

Arbitrato

Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?

A) TRIBUNALE DI VENEZIA, decreto del Presidente 10 aprile 2008 - Pres. Zacco - Collegio arbitrale di Venezia (Sicchiero, Spiga, Miani)

Arbitrato - Arbitrato irrituale - Procedimento - Istruzione Probatória.

(C.p.c. artt. 808-ter e 816-ter)

Le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno identica natura nell'arbitrato rituale e in quello irrituale, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicché non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale.

Il Presidente, letto il ricorso che precede, esaminati i documenti, visto l'art. 816-ter c.p.c., ritenuta condivisibile anche dopo la riforma dell'arbitrato del 2006 l'indicazione formulata da Cass. civ., Sez. I, 3 settembre 2004, n. 17808, per la quale «in entrambe le ipotesi le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno quindi identica natura, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicché non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei

singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale»;

Ritenuto che al caso di specie possa trovare applicazione l'art. 816-ter c.p.c.;

Facendo proprie le argomentazioni sull'art. 816-ter c.p.c. esposte nell'ordinanza degli arbitri 19 febbraio 2008;

Ordina:

ai sigg.ri... di comparire avanti agli arbitri nell'arbitrato di cui al ricorso che precede, nella sede presso lo studio dell'avv. prof. Gianluca Sicchiero in Venezia-Mestre, Corso del Popolo n. 58, e alle udienze che verranno fissate per la loro escussione.

B) COLLEGIO ARBITRALE DI VENEZIA, ordinanza 19 febbraio 2008 - Pres. Sicchiero - Arbitri Spiga e Miani - L. S.a.s. c. A. G., A. G. e F. T.

Arbitrato - Arbitrato irrituale - Procedimento - Istruzione Probatória.

(C.p.c. artt. 808-ter e 816-ter)

Le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno identica natura nell'arbitrato rituale e in quello irrituale, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicché non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale.

Il Collegio arbitrale nelle persone dell'avv. prof. Gianluca Sicchiero, quale Presidente, dell'avv. Gavino Spiga e del dott. Massimo Miani, quali arbitri, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 10 dicembre 2007 in ordine alla possibilità di avvalersi, nell'arbitrato irrituale, del ricorso al Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 816-ter c.p.c., ha deliberato sulla base delle seguenti richieste formulate nelle memorie difensive con scadenza 31 gennaio 2008 e trascritte per quanto riferite al problema in esame:

Per parte ricorrente L. s.a.s.: «che il Collegio Arbitrale, ritenuto applicabile al presente procedimento l'art. 816-ter comma 3 c.p.c., voglia richiedere al Presidente del Tribunale di Venezia di ordinare ai signori... di comparire avanti al medesimo Collegio per essere sentiti come testimoni, eventualmente indicando al Presidente del Tribunale le date di udienza per le quali intimare ciascuno dei predetti testi. Come più sopra precisato, si chiede che venga fissata una prima udienza per l'audizione dei primi tre testimoni della lista sopra indicata e una successiva udienza per l'assunzione degli altri testimoni».

Per parte resistente A.G.: «tanto premesso, risulta inapplicabile, nel presente arbitrato, la possibilità per gli arbitri di richiedere al Presidente del Tribunale di ordinare la comparizione di testimoni che precedentemente si erano rifiutati ex art. 816-ter c.p.c., ancorché sull'eventuale accordo di tutte le parti».

Per parte resistente A.G. e F.T.: «le argomentazioni esposte dovranno indurre il Collegio a rigettare l'istanza formulata da parte attrice... Nella denegata e non creduta ipotesi in cui il Collegio ritenesse applicabile l'art. 816-ter c.p.c. si chiede comunque che vengano sentiti i testimoni...».

Così riassunte le contrapposte richieste delle parti, il Collegio deve esaminare se possa procedere ai sensi dell'art. 816-ter c.p.c. e chiedere al Presidente del Tribunale di ordinare la comparizione avanti agli arbitri dei testimoni non comparsi, la cui audizione pare necessaria agli arbitri per poter comprendere come si svolsero i fatti oggetto di arbitrato.

È appena il caso di premettere che non interessa qui, al fine della decisione, se si possa coartare o meno il teste, ciò che viene negato dalla difesa del sig. A.G., sia perché tale problema è uguale a tutte le ipotesi in cui si applichi l'art. 816-ter c.p.c., sia perché valuteranno le difese delle parti, in caso di provvedimento del Presidente del Tribunale che accolga la richiesta, se l'omessa presentazione del teste ne consenta l'accompagnamento coattivo, se costituisca reato ai sensi dell'art. 650 c.p. o violi o meno altre fattispecie.

Interessa infatti qui l'ammissibilità o meno del provvedimento da parte degli arbitri e non quali siano le conseguenze che derivano dall'ipotetica assenza del teste.

Il punto della controversia consiste dunque nella natura dell'arbitrato irrituale, giacché, ove lo si considerasse un procedimento di totale determinazione contrattuale del contenuto del lodo, dovrebbe escludersi tale possibilità.

Al contrario, qualora si ritenesse che l'arbitrato irrituale consista pur sempre di un giudizio *sui generis*, ferma la natura contrattuale del lodo, allora gli arbitri potrebbero avvalersi della predetta facoltà.

Occorre quindi verificare quale sia l'effetto prodotto dalla riforma del 2006 sulla disciplina dell'arbitrato in relazione alle contrapposte tesi sviluppate in letteratura.

La riforma in commento deriva dalla legge delega n. 80 del 2005, art. 1 comma 3 lett. b, in forza della quale il governo avrebbe dovuto prevedere (tra l'altro) «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 ed eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare».

Il legislatore delegato, nel procedere con la riforma, codificò per la prima volta la possibilità di avvalersi dell'arbitrato irrituale in luogo del rituale, disciplinandone però solo alcuni aspetti e, segnatamente, per quanto qui interessa:

a) nell'art. 808-ter c.p.c. l'arbitrato irrituale viene definito, nel corpo della disposizione, come definizione della controversia «mediante determinazione contrattuale»;

b) nell'art. 669-quinquies c.p.c. viene prevista la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare *ante causam* se la controversia sia devoluta «in arbitri anche non rituali», da correlarsi con l'art. 669-octies c.p.c., che impone la successiva instaurazione «del giudizio di merito» avanti agli arbitri secondo il procedimento indicato nel comma 5;

c) la possibilità, prevista dal 2003 e mantenuta nella riforma, che il provvedimento cautelare sia emesso anche prima degli arbitrati societari irrituali, come indicato nell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003, e viene peraltro prevista la facoltà di sospensione della delibera assembleare anche da parte degli arbitri irrituali.

Nulla tuttavia si è detto in ordine alla natura dell'arbitrato irrituale, tanto che si fronteggiano in letteratura due tesi contrapposte e inconciliabili: ferma la natura contrattuale del lodo, incontestabile perché così qualificata dal legislatore, vi è chi afferma la natura totalmente contrattuale anche del procedimento arbitrale, che sarebbe quindi retto dalla sola disciplina sostanziale dettata per i contratti, a fronte di altri autori per i quali, invece, il procedimento che porta al lodo irrituale resterebbe pur sempre un giudizio, disciplinato quindi dalle regole volute dai contraenti e comunque dagli artt. 808-ter ss. c.p.c. ove non diversamente voluto.

Tra i sostenitori della prima tesi, Bove (*L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it) insiste sulla impossibilità di applicare all'arbitrato irrituale qualsiasi regola della disciplina del codice di rito prevista per quello rituale, pur riconoscendo che le parole utilizzate dal legislatore non abbiano fugato ogni dubbio in proposito.

A suo parere, ad es., la previsione dell'ultimo comma



dell'art. 808-ter c.p.c., che esonera il lodo irrituale dall'*exequatur*, non potrebbe intendersi come rinvio generale alle altre disposizioni sull'arbitrato rituale, ma come corpo «dettato semplicemente *ad abundantiam*, quale ulteriore specificazione del principio generale già contenuto nel comma 1 dello stesso articolo».

Per superare l'ulteriore problema dell'attribuzione agli arbitri irrituali della decisione successiva al provvedimento cautelare *ante causam* emesso dal giudice ordinario, ritiene necessario limitare la tutela cautelare agli effetti conservativi, esclusi invece quelli inerenti il diritto del quale si chiede l'accertamento. Ciò in quanto a suo parere non potrebbe parlarsi di effetti anticipatori rispetto al lodo irrituale che, siccome contrattuale, non consentirebbe di parlare di diritto in contesa giacché questo non esisterebbe fino alla pronuncia del lodo.

Di qui allora, l'idea che «si deve ritenere che oggi la stipula del patto compromissorio irrituale, pur essendo questo nient'altro che un contratto di transazione in bianco, faccia tuttavia rimanere in vita il diritto litigioso almeno per quanto riguarda la possibilità di chiedere e ottenere un provvedimento cautelare di tipo anticipatorio... Invece, non sembra proprio che possa esservi spazio per azionare in via cautelare il «diritto futuro» neanche immaginandolo come una sorta di diritto sottoposto a condizione, perché di esso, prima della pronuncia del lodo, nulla si sa ancora».

Opposta, ma solo in parte, è invece la lettura che si coglie nelle indicazioni di Biavati (*Commento all'art. 808-ter c.p.c.*, in *Commentario Carpi*, Bologna, 2007), per il quale la soluzione contrattuale della lite «è perseguita nell'arbitrato irrituale attraverso la via, complessa e delicata, di un vero e proprio processo». Che di processo si tratti, non mi pare possa essere messo in dubbio, se soltanto si leggono le disposizioni concernenti l'impugnativa del lodo», salvo chiedersi poi quale sia l'utilità pratica per le parti di scegliere la via processuale dell'arbitrato irrituale per ottenere l'effetto pratico del lodo contrattuale anziché quello di sentenza del lodo rituale.

Tuttavia da tale presa di posizione non deriva, per l'autore, l'applicazione della disciplina del codice di rito ma, al contrario, la sua inapplicabilità perché la differente natura del provvedimento finale non si spiegherebbe se per tutte le altre regole «le discipline venissero a sovrapporsi»: donde la conclusione che «l'arbitrato irrituale è regolato soltanto da norme pattizie con totale esclusione di quelle legali del titolo ottavo» del Libro quarto del codice del processo civile.

Appartiene invece alla seconda lettura dell'istituto dell'arbitrato la tesi di Sassani (*L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it*), ove viene ribadita una indicazione affermata in giurisprudenza prima della riforma e cioè che «evidente è l'adesione della fattispecie legale dell'arbitrato irrituale a un modello unitario e generale di arbitrato alle cui manifestazioni presiedono comuni principi. Comuni principi che non sono dunque settoriali della procedura arbitrale c.d. rituale, bensì regolatori del più

ampio fenomeno delle composizioni eteronome della controversia riconducibili a convenzione arbitrale».

In altre parole il procedimento arbitrale sarebbe unico per entrambe le forme di arbitrato, distinguendosi invece il solo provvedimento finale, in virtù delle scelte dei contraenti al momento della decisione di rimettere agli arbitri le liti compromettibili.

Resterebbe salva la necessità di verificare se alcune norme procedurali si applichino o meno all'arbitrato irrituale, concludendo l'autore che «la categoria delle norme sicuramente applicabili ricomprende il grosso degli articoli. Appaiono compatibili con l'arbitrato irrituale le regole poste dagli artt. 806, 807, 808, 808-bis, 808-ter, 808-quater, 808-quinquies; gli artt. da 809 a 815, 816 e 816-bis, 816-septies, 817, 817-bis, 818; gli artt. 820, 821, 823, 824, 826; l'art. 832. Posta l'applicabilità piena dei commi 1, 2, e 5 dell'art. 816-ter (istruzione probatoria), si ha ragione di ricomprendere tra le norme applicabili anche il comma 3 (che trae seco il comma 4), relativo alla istanza al giudice di ordinare la comparizione del teste, e il comma 6, relativo alla richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione».

Come si vede, quindi, la letteratura di cui i ricordati esempi sono solo alcuni fra i moltissimi, è fortemente contrapposta sulla possibilità che gli arbitri irrituali possano chiedere al Presidente del Tribunale di ordinare la comparizione del teste avanti a loro: le diverse tesi possiedono tutte forti argomenti ermeneutici a proprio favore e provengono spesso dai maggiori studiosi del processo civile, dimostrando così come il legislatore non abbia fornito indici sufficienti per concludere in un senso o nell'altro.

Ovviamente nel breve periodo decorso dall'entrata in vigore della riforma non sono state emanate pertinenti pronunce di legittimità e ancora non si leggono decisioni di merito sul punto qui in esame.

Si può tuttavia ricordare come l'orientamento più recente del S. C., a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite 3 agosto 2000, n. 527, avesse mutato convinzione in ordine al dualismo arbitrato rituale (giudiziale) / arbitrato irrituale (contrattuale), avendo infatti trovato ingresso anche in giurisprudenza la tesi formulata da Fazzalari, sulla natura unitaria dell'arbitrato (da ultimo in *L'arbitrato*, Torino, 1997, 24), che il S. C. fa propria affermando la natura privatistica tanto dell'uno quanto dell'altro. Si legge ad es. in Cass., Sez. I, 13 aprile 2001, n. 5527, che «l'arbitrato irrituale non costituisce esercizio di funzione giurisdizionale, sostitutiva di quella degli organi dello Stato, ma ha natura privata, e tale natura esclude la configurabilità del processo arbitrale come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce al giudice dello Stato; ne deriva che la devoluzione della controversia agli arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato; in ragione di ciò, la differenza fra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale non può rinvenirsi nel fatto che solo nel primo le parti vogliono conseguire una decisione sul piano giurisdizionale, ma va rav-

visata invece nel fatto che, mentre nell'arbitrato rituale le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale (artt. 816 ss. c.p.c.), in quello irrituale esse intendono invece affidare all'arbitro la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà», lettura poi confermata *ex multis* da Cass., Sez. I, 30 agosto 2002, n. 12714; Cass., Sez. I, 20 luglio 2006, n. 16718; Cass., Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24059; Cass., Sez. I, 2 luglio 2007, n. 14972.

Tale indicazione, in realtà, non poteva dirsi condivisa dalla Corte Costituzionale, la quale, ammettendo con la sentenza n. 376 del 2001 la possibilità che gli arbitri sollevino questioni di legittimità costituzionale, deponeva evidentemente per la natura giurisdizionale del procedimento arbitrale: «sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie».

Indicazione questa, peraltro, unica a essere coerente con una facoltà che ai privati è invece sottratta, come la stessa Corte ebbe a dire (ordinanza 13 febbraio 2003, n. 52) a proposito della tesi, avanzata in letteratura e proposta in concreto da chi la formulò, che il notaio possa sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'esercizio delle proprie funzioni.

D'altro canto e ancora, la stessa Corte di cassazione, ancorché abbia ribadito la tesi della natura tutta contrattuale dell'arbitrato irrituale, ha nel contempo affermato che il procedimento di liquidazione dell'onorario spettante agli arbitri valga anche per l'arbitrato irrituale.

Si legge ad es. nella motivazione di Cass., Sez. I, 3 settembre 2004, n. 17808, che «in entrambe le ipotesi le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno quindi identica natura, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicché non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale»; e si veda altresì Cass., 8 agosto 2003, n. 11963.

È quindi evidente come la stessa giurisprudenza non porti indicazioni sufficienti per la soluzione del problema in esame, senza dimenticare che si tratta di pronunce formulate prima che l'arbitrato irrituale trovasse ingresso nelle parole del legislatore.

In tale situazione gli arbitri ritengono necessario prendere in esame, anzitutto, il tenore dell'art. 808-ter c.p.c., la

cui formula non del tutto chiara serve tuttavia ad impostare il problema.

Il comma 1 della disposizione indica che qualora le parti non abbiano deciso di determinare le liti con arbitrato irrituale «si applicano le disposizioni del presente titolo»: da taluno si evince allora e *a contrariis* che la disciplina del titolo ottavo del Libro quarto del c.p.c., quella dell'arbitrato rituale, non si applicherebbe all'arbitrato irrituale. La disposizione in esame non dice questo: infatti nel rinviare a quella disciplina per l'arbitrato rituale non esclude che le stesse regole valgano per l'arbitrato irrituale; semplicemente su questo nulla precisa.

Si è però aggiunto che, ammessa in ipotesi la natura processuale del procedimento che porta al lodo irrituale, sarebbe operazione ermeneutica non corretta dover discernere, all'interno di quel corpo di regole, le norme applicabili da quelle non applicabili all'arbitrato irrituale.

Si è anche ulteriormente asserito che l'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c., che in realtà si spiega solo interpretandolo nel senso avvertito dalla tesi in esame, sarebbe disposizione inutile e scritta *ad abundantiam*, perché nessuna regola del titolo ottavo si applicherebbe, nemmeno quella testualmente esclusa dall'ora richiamato ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c.

Il Collegio ritiene anzitutto che sia principio ermeneutico fondamentale quello che attribuisce un senso operativo concreto, ove possibile, alle norme di legge (Messineo, *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 505; Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 227), secondo il principio *magis valeat quam pereat*.

In tal senso una lettura «conservativa» della disposizione in commento deve appunto verificare se la previsione dell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c. possa svolgere un ruolo operativo concreto, piuttosto che ritenerlo *sic et simpliciter* del tutto inutile.

Si può allora dire che la regola trovi un proprio referente proprio nella legge delega, intesa a disciplinare in modo unitario il procedimento per l'arbitrato, sia pure su presunzioni opposte quanto alle regole applicabili: ovvero che nell'arbitrato rituale occorra dettare una disciplina esaustiva del procedimento, rimettendo invece alle parti la possibilità e il compito di regolare interamente quello irrituale, senza però lasciarle prive di soccorso in caso di loro silenzio.

Di qui ben si comprende allora il senso dell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c., dettato ad evitare che il silenzio delle parti - o anche e al contrario la pretesa che si apponga l'*exequatur* al lodo irrituale - lascino spazi a dubbi sulla necessità (o, al contrario, sulla possibilità per patto) di subordinare l'efficacia del lodo irrituale a tale ulteriore formalità.

In tal modo, allora, si mantiene unitarietà al procedimento arbitrale e si conserva significato operativo alla disposizione appena ricordata.

Dunque e al contrario di quella tesi, una volta accertato che anche il lodo irrituale è il prodotto di un procedi-

mento processuale, non vi è alcuna ragione per negare che le regole del procedimento che porta al lodo rituale valgano, per quanto di ragione, a completare le fasi del procedimento irrituale, salvo beninteso che risulti diversamente dalla legge, come appunto si coglie nell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c.

L'idea che l'arbitrato irrituale sia contratto anche nel procedimento porta invece alla totale abrogazione proprio dell'inciso dell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c., che certamente sarebbe pleonastico se fosse accertato in anticipo che il procedimento è appunto puramente contrattuale: ma una tale lettura usa però quale presupposto - la pretesa natura contrattuale del procedimento - ciò che invece deve essere dimostrato e ciò al fine di neutralizzare le disposizioni che depongono in senso contrario, secondo quello che la letteratura non solo tedesca definisce *Inversionmethode*.

Si può poi ulteriormente precisare che il passo della legge delega già ricordato e inteso nel senso dell'applicabilità delle regole del titolo ottavo anche all'arbitrato irrituale, e salve le eccezioni espresse o per incompatibilità, ben si concilia con le ulteriori previsioni della medesima norma, che nell'attribuire la delega al governo aggiungeva anche che la disciplina avrebbe dovuto - anche qui senza alcuna distinzione tra forme di arbitrato - «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo... una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria», che appunto ben si concilia con la successiva precisazione 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».

D'altro canto l'ulteriore conseguenza già ricordata della tesi contraria ad applicare all'arbitrato irrituale le disposizioni del titolo ottavo del Libro quarto del c.p.c. - ovvero che sarebbe preclusa la tutela cautelare anticipatoria del diritto oggetto di arbitrato - pone un limite davvero inaccettabile alla tutela cautelare.

Si pensi a tutte le istanze che pretendano una pronuncia di carattere costitutivo: quale cautela attribuire al contraente deluso, una volta affermato che il suo diritto in attesa di composizione in arbitrale irrituale (ad es. quello al trasferimento coattivo dell'immobile magari interamente pagato) vada inteso come diritto futuro?

E comunque e più in generale, a prescindere dall'esempio concreto, quale regola autorizza a limitare la tutela cautelare *ante causam*, solo per la necessità che l'interprete avverta di mantenere simmetria alla soluzione che propone a costo di sterilizzare le discipline in vigore e il senso delle disposizioni espresse?

Ma non è questo l'unico problema che la teoria «contrattualistica» del procedimento creerebbe, al contrario di quella processualista, che anche per tale motivo ha ragione d'essere preferita.

Se si configurasse come totalmente contrattuale il procedimento che porta al lodo irrituale, non troverebbero

applicazione né l'art. 810 c.p.c. nel caso di rifiuto di nominare l'arbitro né l'art. 823 c.p.c. nel caso di disaccordo degli arbitri nella decisione.

Da ciò una serie di conseguenze inaccettabili: anzitutto che chi non voglia veder decisa la controversia potrebbe limitarsi a non fare assolutamente nulla, non essendoci nel codice civile alcuna regola che consenta di nominare il mandatario nel caso di silenzio del mandante pur a tanto obbligato.

Inoltre nella seconda ipotesi il lodo irrituale, nel silenzio delle parti sulla possibilità di pronunciare a maggioranza, peraltro frequentissimo nell'esperienza pratica, potrebbe emettersi solo nel totale accordo degli arbitri e giammai a maggioranza.

È noto infatti che nei contratti sinallagmatici di scambio, ancorché a formazione progressiva, quale necessariamente sarebbe il lodo irrituale quale esito del mandato a transigere, il principio di maggioranza non trova ingresso, essendo semmai operante nei rapporti contrattuali di tipo societario o associativo in relazione alle delibere assembleari.

In tale situazione chiunque abbia interesse a impedire la decisione potrebbe limitarsi a nominare come arbitro un proprio rappresentante - il quale non dovrebbe nemmeno essere imparziale, giacché anche qui non si applicherebbe l'art. 815 c.p.c. - che nell'arbitrato esprima sempre e costantemente un'opinione diversa da quella degli altri. Sarebbe allora impossibile uscire da questa *impasse*, in quanto la clausola arbitrale imporrebbe comunque di ricominciare l'arbitrato da capo se gli arbitri nominati non abbiano deciso nei termini assegnati e appunto all'unanimità, essendo estinto il loro potere (Cass., Sez. I, 28 luglio 1995, n. 8243; Cass., 12 settembre 1984, n. 4794)! Si pensi poi, e ancora, al potere attribuito dall'art. 35 comma 5 del d.lgs. n. 5 del 2003, conferito anche agli arbitri irrituali, di sospendere «con ordinanza non impugnabile» la delibera assembleare impugnata: è evidente che sia la forma - l'ordinanza - che l'effetto - la sospensione della delibera - dei poteri attribuiti anche agli arbitri irrituali si spieghino solo nell'ambito della natura processuale del procedimento arbitrale irrituale, non mai di quello contrattuale, che non conosce i poteri di sospensione di atti giuridici dei terzi quali sono le delibere impugnate.

In definitiva il Collegio ritiene che possa essere mantenuta valida anche dopo la riforma l'indicazione, già sopra ricordata, che si legge in Cass., 3 settembre 2004, n. 17808, per la quale «non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del c.p.c. sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuarne il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale».

Non si tratta di compito improbo: l'inapplicabilità del procedimento di *exequatur* è già nella legge, ovvero nell'ultimo comma dell'art. 808-ter c.p.c.; le altre ipotesi si vedranno caso per caso e la letteratura si è già cimentata in proposito, come sopra si è ricordato. Certo è che le

difficoltà in proposito non costituiscono ragione sufficiente - e nemmeno culturalmente sostenibile - per negare che al procedimento arbitrale irrituale si applichino, nei limiti della compatibilità ma direttamente e non in analogia, le regole del titolo ottavo del libro quarto del codice di procedura civile.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale all'unanimità, ritenuto applicabile all'arbitrato in oggetto l'art. 816-ter c.p.c., ritenuta necessaria la deposizione dei testimoni già ammessi, più volte citati e non comparsi avanti al Collegio, nelle persone dei sigg.ri..., dispone la predisposizione e pre-

sentazione al Presidente del Tribunale di Venezia di separato ricorso perché sia ordinato ai medesimi la comparizione avanti al Collegio, nelle date che verranno fissate dal Collegio all'esito del provvedimento presidenziale.

Riserva inoltre la decisione sulle contrapposte richieste di consulenza tecnica e ogni ulteriore decisione istruttoria, all'esito del completamento delle prove orali.

Così deciso all'unanimità dal Collegio arbitrale il 19 febbraio 2008.

Si comunichi ai difensori a mezzo della segreteria del Collegio.

(Omissis).

IL COMMENTO

di Valerio Sangiovanni

Qual è la natura del procedimento arbitrale irrituale: contrattuale oppure processuale? Questo è il quesito che i due provvedimenti in esame affrontano. Sia l'autorità giudiziaria sia quella arbitrale giungono alla conclusione che il procedimento arbitrale irrituale abbia natura processuale e non contrattuale. Con ampiezza di argomentazioni, l'ordinanza arbitrale veneziana illustra le ragioni per cui l'affermazione della natura contrattuale del procedimento arbitrale irrituale porterebbe a risultati non soddisfacenti in termini di tutela delle parti coinvolte.

Premessa

Si è riportato sopra il testo di due provvedimenti, uno di origine giudiziaria, l'altro di origine arbitrale, che si occupano di questioni di arbitrato. Per quale ragione una rivista come «I Contratti» si dovrebbe occupare di arbitrato? Non è forse l'arbitrato espressione del processo civile e, dunque, del diritto pubblico? Questo è esattamente il nocciolo della questione affrontata nei due provvedimenti in esame: la natura contrattuale (o meno) del procedimento arbitrale irrituale (1).

Di maggiore interesse, ai fini di una riflessione teorica sulla natura contrattuale (o meno) del procedimento arbitrale irrituale, è l'ordinanza arbitrale rispetto al decreto presidenziale. Come avrà difatti già notato il cortese lettore, il provvedimento del Presidente del Tribunale di Venezia è succinto, perché non fa altro che recepire la soluzione proposta, con ampiezza di argomentazioni, dal Collegio arbitrale veneziano. Nel prosieguo si esaminerà dunque, soprattutto, l'iter argomentativo seguito dal Collegio arbitrale.

Per comprendere appieno i termini dei problemi affrontati nei due provvedimenti in commento bisogna partire da quanto dispone il nuovo art. 808-ter c.p.c., che

disciplina l'arbitrato irrituale (2). Questa disposizione prevede che «le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo» (art. 808-ter comma 1 c.p.c.). L'art. 824-bis c.p.c., a cui l'art. 808-ter c.p.c. rinvia, disciplina l'efficacia del lodo, prevedendo che «salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria». Ecco allora enucleata la differenza essenziale fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale: il primo si conclude con un «lodo», il secondo con una «determinazione contrattuale». Mentre il lodo ha, per previsione di legge, effetti di sentenza, la determinazione contrattuale non ha tali effetti. Nella materia in esame questo è uno dei pochi punti fermi: l'esito di un arbitrato rituale e di uno irrituale sono diversi. Per il resto, come si vedrà, non è affatto agevole stabilire se all'arbitrato irrituale si applichino le disposizioni procedurali previste per quello rituale.

L'accesso all'arbitrato irrituale presuppone, come ri-

Note:

(1) In materia di arbitrato irrituale cfr., fra i contributi più recenti, C. Arigoni, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 323 ss.; E. Bernini, *Principio del contraddittorio e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2006, 701 ss.; T. Mancini, *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 111 ss.; L.M.C. Morellini, *Rilevanza della volontà delle parti per distinguere l'arbitrato rituale da quello irrituale*, in *Le Società*, 2006, 235 ss.; V. Tavormina, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, 1614 ss.; G. Verde, *Arbitrato irrituale*, in *AA.VV., La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, 2006, 7 ss.; M. Curti, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005.

(2) Sulla riforma dell'arbitrato del 2006 cfr. F. Corsini, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, 515 ss.; *AA.VV., La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., *passim*.

chiede esplicitamente la legge (art. 808-ter comma 1 c.c.), una pattuizione scritta dei contraenti. Bisogna insomma che le parti abbiano effettivamente voluto dare mandato a certi soggetti di risolvere una controversia con una decisione che abbia effetti contrattuali.

In assenza di una pattuizione espressa per iscritto delle parti, si applicano le disposizioni del presente titolo, dice la legge. Il riferimento è al titolo ottavo del codice di procedura civile, riguardante l'arbitrato rituale (artt. 806-840 c.p.c.).

Peraltro, l'art. 808-ter comma 1 c.p.c. non pare perfettamente corretto dal punto di vista della tecnica legislativa, in quanto - se non vi è stata scelta espressa per iscritto in favore dell'arbitrato irrituale (e l'arbitrato è dunque rituale) - si applicano sì le disposizioni del titolo ottavo, ma con esclusione dell'art. 808-ter c.p.c., dedicato appunto all'arbitrato irrituale. Sarebbe stata dunque più corretta la seguente locuzione: «altrimenti si applicano le *altre* disposizioni del presente titolo».

Qual è il reale significato da attribuirsi all'espressione di legge «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo»? Il titolo ottavo sull'arbitrato contiene difatti numerose norme, che si occupano di profili estremamente variegati. L'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. prescrive che all'arbitrato irrituale non si applicano tutte le disposizioni dall'art. 806 c.p.c. all'art. 840 c.p.c.? Questo è, in sintesi, la questione che hanno posto le decisioni in commento. Per essere più precisi: nella specie, la questione è stata originata dall'applicabilità (o meno) dell'art. 816-ter comma 3 c.p.c. «se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale nella sede dell'arbitrato che ne ordini la comparizione davanti a loro». Il Collegio arbitrale veneziano intende sentire dei testimoni, che però si rifiutano di comparire. Possono gli arbitri, nel contesto di un arbitrato irrituale, avvalersi dell'art. 816-ter comma 3 c.p.c.? Possono cioè chiedere al Presidente del Tribunale che ordini la comparizione dei testimoni? Per rispondere a questa domanda bisogna comprendere se tale disposizione, che si applica certamente all'arbitrato rituale, si applichi anche a quello irrituale.

Ad avviso di chi scrive l'espressione «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo» (art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c.) non è decisiva per risolvere il problema che qui interessa. Tale locuzione va difatti interpretata solo nel senso che la legge intende sottolineare l'importanza che la scelta in favore dell'arbitrato irrituale venga effettuata con «disposizione espressa per iscritto» (3). In mancanza di una tale scelta espressa per iscritto, si applica interamente l'arbitrato codicistico. Allo stesso modo, nel caso d'incertezza in merito alla natura (rituale o irrituale) dell'arbitrato, l'arbitrato deve considerarsi rituale, essendo non sicura la scelta espressa in favore di quello irrituale. Secondo questa interpretazione, l'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. non si occupa di stabilire quali disposizioni debbano regolare l'arbitrato irri-

tuale. La norma si limita a ribadire («altrimenti») che, in mancanza di scelta, si applicano le disposizioni sull'arbitrato rituale. L'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. lascia pertanto irrisolto il problema che qui interessa: quali siano le norme che regolano l'arbitrato irrituale.

La problematica del rapporto fra le disposizioni che regolano l'arbitrato rituale e le disposizioni che (non) regolano l'arbitrato irrituale è decisamente complessa. Qui di seguito si cercherà di tratteggiare le possibili diverse soluzioni.

Prima tesi: all'arbitrato irrituale non si applica alcuna delle disposizioni sull'arbitrato rituale

Secondo una tesi l'arbitrato irrituale sarebbe regolato solo dall'art. 808-ter c.p.c. e non dalle restanti disposizioni del titolo ottavo in materia di arbitrato (4). I contraenti possono naturalmente, esercitando la loro autonomia contrattuale, disciplinare il procedimento arbitrale nei termini che ritengono più opportuni. Ma in assenza, secondo questa opinione, non si possono applicare le disposizioni del titolo ottavo. Questa tesi è quella più consona al fenomeno dell'arbitrato irrituale quale si è evoluto storicamente: l'arbitrato irrituale è un meccanismo di soluzione delle controversie particolarmente flessibile in quanto slegato dai vincoli codicistici. Allo stesso tempo, con l'art. 808-ter c.p.c., il legislatore del 2006 introduce alcune regole minime, riconducibili essenzialmente alla necessità che la volontà delle parti in favore dell'arbitrato irrituale si esprima in modo chiaro e univoco (comma 1) e alla possibilità che il lodo venga annullato in presenza di alcune gravi violazioni (comma 2). Per il resto l'arbitrato irrituale è una sorta di «buco nero», di spazio vuoto, in relazione al quale i contraenti possono esprimere al massimo la propria autonomia contrattuale. In via riassuntiva si può dire che, secondo questa tesi, l'arbitrato irrituale è affidato quasi totalmente all'autonomia contrattuale delle parti, salvo un nucleo centrale di garanzie - del tutto minimo - stabilito nell'art. 808-ter c.p.c.

Questa impostazione pare, in sé, convincente. Il problema che rimane irrisolto è però quello di capire quali debbano essere le disposizioni che regolano il procedimento in assenza di accordi fra le parti. Siccome la disciplina risultante dall'art. 808-ter c.p.c. è veramente scarna, è facile che si pongano - lungo tutto l'arco del procedimento arbitrale - diverse questioni cui gli arbitri devono, in qualche modo, dare una risposta. Se le parti trovano un accordo al riguardo, *nulla quaestio*. Il problema è che chi litiga tende ad avere difficoltà a trovare un accordo con la controparte. Il caso in esame lo dimostra:

Note:

(3) Cfr. P.L. Nela, *Commento all'art. 808-ter*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, diretto da S. Chiarloni, II, Torino, 2007, 1646; B. Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 26, nota 6.

(4) In questo senso, ad esempio, P. Campanile, *L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina*, in *Contr. impr.*, 2007, 827 s.

un passaggio che sarebbe relativamente banale in un arbitrato rituale (quale quello relativo all'audizione di testi) diventa oggetto di controversia fra le parti. Se l'art. 816-ter c.p.c. non si applica e i testimoni non possono essere obbligati a presentarsi dinanzi agli arbitri per essere sentiti, l'arbitrato irrituale diventa una modalità di rendere giustizia veramente spuntata.

Al fine di cercare di risolvere il problema che ci occupa, giova iniziare l'analisi esaminando la rubrica dell'art. 808-ter c.p.c., la quale recita «arbitrato irrituale». Si è visto sopra che la differenza principale fra l'arbitrato rituale e quello irrituale risiede negli effetti dell'atto finale del procedimento (ossia deroga all'art. 824-bis c.p.c. nel caso di arbitrato irrituale). Una terminologia maggiormente corretta avrebbe dunque dovuto semplicemente distinguere fra «lodo con effetto di sentenza» quale opposto a «lodo con effetto di contratto» (e non fra «arbitrato rituale» e «arbitrato irrituale»). Il termine «irrituale», se riferito ad arbitrato, sembra difatti indicare le modalità con le quali si svolge il procedimento: in un caso «ritualmente» (ossia osservando tutte le disposizioni procedurali fissate dal titolo ottavo), nell'altro caso «irritualmente» (vale a dire senza osservare le disposizioni procedurali fissate dal titolo ottavo?). Se si attribuisce questo significato alla differenza terminologica in esame, si potrebbe propendere per la tesi che l'arbitrato irrituale, proprio in quanto «irrituale», si svolge senza l'osservanza di regole procedurali desumibili dal titolo ottavo del codice di procedura civile. L'argomento terminologico è però piuttosto debole.

Passando all'esame del testo della legge, l'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. dice che all'arbitrato rituale si applicano le disposizioni del titolo ottavo. Interpretando questa norma *ex negativo*, si potrebbe affermare che all'arbitrato irrituale *non* si applicano le disposizioni del titolo ottavo. Secondo questa interpretazione le disposizioni sull'arbitrato (artt. 806-840 c.p.c.) disciplinerebbero il mero arbitrato rituale (e non quello irrituale). A ben guardare, però, l'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. fa sì un'affermazione positiva (all'arbitrato rituale si applicano le disposizioni del titolo ottavo), ma non contiene un'affermazione negativa (all'arbitrato irrituale *non* si applicano le disposizioni del titolo ottavo). La norma tace, non dice che disposizioni si applichino all'arbitrato irrituale.

Contro un'interpretazione dell'art. 808-ter comma 1 c.p.c. nel senso che all'arbitrato irrituale non si applichi alcuna delle disposizioni sull'arbitrato milita anche la seguente considerazione. Se l'espressione «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo» significa che all'arbitrato irrituale non si applicano le disposizioni dello stesso titolo non si capisce per quale ragione il legislatore abbia, con l'art. 808-ter comma 2 n. 5 c.p.c., sentito l'esigenza di escludere espressamente l'applicabilità dell'art. 825 c.p.c. (5). Se l'art. 808-ter comma 1 alinea 2 c.p.c. costituisce un'eccezione di carattere generale (= è esclusa l'applicazione di tutte le disposizioni dall'art. 806

c.p.c. all'art. 840 c.p.c.), a cosa serve un'eccezione di carattere speciale (= è esclusa l'applicazione del solo art. 825 c.p.c.)? La prima eccezione includerebbe difatti la seconda e la renderebbe superflua.

Sulla base di queste argomentazioni si deve ritenere che non sia rinvenibile nel nostro ordinamento un principio secondo il quale all'arbitrato irrituale non si possa applicare alcuna delle disposizioni dettate per l'arbitrato rituale.

Seconda tesi: all'arbitrato irrituale si applicano tutte le disposizioni sull'arbitrato rituale

Vi è poi il caso opposto a quello appena esaminato. In una diversa prospettiva si potrebbe cioè sostenere che all'arbitrato irrituale si applichino tutte le disposizioni del titolo ottavo.

Questa soluzione pare però troppo rigida e non convince. Se si ritiene che all'arbitrato irrituale si applichino tutte le disposizioni del titolo ottavo, vi è difatti da chiedersi che differenza reale vi sia fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale (salvo per la diversa efficacia del lodo). In altre parole, se si applicassero esattamente le stesse norme a tutti e due i tipi di arbitrato, non avrebbe senso disciplinare legislativamente la figura dell'arbitrato irrituale. La tesi radicale secondo cui all'arbitrato irrituale si applicano esattamente tutte le disposizioni procedurali previste per quello rituale non è convincente poiché tramuterebbe l'arbitrato da «irrituale» a «rituale». Anche per questa ragione di fondo chi scrive predilige la tesi, fatta proprio dal Collegio arbitrale veneziano, per cui bisogna valutare singolarmente quali fra le disposizioni sul procedimento arbitrale rituale possano trovare applicazione all'arbitrato irrituale.

Passando poi all'esame delle singole disposizioni di legge, la tesi della perfetta coincidenza disciplinare fra arbitrato rituale e irrituale è confutata dalla semplice lettura delle norme. Si può difatti con certezza affermare che non tutte le disposizioni del titolo ottavo si applicano all'arbitrato irrituale. Sono individuabili alcune eccezioni: vi sono disposizioni sull'arbitrato rituale che certamente non si applicano a quello irrituale.

Una prima eccezione, di carattere espresso, risulta dal testo dell'art. 808-ter comma 1 c.p.c.: «in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis». Il lodo emesso all'esito di un arbitrato irrituale non ha dunque gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

Una seconda eccezione è costituita dall'art. 808-ter comma 2 c.p.c.: «il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del Libro I: 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nomi-

Nota:

(5) Cfr. M. Bove, *Commento all'art. 808-ter*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1184.

nati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il contraddittorio». L'art. 808-ter comma 2 c.p.c. prevede i casi in cui il lodo contrattuale è annullabile. Così facendo, il legislatore fa un'eccezione agli artt. 827-831 c.p.c. che disciplinano le impugnazioni in materia di arbitrato rituale.

Una terza eccezione, di carattere espresso, è data dall'art. 808-ter comma 2 n. 5 c.p.c. «al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825». L'art. 825 c.p.c. si occupa del deposito del lodo e prevede che «la parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto» (art. 825 comma 1 c.p.c.) (6). La disposizione sul deposito del lodo non si applica all'arbitrato irrituale in quanto l'arbitrato irrituale termina con una determinazione contrattuale. A questa determinazione contrattuale non può essere data esecutività. Rispetto a tale determinazione contrattuale le parti possono essere inadempienti. Se una di esse dovesse essere inadempiente si potrà adire la giustizia ordinaria per ottenere l'adempimento o per esperire gli altri rimedi che l'ordinamento riconosce. Il meccanismo del deposito del lodo ai fini dell'attribuzione di esecutività non ha senso nel contesto dell'arbitrato irrituale.

Le disposizioni elencate (nell'ordine di esame: art. 824-bis, artt. da 827 a 831, art. 825 c.p.c.) non si applicano al lodo contrattuale. Ciò è fuori di dubbio, in quanto si tratta di eccezioni fatte direttamente dalla legge. Ma quale conseguenza di carattere sistematico si può ricollegare alla presenza di queste eccezioni?

Si potrebbe sostenere che all'arbitrato irrituale si applicano tutte le (altre) disposizioni del titolo ottavo, fatta eccezione per tali articoli. Se così fosse, troverebbe applicazione all'arbitrato irrituale anche l'art. 816-ter comma 3 c.p.c. che consente al Presidente del Tribunale di ordinare la comparazione dei testimoni. Si potrebbe però, d'altro canto, sostenere che - con ciò - in legislatore non ha ancora affermato che le altre disposizioni del titolo ottavo debbano trovare applicazione all'arbitrato irrituale. Tutte le altre norme si trovano, in realtà, in una sorta di limbo: 1) la loro applicazione non è esclusa dalla legge; 2) ma la loro applicazione non è nemmeno imposta dalla legge. A queste condizioni, ad avviso di chi scrive, spetta all'interprete - secondo le regole che disciplinano l'interpretazione della legge (meccanismo dell'analogia) - stabi-

lire se le altre disposizioni del titolo ottavo possano trovare applicazione all'arbitrato irrituale.

Si prenda l'esempio dell'art. 826 c.p.c. sulla correzione del lodo. La legge non afferma che questa disposizione si applica all'arbitrato irrituale. La legge non dice però nemmeno che la norma non si applica all'arbitrato irrituale. Escluderne *in toto* l'applicazione all'arbitrato irrituale (prima tesi) pare eccessivamente rigido. Per affermare, al contrario, la sicura applicazione di tale disposizione (come pure di tutte le altre norme del titolo ottavo; seconda tesi) all'arbitrato irrituale, mancano elementi normativi certi. Probabilmente la soluzione corretta è quella di valutare, di volta in volta, l'applicabilità di singole norme sulla base delle regole dell'analogia. Nel caso, ad esempio, della correzione del lodo, non si vede per quali ragioni non possa ritenersi applicabile anche all'arbitrato irrituale una disposizione come l'art. 826 c.p.c. (7).

Terza tesi: all'arbitrato irrituale si applicano alcune delle disposizioni sull'arbitrato rituale

Il Collegio arbitrale di Venezia, nella pronuncia in commento, distingue anzitutto fra la «natura dell'esito del procedimento» e la «natura del procedimento» nel contesto dell'arbitrato irrituale. Mentre non vi sono dubbi in merito al carattere contrattuale della «determinazione» con cui finisce l'arbitrato irrituale, i provvedimenti in commento preferiscono la tesi per cui il procedimento ha carattere processuale (e non contrattuale).

Una buona parte delle argomentazioni del Collegio arbitrale veneziano mira a dimostrare come l'affermazione della natura contrattuale del procedimento irrituale avrebbe gravose conseguenze in termini di tutela.

Se, in caso di arbitrato irrituale, non si applicasse alcuna delle disposizioni del titolo ottavo, non si applicherebbe - fra l'altro - l'art. 810 c.p.c. in materia di nomina degli arbitri (8). In particolare non troverebbe applicazione l'art. 810 comma 2 c.p.c., secondo cui «in mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato». Si tratta del caso in cui il convenuto non nomina il proprio arbitro. In questa ipotesi, nell'arbitrato rituale, l'altra

Note:

(6) In materia di deposito del lodo, anche per una ricostruzione storica della funzione, cfr. A. Maniàci, *Sulla validità del patto di non deposito del lodo*, in questa *Rivista*, 1998, 635 ss.

(7) In questo senso, ad esempio, C. Punzi, *Il processo civile*, III, Torino, 2008, 270.

(8) Sulla nomina degli arbitri sia consentito il rinvio a V. Sangiovanni, *Sulla natura del termine per la notificazione da parte del convenuto delle generalità dell'arbitro ex art. 810 c.p.c. (e sull'obbligo della Corte di cassazione di motivare le proprie sentenze)*, in *Giur. it.*, 2006, 1465 ss.; Id., *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2005, 1133 ss.

parte può rivolgersi al giudice per ottenere la nomina dell'arbitro mancante. L'ordinamento, in altre parole, vuole garantire che si giunga in ogni caso alla formazione di un tribunale arbitrale, che renda il giudizio cui è chiamato. Ma, se l'art. 810 comma 2 c.p.c. non si applica all'arbitrato irrituale, manca un meccanismo con cui si giunga con certezza alla nomina degli arbitri. Alla parte che, temendo di avere torto nel merito, vuole ostacolare con tutte le sue forze lo svolgimento del processo arbitrale basterebbe opporsi alla nomina degli arbitri. Non nominando il proprio arbitro, impedirebbe la formazione del collegio e, dunque, la decisione. La non applicazione dell'art. 810 c.p.c. porta in effetti con sé problemi pratici di non poco conto. La dottrina se ne avvede e propone delle soluzioni. Ad esempio si è sostenuta, per questa ipotesi, l'idea di ricorrere a una nomina giudiziale applicando l'art. 1473 comma 2 c.c. (9). Francamente non si comprende, a questo punto, perché - al posto di ricorrere a una disposizione che disciplina il contratto di compravendita - non dovrebbe piuttosto essere consentita l'analogia con una norma molto più vicina al caso in esame (= materia della nomina degli arbitri), quale l'art. 810 comma 2 c.p.c.

Il Collegio arbitrale veneziano evidenzia inoltre i rischi connessi al fatto che, se si ritiene non applicabile all'arbitrato irrituale l'intero titolo ottavo, non sarebbe applicabile nemmeno l'art. 815 c.p.c., che disciplina le ipotesi in cui gli arbitri possono essere ruscusati. L'arbitro, non temendo la ruscusazione, potrebbe comportarsi in modo parziale. Per risolvere questo problema si suggerisce in dottrina di dare applicazione alle disposizioni del codice civile sul mandato, in particolare a quelle sulla revoca al mandatario (10). Questa soluzione non pare, in realtà, convincente. Non si comprende difatti per quale ragione, anche a voler ritenere inapplicabile in via diretta l'art. 815 c.p.c., non si possa ricorrere a tale disposizione in via analogica.

Il Collegio arbitrale veneziano sottolinea infine che, a voler escludere l'applicabilità dell'intero titolo ottavo all'arbitrato irrituale, non troverebbe applicazione nemmeno - fra gli altri - l'art. 823 c.p.c., secondo cui «il lodo è deliberato a maggioranza di voti». Non trovando applicazione questa disposizione, la decisione dovrebbe essere presa all'unanimità. L'arbitro che vuole fare gli interessi della parte che lo ha nominato potrebbe esprimere sempre un parere opposto a quello degli altri arbitri, impedendo che si giunga a una decisione.

A queste osservazioni del Collegio arbitrale veneziano, che sottolineano i rischi che deriverebbero dall'affermazione della totale irrivalità del procedimento arbitrale irrituale, si potrebbe opporre che - in realtà - l'arbitrato «irrituale» gode di una sua particolare disciplina, per quanto ridotta ai minimi termini: si tratta di quanto previsto dall'art. 808-ter comma 2 c.p.c. (11). Questa regolamentazione richiama in parte le disposizioni del titolo ottavo. La legge dice, ad esempio, che il lodo contrattuale è annullabile «se il lodo è stato pronunciato da

chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812» (art. 808-ter comma 2 n. 3 c.p.c.). Ne consegue che l'art. 812 c.p.c. (incapacità di essere arbitro: «non può essere arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire») si applica anche all'arbitrato irrituale. A ben guardare, però, questo argomento non pare decisivo al fine di risolvere il problema che ci occupa. Il fatto che l'art. 812 c.p.c. si applichi indubbiamente all'arbitrato irrituale non ci consente di rispondere alla domanda di fondo, e cioè se tutte le disposizioni del titolo ottavo (fatta eccezione per quelle espressamente escluse) si applichino all'arbitrato irrituale.

Continuando l'analisi del testo dell'art. 808-ter comma 2 c.p.c. si trova conferma che l'arbitrato irrituale possiede una certa qual «ritualità». Si pensi al fatto che il lodo contrattuale è annullabile «se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio» (art. 808-ter comma 2 n. 5 c.p.c.). Sarebbe dunque errato affermare che il procedimento arbitrale irrituale è interamente devoluto all'autonomia dei contraenti, i quali possono fissare in totale libertà le regole del gioco che preferiscono. Questa affermazione sarebbe errata in quanto alcune regole (ad esempio quelle finalizzate a garantire il rispetto del principio del contraddittorio) sono comunque applicabili e non sono derogabili dalle parti, pena l'annullamento del lodo contrattuale. La necessità di rispettare il principio del contraddittorio è un indice della natura processuale (e non meramente contrattuale) dell'arbitrato irrituale.

L'art. 808-ter comma 2 c.p.c. contiene dunque un minimo di disciplina dell'arbitrato irrituale. Si potrebbe sostenere la tesi che tale disposizione contenga tutta la disciplina dell'arbitrato irrituale, con la conseguenza che non sarebbe necessario ricorrere all'applicazione delle altre disposizioni del titolo ottavo. Per quale ragione, ad esempio, menzionare il rispetto del principio del contraddittorio nell'art. 808-ter comma 2 c.p.c. (12)? Difatti se si applicassero comunque all'arbitrato irrituale le disposizioni del titolo ottavo, vi sarebbero già diverse norme che assicurano il contraddittorio. La stessa esistenza di una regola come l'art. 808-ter comma 2 c.p.c. (intesa come regolamentazione minima dell'arbitrato irrituale) potrebbe essere interpretata nel senso che all'arbitrato irrituale non si applicano le altre disposizioni del titolo ottavo.

Conclusioni

Nel complesso la soluzione proposta dal Collegio ar-

Note:

(9) P. Biavati, *Commento all'art. 808-ter*, in AA.VV., *Arbitrato. Commentario*, diretto da F. Carpi, 2a ed., Bologna, 2007, 180 s.

(10) In questo senso P. Biavati, *op. cit.*, 183 s.

(11) Cfr. V. Amendolagine, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, II, 66; P. Biavati, *op. cit.*, 168.

(12) P. Campanile, *op. cit.*, 828.

bitrale veneziano appare equilibrata, in quanto si colloca nel mezzo fra le due soluzioni radicali illustrate sopra, e pare sostanzialmente condivisibile. Le due tesi prospettate sopra prevedono, in un caso, che l'arbitrato irrituale sia lasciato interamente all'autonomia contrattuale delle parti e, nell'altro caso, che l'arbitrato irrituale sia disciplinato *in toto* dalle stesse disposizioni che regolano l'arbitrato rituale. Secondo il Collegio arbitrale veneziano bisogna invece valutare di volta in volta quali siano le disposizioni del titolo ottavo che possono trovare applicazione all'arbitrato irrituale. Il Collegio arbitrale fa in questo modo proprio quanto statuito (sebbene ad altri fini) da una sentenza della Corte di cassazione del 2004 (13).

In presenza di un arbitrato irrituale, agli arbitri possono porsi problemi di diverso genere. Al fine di risolvere tali questioni, l'approccio metodologico corretto pare essere il seguente. Anzitutto gli arbitri devono verificare se l'art. 808-ter c.p.c. e le altre disposizioni del titolo ottavo prevedano qualcosa di speciale per l'arbitrato irrituale. Ad esempio la legge chiarisce espressamente che al lodo contrattuale non si applica l'art. 825 (art. 808-ter comma 2 n. 5 c.p.c.). Al riguardo *nulla quaestio*. Per la soluzione di tutte le altre questioni che si possono porre,

non mi pare che sia vietato fare ricorso all'analogia. Quali sono, nel contesto che qui interessa, le disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe? A me pare che tali disposizioni siano, *in primis*, quelle sull'arbitrato (artt. 806-840 c.p.c.) e non quelle del codice civile.

Sulla base dei ragionamenti svolti, riteniamo quindi che:

1) se e soltanto se le parti scelgono espressamente per iscritto che l'arbitrato debba essere irrituale, tale arbitrato potrà essere effettivamente considerato irrituale;

2) a tale arbitrato non si applicano automaticamente le disposizioni del titolo ottavo (salvo, ovviamente, per l'art. 808-ter c.p.c. dedicato proprio all'arbitrato irrituale);

3) all'arbitrato irrituale si applicano *in primis* le disposizioni procedurali scelte dalle parti;

4) all'arbitrato irrituale possono applicarsi, per analogia, le disposizioni del titolo ottavo dettate per l'arbitrato rituale.

Nota:

(13) Cass., 3 settembre 2004, n. 17808, in Arch. giur. oo. pp., 2004, 957.

NOVITÀ

Diritto del turismo

Trimestrale di analisi, attualità e documentazione

Direzione: Francesco Morandi, Maurizio Riguzzi

Comitato di direzione: A. Antonini, S. Busti, M. Comenale Pinto, M. Deiana, L. Del Federico, F. Delfini, G.C. De Martin, G. De Nova, P. Di Palma, V.

Franceschelli, M. Gestri, E. Gragnoli, C. Ibba, M. La Torre, G. Meloni, R. Ruozi, V. Zeno-Zencovich, S. Zunarelli

Diritto del turismo si rinnova nella veste grafica e nei contenuti per fornire ai professionisti e agli operatori del settore l'**aggiornamento** costante, l'**approfondimento** delle tematiche attuali e gli strumenti per una pronta **risoluzione dei casi** più frequenti emersi nella pratica della professione turistica.

I più autorevoli esperti della materia forniscono **analisi operative, novità ed approfondimenti** tramite **contributi dal taglio pratico**, corredati da **esemplificazioni, box, grafici, schemi, tabelle e formule contrattuali**.

Diritto del turismo si rinnova anche nella struttura, tra le **nuove rubriche**:

- News
- Panorama Internazionale
- Il parere dell'esperto
- Speciali

Il **servizio on-line**, riservato esclusivamente agli abbonati è consultabile all'indirizzo **www.dottrinaediritto.it**. Il servizio, oltre a fornire **News e Documenti originali** in forma integrale, consente di consultare in anteprima l'**ultimo numero di "Diritto del turismo"** e i **numeri pubblicati nell'ultimo anno**.

Periodicità: **trimestrale**
Abbonamento annuale: **€ 80,00**

Per informazioni

- Servizio Informazioni Commerciali
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

