia* n. 10/2014, 4 ss., nonché RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., *passim*.

<sup>(82)</sup> È ciò che risulta dal rapporto stilato da *Transparency International*, che misura il grado di corruzione percepita nei vari Paesi (in [www.transparency.it](http://www.transparency.it)).

<sup>(83)</sup> SATTA, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Padova, 1959, spec. 631.

<sup>(84)</sup> Così v. già, in passato, CANNADA BARTOLI, *L'arbitrato nella legge 2 giugno 1995, n. 216, sui lavori pubblici*, in questa *Rivista*, 1996, 467; LUISO, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, cit., 420.

## **Arbitrato e TMT: pubblicato il Survey 2016 della Queen Mary University**

L'evoluzione tecnologica e la capillare diffusione di internet hanno avuto un significativo impatto sul sistema economico globale, favorendo la nascita di nuove realtà imprenditoriali e l'instaurarsi di una varietà di rapporti negoziali, in particolare nel campo delle tecnologie, dei media e delle telecomunicazioni (TMT). Tali circostanze hanno provocato il sorgere di un numero crescente di controversie nel settore TMT su questioni diverse, quali il trattamento dei dati personali, la qualità del servizio fornito dai *technology provider*, la tutela della proprietà intellettuale, la concorrenza. Si rende quindi necessario prevedere strategie specifiche per la risoluzione delle controversie, a seconda delle circostanze concrete.

Riveste quindi grande attualità l'*International Dispute Resolution Survey 2016*, pubblicato a novembre 2016 dalla *School of International Arbitration* della *Queen Mary University* di Londra, sul tema dei metodi di risoluzione delle controversie nel settore TMT. Come è noto, la *School of International Arbitration* è uno dei più importanti centri di ricerca in Europa e conduce da oltre dieci anni studi e analisi statistiche su una varietà di temi connessi al mondo dell'arbitrato internazionale. Il Rapporto 2016 si prefigge di valutare quale sia lo strumento più utilizzato per la soluzione delle controversie in materia di TMT, nonché i fattori che determinano la scelta di un metodo rispetto a un altro.

Per l'*International Dispute Resolution Survey 2016*, sono stati intervistati i principali operatori e fornitori di servizi nel settore TMT, attraverso 343 questionari scritti e 62 interviste individuali. Ne emerge un quadro significativo, e finora unico, del sistema di risoluzione delle controversie nel settore TMT.

Il termine *Technology, Media and Telecommunication* comprende una vasta gamma di prodotti e servizi in una pluralità di settori, da cui discendono molteplici tipologie di controversie. Gli intervistati hanno elencato almeno 17 differenti aree di contenzioso, che comprendono: violazioni di diritti di proprietà intellettuale, licenze, implementazione di programmi IT e di *outsourcing*, violazione della *privacy* e *data protection*, *antitrust*, controversie con i consumatori, ecc. Questo genere di controversie ha spesso un valore

molto elevato, specialmente in Europa e Nord America, superando, in alcuni casi, i 100 milioni di dollari.

Dal *Survey* è emerso che le società operanti nel settore TMT devono predisporre una strategia aziendale che includa un *range* ampio e flessibile di metodi per la risoluzione delle controversie, tenendo conto sia delle parti contrattuali sia dei soggetti terzi, che possono essere coinvolti a livello nazionale e internazionale.

Un'alta percentuale delle imprese intervistate ha affermato di disporre di una *policy* interna in materia di *litigation* e di fare comunque ampio ricorso alla mediazione, esprimendo qualche riserva — per motivi diversi — per l'arbitrato e per il ricorso ai tribunali ordinari. Tutti gli intervistati hanno peraltro riconosciuto che la natura internazionale dei rapporti per le forniture di servizi TMT può trarre grande vantaggio dal ricorso all'arbitrato, che consente alle parti di evitare una giurisdizione ordinaria straniera, di scegliere arbitri con competenze specifiche nel settore, di avere più facilità nel far riconoscere ed eseguire il lodo, nonché di beneficiare di maggiore riservatezza. Per queste ragioni, il 92% degli intervistati ha dichiarato di considerare l'arbitrato internazionale particolarmente adatto per le controversie TMT e l'82% ritiene che il ricorso a tale metodo è destinato ad aumentare.

Per quanto riguarda i rischi extra-contrattuali (quali la violazione di diritti di proprietà intellettuale, violazione delle regole di concorrenza, sicurezza informatica, *data breaches*, ecc.), invece, il ricorso alla giustizia ordinaria viene ritenuto più appropriato. Tuttavia, considerando che il mondo digitale è caratterizzato da una costante evoluzione e da cambiamenti molto rapidi, possono emergere situazioni in cui né l'arbitrato né il giudizio ordinario appaiono in grado di offrire una soluzione in tempi sufficientemente rapidi. Di conseguenza, per non subire una paralisi nell'attività, le imprese ricorrono a soluzioni transattive o alla mediazione, che presentano ovviamente il limite di esiti più incerti e, soprattutto, non definitivi.

Quando invece si ricorre all'arbitrato, gli intervistati hanno sottolineato come tale decisione si fondi essenzialmente su tre elementi principali: i) fiducia nell'istituzione arbitrale, ii) scelta della sede dell'arbitrato e iii) garanzia di riservatezza. Nella scelta degli arbitri, inoltre, vengono considerati elementi essenziali l'esperienza in arbitrato e una *expertise* specifica nel settore TMT.

La ricerca dimostra poi che le istituzioni arbitrali cui si fa più ampiamente ricorso in caso di contenziosi nella materia TMT sono, nell'ordine: ICC, WIPO, LCIA e SIAC, con eccezione delle controversie in materia di proprietà intellettuale, per le quali si predilige il ricorso a WIPO.

Il *Survey* si conclude sottolineando come, in virtù della crescente importanza ed espansione dell'arbitrato nell'area TMT, sia auspicabile che le istituzioni adottino norme e procedure specifiche per meglio soddisfare le esigenze del settore e facilitare, nel complesso, la risoluzione delle controversie attraverso l'arbitrato. [M.B.D.]

## Ricordando Nicola Picardi

Taccio delle personali ragioni di memoria immensamente grata, e lo ricordo qui come lo ricorderanno tutti coloro che lo hanno conosciuto: un uomo altruista, buono, onesto e sorridente; un giurista acutissimo che ha saputo armonizzare, come pochi, cultura profonda, logica stringente, limpidezza ed essenzialità di esposizione, senso della storia e buon senso comune.

È mancato il 16 dicembre 2016 dopo una lunga infermità. Allievo di Elio Fazzalari e presto libero docente e poi ordinario di diritto processuale civile, ha insegnato la materia nonché il diritto fallimentare a Perugia, a Tor Vergata e da ultimo alla Sapienza romana, ma è stato anche tra i protagonisti della prima fioritura della Luiss. Accademico dei Lincei e membro di tante altre prestigiose associazioni di studiosi, ha attraversato le più svariate palestre dell'operare: dalla giustizia ordinaria, al foro, alle commissioni di riforma, agli uffici fallimentari più prestigiosi e delicati, alla giustizia vaticana, sempre con l'equilibrio che tutti conquistava e tutti gli faceva amici e con la capacità di smussare gli angoli altrui e suscitare cooperazione e positivo impegno da parte di tutti.

I suoi contributi — vuoi come scrittore che come organizzatore e curatore di iniziative di vastissimo ambito — al diritto processuale, al diritto processuale comparato e internazionale, al diritto fallimentare, alla storia del diritto (ripercorsa sempre con la professionalità dello storico di razza ma anche con la marcia in più del giurista positivo) restano fondamentali e spesso preveggenti. La sua fatica continua nell'intessere relazioni con studiosi delle più varie provenienze geografiche e culturali seguita e seguirà a dar frutti.

Partecipa al comitato scientifico della nostra Rivista fin dalla sua fondazione, ne ha arricchito le pagine con vari suoi scritti, e ne ha celebrato e raccontato i primi venti anni nel Congresso romano del 2010 ai Lincei.

Se infine, trasgredendo all'impegno assunto all'esordio di questo breve ricordo, dovessi dire che Maestro era Nicola Picardi risponderei: era il maestro che sta ogni giorno sul ciglio della strada per evitarti deviazioni e cadute, era soprattutto il maestro che attende con ansia i risultati dell'allievo per potergli confidare “sono felice come quando è capitato a me”. Una persona così non c'è davvero bisogno di ricordarla. Resta sempre presente. [A.B.]



## **La scomparsa di Victor Uckmar**

La Direzione della Rivista dell'Arbitrato e l'Associazione Italiana per l'Arbitrato desiderano ricordare l'alta figura professionale e accademica del professor Victor Uckmar, scomparso nel mese di dicembre 2016. Victor Uckmar, uno dei massimi esperti di diritto tributario, è stato per oltre trent'anni Socio e Consigliere dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato.

La sua lunga carriera di docente universitario ebbe inizio presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi nel periodo 1968-2000, dove fu fondatore del CERTI, Centro di Ricerca Tributaria delle Imprese, e successivamente presso l'Università di Genova. È stato anche docente di Diritto tributario comunitario presso la Luiss Guido Carli di Roma.

La sua importante attività scientifica e professionale in Argentina lo ha condotto a dirigere l'Instituto de Derecho Tributario della Universidad Católica de Salta.

Sempre in Argentina gli fu conferita la Laurea honoris causa presso l'Universidad de Buenos Aires (UBA)

È stato inoltre Direttore delle riviste *Diritto e Pratica Tributaria* e *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*.

Il suo Manuale di diritto tributario internazionale, tradotto in varie lingue, rappresenta una delle opere più importanti della dottrina italiana in materia.

Di lui si vuole ricordare l'instancabile attività professionale e scientifica, la sensibilità e l'apertura alle problematiche internazionali del diritto tributario e la natura generosa che lo ha condotto a perseguire con costanza importanti iniziative filantropiche. [M.B.D.]



## 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