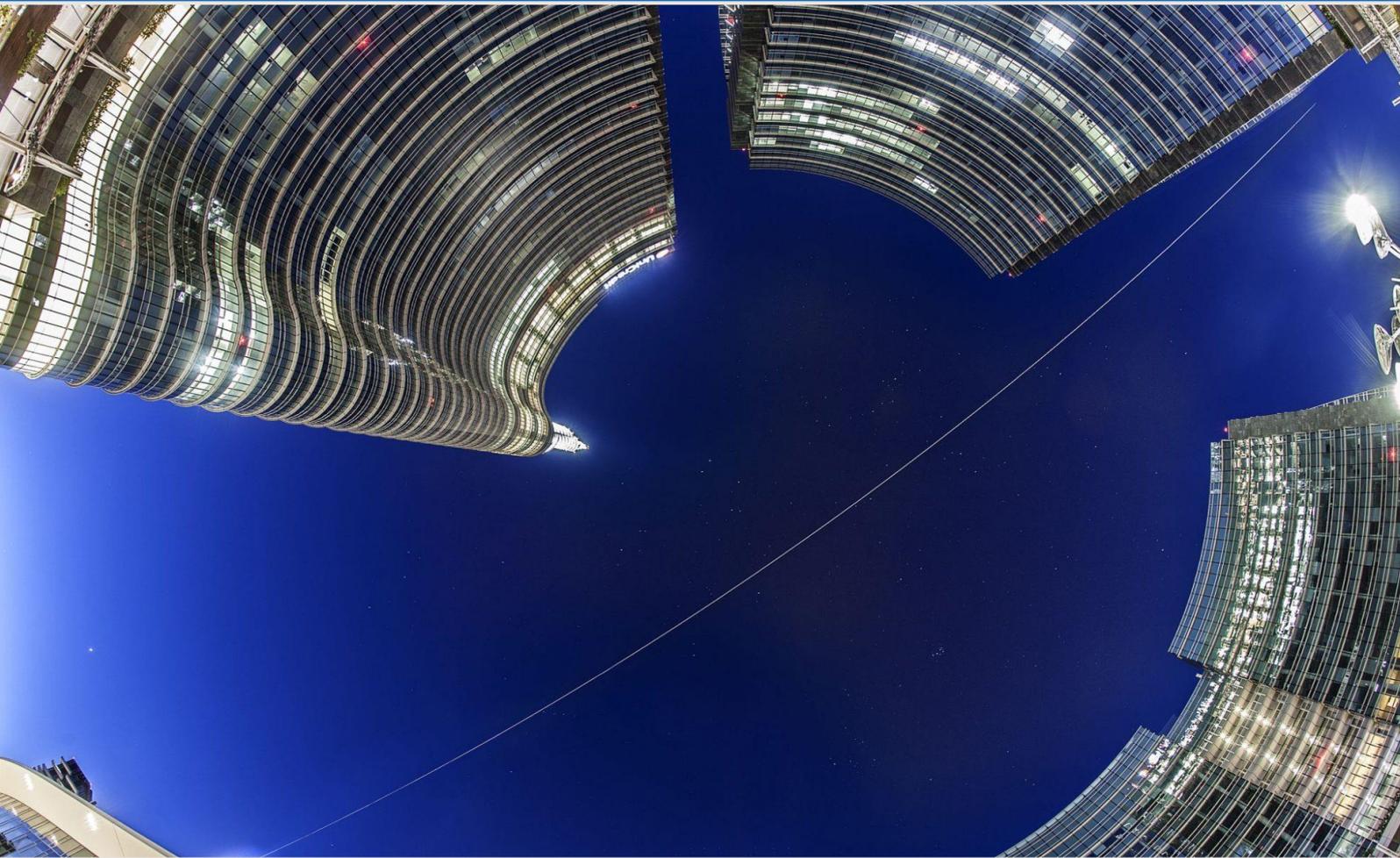


Vol. 8 (2023)



Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e
internazionale in Italia

Vol. 8 (2023)

Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e
domestico in Italia

Comitato di redazione

Avv. Roberto Oliva (general editor)
Avv. İdil Bozoğlu (deputy general editor)
Prof. Nicola Rizzo (deputy general editor)
Avv. Maurizio Di Rocco (editor)
Avv. Riccardo Robuschi (editor)
Dott. Giovanni Pometti (editor)
Avv. Thalín Zarmanian (editor)

Pubblicato nel luglio 2025 da
Arbitration in Italy Ltd
61 Bridge Street
HR5 3DJ Kington
United Kingdom

INDICE

Sull'impugnabilità del provvedimento arbitrale che risolve soltanto questioni istruttorie	
Cass., Sez. I Civ., 9 novembre 2022, n. 23996	3
Omessa pronuncia: nessun annullamento del lodo viziato se la domanda disattesa dovrebbe comunque essere rigetta	
Cass., Sez. I Civ., 8 novembre 2022, n. 32796	5
Riforma e nuovo regolamento arbitrale CAMT	8
Alcune riflessioni sulla riforma dell'arbitrato	10
Inadempimento alla convenzione di arbitrato:	14
una proposta di ricostruzione sistematica	14
Brevi riflessioni in tema di diritto al contraddittorio in arbitrato irrituale	
Cass., Sez. I Civ., 30 giugno 2023, n. 18601	23

*
**

**Sull'impugnabilità del provvedimento arbitrale che risolva soltanto
questioni istruttorie**

Cass., Sez. I Civ., 9 novembre 2022, n. 23996

[OMISSIS]

Questa Corte ha ritenuto che il lodo parziale sia immediatamente impugnabile, ai sensi dell'art. 827, comma 3, c.p.c., solo nel caso in cui, decidendo su di una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad esse, mentre l'immediata impugnabilità deve essere esclusa quando il lodo abbia deciso questioni preliminari di merito senza definire il giudizio (come l'eccezione di prescrizione: Cass. 24 luglio 2014, n. 16963).

Nella specie, però, l'ordinanza arbitrale, come invero interpretata dalla corte territoriale, ha soltanto risolto questioni istruttorie, premettendo alcune considerazioni a supporto del dispositivo della ordinanza (di ammissione di una c.t.u.), ma senza compromettere la decisione finale della controversia.

Vale, dunque, il disposto dell'art. 816-bis, comma 3, c.p.c., secondo cui su «tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito».

Si tratta invero di rilievi, contenuti nel lodo, che non sono idonei a costituire decum, ma meramente procedurali, come la corte del merito ha valutato.

Nessuna censura volta a lamentare la violazione di criteri ermeneutici dell'ordinanza arbitrale da parte della corte d'appello è stata, invece, dal ricorso proposta, non avendo i ricorrenti fatto oggetto di specifiche censure la sentenza impugnata sotto il profilo della violazione dei canoni della interpretazione degli atti giuridici.

[OMISSIS]

Il commento
di Matteo Boselli

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione (n. 32996 del 9 novembre 2022, disponibile qui) fornisce l'occasione per una riflessione circa il tema

dell'impugnabilità del provvedimento arbitrale che si sia limitato a risolvere unicamente questioni istruttorie.

Il caso, sottoposto al giudizio di legittimità della Suprema Corte, è infatti scaturito dalla pronuncia di un'ordinanza mediante la quale il collegio arbitrale ha statuito unicamente sulle istanze istruttorie avanzate dalle parti in causa, relative, in particolare, all'ammissione di una c.t.u.

Proposta impugnazione contro tale provvedimento arbitrale, la Corte di Appello di Bologna, negata la dedotta natura di lodo decisorio, l'ha dichiarata inammissibile.

Secondo la Corte d'Appello, infatti, il provvedimento impugnato non costituisce un lodo parziale, come tale immediatamente impugnabile, integrando, piuttosto, una semplice ordinanza non immediatamente impugnabile, dal momento che non ha deciso, neppure parzialmente, il merito della controversia, ma ha pronunciato solamente sulle istanze istruttorie delle parti.

Contro la sentenza della Corte Felsinea (n. 2287 dell'11 settembre 2018) è stato proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi, con i quali la ricorrente ha dedotto la violazione o falsa applicazione degli artt. 816-bis, 823 e 827 cod. proc. civ., adducendo, fra l'altro, che il giudice del gravame abbia errato nel considerare il provvedimento del collegio arbitrale come semplice ordinanza non impugnabile, anziché come lodo che ha deciso, seppure parzialmente, il merito della controversia, come tale immediatamente impugnabile.

La Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, in dichiarata conformità a un proprio precedente arresto (Cass., 24 luglio 2014, n. 16963), ha ri-affermato il principio in virtù del quale il lodo parziale è immediatamente impugnabile, ai sensi dell'art. 827, co. 3, cod. proc. civ., solo nel caso in cui, decidendo su una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad esse, mentre l'immediata impugnabilità deve essere esclusa quando il lodo abbia deciso questioni preliminari di merito senza definire il giudizio.

Ad avviso della Suprema Corte, peraltro, deve essere esclusa altresì l'immediata impugnazione del provvedimento arbitrale che risolva soltanto questioni istruttorie, pur premettendo alcune considerazioni a supporto della statuizione adottata, ma senza compromettere la decisione finale della controversia, atteso che, ai sensi dell'art. 816-bis, co. 3, cod. proc. civ., su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.

**

Omessa pronuncia: nessun annullamento del lodo viziato se la domanda disattesa dovrebbe comunque essere rigetta

Cass., Sez. I Civ., 8 novembre 2022, n. 32796

[OMISSIS]

In proposito, questa Corte (vedi Cass. n. 16171 del 28/06/2017; conf. n. 9693/2018; vedi anche n. 2313/2010), nell'applicare, già da tempo, il parametro del giusto processo, ha costantemente affermato il principio di diritto secondo cui, alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo come costituzionalizzato nell'art. 111, comma 2, Cost., nonché di una lettura costituzionalmente orientata dell'attuale art. 384 c.p.c. ispirata a tali principi, una volta verificata l'omessa pronuncia su un motivo di gravame, la Suprema Corte può omettere la cassazione con rinvio della sentenza impugnata e decidere la causa nel merito allorquando la questione di diritto posta con quel motivo risulti infondata, di modo che la statuizione da rendere viene a confermare il dispositivo della sentenza di appello (determinando l'inutilità di un ritorno della causa in fase di merito), sempre che si tratti di questione che non richiede ulteriori accertamenti di fatto.

Tale principio, seppur pronunciato nella situazione sopra esposta, è, in generale, sempre applicabile tutte le volte in cui principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo come costituzionalizzato nell'art. 111, comma 2, Cost., rivelano l'inutilità di un annullamento di una decisione giurisdizionale - anche il lodo arbitrale ha una tale natura, come recentemente confermato da Cass. S.U. n. 23418/2020 - per una violazione di natura meramente processuale, allorquando vi sia un'evidenza che l'organo giudicante a cui sarebbe rinviata la causa non potrebbe che rigettare (per la sua indiscutibile infondatezza) la domanda per la quale vi era stata l'omessa pronuncia (nel caso di specie, come detto, in ragione della sua incompatibilità logico-giuridica con la domanda principale già accolta con statuizione ormai passata in giudicato).

[OMISSIS]

Il commento
di Chiara Spaccapelo

La recente decisione della Cassazione n. 32796 del 8 novembre 2022 ha risolto una delicata questione processuale, statuendo che si applica anche al procedimento di impugnazione del lodo arbitrale il principio di diritto per cui in

ragione dei “principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo (...) e in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell’attuale art. 384 cod. proc. civ. ispirata a tali principi, una volta verificata l’omessa pronuncia su un motivo di gravame, la Suprema Corte può omettere la cassazione con rinvio della sentenza impugnata e decidere la causa nel merito allorquando la questione di diritto posta con quel motivo risulti infondata, di modo che la statuizione da rendere viene a confermare il dispositivo della sentenza di appello (determinando l’inutilità di un ritorno della causa in fase di merito), sempre che si tratti di questione che non richiede ulteriori accertamenti di fatto”.

Occorre quindi di verificare, partendo dal caso di specie, se la conclusione della Suprema Corte sia condivisibile o no.

Il Collegio arbitrale aveva accertato e dichiarato l’inadempimento contrattuale di O.P. Apol Industriale S.C.A. (d’ora in poi APOL), per aver consegnato a Solana s.p.a. una quantità di pomodoro notevolmente inferiore, rispetto alla media del territorio, determinando altresì a carico di APOL e a favore di Salana s.p.a. una penale di € 248.354,00. Nel lodo però gli arbitri omettevano di pronunciarsi sulla domanda riconvenzionale proposta da APOL, preordinata ad ottenere l’addebito della penale a Solana, per non avere ritirato il quantitativo di pomodoro offerto da APOL. Quest’ultima dunque proponeva impugnazione per nullità del lodo arbitrale per omessa pronuncia sulla predetta istanza.

La Corte d’Appello di Milano, pur dando atto che in effetti il lodo non aveva pronunciato sulla domanda riconvenzionale, cionondimeno ha rigettato l’impugnazione, ritenendo – in realtà erroneamente – che tale domanda fosse stata rinunciata in quanto non riproposta nelle conclusioni. La Corte d’Appello ha considerato che, in ogni caso, l’accertamento contenuto nel lodo, relativo all’inadempimento di APOL, si poneva in contrasto logico-giuridico con la domanda riconvenzionale dalla stessa proposta.

Avverso tale decisione APOL proponeva ricorso per Cassazione sulla base di due motivi, entrambi deducibili la violazione degli artt. 112 cod. proc. civ. e 829, comma 1, n. 12, cod. proc. civ.

Nello specifico, con la prima doglianza parte ricorrente rilevava come il principio di diritto affermato dalla sentenza impugnata – relativo all’implicito rigetto delle domande/eccezioni ove incompatibili con l’impostazione logico-giuridica seguita dalla sentenza sulle domande/eccezioni espressamente decise – trovasse applicazione solo nel caso in cui difetti un’espressa statuizione nel giudizio in ordine alla domanda e/o eccezione di cui sia stato omesso l’esame. Infatti, solo in questo caso si può presumere che il giudice, pur non prendendo espressamente in esame quella domanda/eccezione l’abbia nondimeno considerata e disattesa, motivando espressamente su altre domande/eccezioni incompatibili sul piano logico-giuridico con quelle non oggetto di espressa

pronuncia. Di contro, il lodo arbitrale non si era limitato a non pronunciare sulla domanda riconvenzionale diretta ad ottenere la condanna di Solana s.p.a. al pagamento della penale, ma aveva specificatamente motivato al riguardo, dichiarando espressamente rinunciata quella domanda. Era stata pertanto questa la ragione per cui gli arbitri avevano omesso di provvedere sulla domanda

riconvenzionale, e non già per l'implicito rigetto derivante dall'accoglimento della domanda principale.

Con il secondo motivo si denunciava il vizio della sentenza impugnata per aver ritenuto implicitamente rigettata la domanda riconvenzionale di APOL, per incompatibilità logico-giuridica con la domanda accolta di Solana s.p.a., nonostante l'espressa presenza nel lodo di una declaratoria di rinuncia alla domanda riconvenzionale.

La Suprema Corte, ritenendo entrambi i motivi di doglianza infondati, rigettava il ricorso, disponendo solo la modifica della motivazione ex art. 384, ultimo comma, cod. proc. civ. Infatti pur concordando con la ricorrente “che il motivo per cui il collegio arbitrale non si è pronunciato sulla domanda riconvenzionale non risiede tanto nella indiscutibile incompatibilità logico-giuridica di quest'ultima con la domanda principale, quanto nell'erroneo convincimento che tale riconvenzionale fosse stata rinunciata, dall'altro, non è, tuttavia, comunque ipotizzabile un rinvio alla Corte d'Appello”. E ciò per la sua “inutilità” perché il giudice del rinvio non avrebbe potuto che rigettare (per la sua indiscutibile infondatezza) la domanda per la quale vi era stata l'omessa pronuncia (in ragione della sua incompatibilità logico-giuridica con la domanda principale già accolta con statuizione ormai passata in giudicato).

L'estensione a tutte le decisioni giurisdizionali, e quindi anche al lodo arbitrale, dell'orientamento consolidato sull'art. 384 cod. proc. civ. volto a ridurre al minimo le ipotesi di cassazione con rinvio è condivisibile, alla luce del principio di economia processuale e a quello della ragionevole durata del processo, come costituzionalizzato nell'art. 111, comma 2, Cost.

Nel nostro sistema processuale il giudizio di rinvio assume un ruolo del tutto residuale. Una strada da imboccare solo ove non sia possibile farne a meno..

**

Riforma e nuovo regolamento arbitrale CAMT di Roberto Oliva

Il 1° marzo 2023 rappresenta una data importante per chi in Italia si occupa di arbitrato: entra infatti in vigore la riforma del codice di procedura civile, che contiene interventi mirati ma estremamente rilevanti per la materia arbitrale, ed entra in vigore anche il nuovo regolamento arbitrale della Camera arbitrale di Milano.

Esaminando quest'ultimo, le disposizioni maggiormente interessanti riguardano i poteri cautelari degli arbitri CAM.

Il nuovo art. 818 cod. proc. civ. consente alle parti di attribuire poteri cautelari agli arbitri, purché ciò sia fatto con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale, anche mediante rinvio a regolamenti arbitrali.

E ai sensi dell'art. 26 del nuovo regolamento arbitrale CAM, il Tribunale arbitrale ha il potere di adottare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento. Si tratta di una disposizione in realtà da tempo presente nel regolamento arbitrale, che però trova ora, in virtù della riforma, una ben più ampia applicazione.

Lo stesso art. 26 del nuovo regolamento arbitrale CAM prevede pure, ove ve ne siano i presupposti, l'emissione di provvedimenti inaudita altera parte, che potranno poi essere confermati, modificati o revocati dopo che sia stato suscitato il contraddittorio.

Se poi il Tribunale arbitrale non è ancora costituito, le parti potranno rivolgere le loro istanze cautelari o al Giudice dello Stato (ai sensi del nuovo art. 818, co. 2, cod. proc. civ.), oppure all'arbitro d'urgenza disciplinato dall'art. 44 del nuovo regolamento arbitrale CAM.

Si ha dunque una competenza concorrente diacronica (il Giudice dello Stato è competente prima della costituzione del Tribunale arbitrale, quest'ultimo dal momento della sua costituzione) e una competenza concorrente sincronica (sia il Giudice dello Stato che l'arbitro d'urgenza CAM sono competenti prima della costituzione del Tribunale arbitrale che sarà chiamato a decidere sul merito).

Un aspetto di particolare interesse è rappresentato dalla disciplina intertemporale: il nuovo regolamento arbitrale CAM si applica ai procedimenti arbitrali promossi a far data dal 1° marzo 2023. Nessuna rilevanza viene data, in relazione all'attribuzione di poteri cautelari agli arbitri CAM, successivamente (art. 26 del regolamento arbitrale) o precedentemente alla costituzione del Tribunale arbitrale (art. 44 del regolamento arbitrale), al momento di conclusione della convenzione di arbitrato.

In effetti, il rinvio contenuto nella clausola compromissoria al regolamento arbitrale deve essere considerato come un rinvio mobile, ai sensi dell'art. 832, co. 3, cod. proc. civ. Questo perché la scelta per l'arbitrato amministrato si fonda sulla fiducia delle parti per l'istituzione arbitrale; fiducia che – come osservato in dottrina – non può risolversi nella cristallizzazione di un assetto regolamentare alla data della clausola compromissoria, ma deve invece consentire all'istituzione di modificare il proprio regolamento, anche – come avvenuto nel caso di specie – per tener conto di sopravvenuti mutamenti normativi.

Quella effettuata dalla Camera arbitrale di Milano nel suo nuovo regolamento è senz'altro una scelta coraggiosa (atteso anche il rischio di reclamo ai sensi degli artt. 818-bis e 829, co. 1, cod. proc. civ.), ma che pare egualmente condivisibile, alla luce dell'appena vista piena compatibilità con la disciplina normativa dell'arbitrato amministrato e con la ratio della stessa. E in questa prospettiva ha pure rilevanza la circostanza che il regolamento arbitrale già prevedesse l'emissione di provvedimenti cautelari in corso di causa, con una disposizione che ha visto espandere il suo ambito di applicazione in conseguenza della riforma.

Certo non mancheranno impugnazioni dei provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri CAM e la giurisprudenza che su di esse si formerà verrà come consueto pubblicata e analizzata su questa Rivista.ell'ultimo decennio la Turchia ha compiuto passi significativi per diventare una giurisdizione favorevole all'arbitrato. Ciononostante, si osserva che i procedimenti di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri in Turchia sono oggetto di un esame più approfondito rispetto a quanto avviene in altre giurisdizioni favorevoli all'arbitrato.

*
**

Alcune riflessioni sulla riforma dell'arbitrato
di Roberto Oliva

Molto è stato scritto, e molto sarà ancora scritto, sulla riforma della disciplina dell'arbitrato contenuta nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

L'innegabile merito di questa riforma è quello di avvicinare il nostro sistema a quello di altri ordinamenti, che si riconoscono nella nostra medesima prospettiva di civiltà.

In questo senso vanno sicuramente interpretate le modifiche che hanno (finalmente) permesso agli arbitri di emettere provvedimenti cautelari, e quelle relative alla disclosure e alla ricusazione degli arbitri.

Altre modifiche ci pongono poi tra gli ordinamenti più avanzati: basti pensare a quella concernente l'individuazione della legge applicabile, che consente alle parti e agli arbitri di fare riferimento a norme sostanziali che non siano state prodotte da alcun ordinamento statale.

In questo contesto, di generale e grande soddisfazione, non possono però essere taciuti i limiti della riforma, che per di più derivano da formulazioni infelici delle nuove norme (a loro volta, conseguenza dell'urgenza con la quale sono state approvate, per di più con una anticipazione della loro entrata in vigore).

Innanzitutto, per quanto riguarda la disclosure.

La legge ora prevede che essa debba essere fatta, a pena di nullità dell'accettazione (art. 813 cod. proc. civ.). La stessa legge precisa poi che, in caso di omessa o reticente dichiarazione, si può chiedere che venga pronunciata la decadenza dell'arbitro.

Si vengono così a sommare, almeno in potenza, tre rimedi. A fronte di una dichiarazione omessa, si potrebbe ritenere che il lodo sia impugnabile (perché, in conseguenza della nullità dell'accettazione, sussisterebbe un vizio nella

costituzione del Tribunale arbitrale, rilevante ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 2 cod. proc. civ.). L'arbitro potrebbe essere inoltre ricusato ai sensi dell'art. 815 cod. proc. civ. Infine, la parte interessata potrebbe domandare di pronunciarne la decadenza ai sensi dell'art. 813-bis cod. proc. civ.

La dottrina che si è sinora occupata del tema ha cercato di restringere il novero dei rimedi ammissibili. Per lo più, è giunta alla conclusione che la nullità dell'accettazione non avrebbe conseguenze (quanto meno, non necessariamente) sulla validità del lodo, e che la parte interessata abbia l'onere di promuovere la ricusazione o domandare la decadenza dell'arbitro (apparentemente, a sua libera scelta, anche alla luce della sua strategia difensiva, poste le significative differenze tra ricusazione e decadenza).

Si tratta di una soluzione che non appare soddisfacente, e per una ragione molto semplice: non è idonea a risolvere il problema che la riforma ha inteso affrontare.

Si pensi ai fatti di *BEG v. Italy*: un arbitro aveva omesso di dare atto di una serie di circostanze idonee a compromettere seriamente la sua indipendenza e imparzialità. Sennonché, queste circostanze sono state apprese dalla parte interessata solo in un momento successivo alla sottoscrizione del lodo. Secondo le vecchie disposizioni, ciò non aveva conseguenze sulla stabilità del lodo, perché l'arbitro può essere ricusato solo durante il procedimento (aspetto, questo, sul quale la riforma non sembra aver inciso). Questa conclusione però è stata ritenuta una violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Appare dunque preferire interpretare le nuove norme in un senso che consenta di escludere – anziché reiterare – la violazione della stessa Convenzione in fattispecie simili a quella che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha già esaminato. E per raggiungere questo obiettivo occorre rimuovere gli sbarramenti all'impugnazione del lodo, valorizzando quindi la scelta del legislatore di disporre espressamente la nullità dell'accettazione compiuta dall'arbitro in assenza di disclosure.

Un altro aspetto problematico riguarda la disciplina dei provvedimenti cautelari emessi dagli arbitri.

Due sono in particolare i dubbi sinora emersi: quali siano i provvedimenti che gli arbitri possono concedere, e se sia derogabile la competenza esclusiva arbitrale successiva alla costituzione del Tribunale arbitrale.

Per quanto riguarda il primo aspetto (provvedimenti che possono essere concessi), occorre considerare il dichiarato intento della riforma, ossia quello di colmare “una lacuna che differenziava il nostro sistema da quello degli ordinamenti a noi geograficamente e culturalmente più vicini” (così la relazione illustrativa). Per conseguire questo intento, si dovrà ritenere concesso agli arbitri di pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, che opportunamente il legislatore non ha identificato, conosciuti dalla prassi arbitrale “degli ordinamenti a noi geograficamente e culturalmente più vicini”. In questa prospettiva, una buona

esemplificazione dei provvedimenti cautelari concedibili è quella contenuta nella *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, anche alla luce del fatto che l'ordinamento francese, all'interno del quale si colloca l'arbitrato ICC, come il nostro non definisce il contenuto dei provvedimenti cautelari che possono essere emessi dagli arbitri (v.si art. 1468 cod. proc. civ. francese). D'altronde, anche ove si voglia cercare un supporto normativo (ossia, ove si ritenga che l'espressione "misure cautelari" di cui all'art. 818 cod. proc. civ. faccia riferimento non alle misure cautelari conosciute dalla prassi dell'arbitrato internazionale, bensì a quelle previste e disciplinate dal codice di procedura civile), esso può essere individuato nell'art. 700 cod. proc. civ. e all'interpretazione che allo stesso è data da consolidata giurisprudenza.

In questo contesto, una specifica attenzione merita un particolare provvedimento cautelare, che negli ordinamenti di common law viene usualmente definito in termini di *security for costs*, mentre negli ordinamenti di civil law viene spesso indicato con l'espressione latina *cautio pro expensis*.

Questa misura era conosciuta anche dal nostro ordinamento, finché non è stata dichiarata costituzionalmente illegittima (Corte cost., sent. 67/1960). Senonché, non pare che la motivazione della pronuncia della Corte costituzionale (la *cautio pro expensis* rappresenterebbe un disincentivo ad esercitare in giudizio i propri diritti ai sensi dell'art. 24 Cost., e dunque un ostacolo all'attuazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.) si attagli al procedimento arbitrale. È infatti pacifico (e accettato) che i costi del procedimento arbitrale rappresentino precisamente un disincentivo alla sua proposizione, ma ciò avviene in un contesto in cui le parti hanno liberamente scelto di rivolgersi agli arbitri (e sopportarne i costi) anziché al Giudice dello Stato (con oneri per la massima parte a carico della fiscalità generale). L'aspetto da considerare con maggior attenzione è quindi, semmai, quello delle conseguenze del mancato versamento della *security for costs* / *cautio pro expensis*, che difficilmente potranno consistere nell'estinzione (anche solo parziale) del rapporto processuale o nella sospensione del procedimento, quanto meno in mancanza di disposizioni al riguardo nella convenzione di arbitrato o nell'eventuale regolamento precostituito ivi richiamato.

Altra questione da indagare è quella della derogabilità della competenza cautelare esclusiva degli arbitri. Alcune voci in dottrina, invero, hanno osservato che, poiché l'eccezione di arbitrato è eccezione in senso proprio e stretto, e dunque la competenza arbitrale può essere derogata con un comportamento processuale, non si vede per quale motivo una deroga non sarebbe possibile per via convenzionale, attribuendo alcuni poteri cautelari agli arbitri e altri al Giudice dello Stato.

L'argomento non pare condivisibile. Infatti, l'attribuzione di taluni poteri cautelari agli arbitri e di altri al Giudice statale – oltre a contraddire apertamente la lettera del novellato art. 818 cod. proc. civ. ("La competenza cautelare attribuita agli arbitri è esclusiva") – apre la via a pericolose sovrapposizioni nella

valutazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, che sono precisamente ciò che il legislatore ha inteso evitare.

In definitiva, la complessiva valutazione positiva della riforma della disciplina arbitrato deve essere temperata alla luce delle incertezze derivanti da alcuni dubbi interpretativi. Un loro scioglimento da parte del legislatore pare tanto opportuno quanto purtroppo improbabile, sì che si dovrà attendere la formazione di univoci orientamenti giurisprudenziali. Il 1° marzo 2023 rappresenta una data importante per chi in Italia si occupa di arbitrato: entra infatti in vigore la riforma del codice di procedura civile, che contiene interventi mirati ma estremamente rilevanti per la materia arbitrale, ed entra in vigore anche il nuovo regolamento arbitrale della Camera arbitrale di Milano.

*
**

**Inadempimento alla convenzione di arbitrato:
una proposta di ricostruzione sistematica**
di Roberto Oliva

1. Introduzione

Gli operatori dell'arbitrato commerciale, sia domestico che internazionale, devono talvolta affrontare i problemi derivanti dal comportamento di una parte che, recalcitrante a vedere la controversia decisa dagli arbitri come pure pattuito, assume comportamenti – che possono consistere in azioni positive, ovvero nell'omissione di azioni dovute – il cui apparente intento è quello di impedire, ovvero di ostacolare e rallentare, lo svolgimento del procedimento arbitrale.

Di ciò sono consapevoli anche le principali istituzioni arbitrali, che in effetti da tempo includono nei loro regolamenti ⁽¹⁾ o recentemente hanno ivi introdotto ⁽²⁾ il monito rappresentato dall'espressa disposizione secondo la quale le parti debbono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Il tema non ha però trovato, quanto meno in Italia, particolare attenzione – salvo che da parte di una dottrina tanto isolata quanto autorevole ⁽³⁾. Appare per

⁽¹⁾ V.si ad esempio l'art. 32, co. 2, del regolamento arbitrale della London Court of International Arbitration, ai sensi del quale *“For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA, the LCIA Court, the Registrar, the Arbitral Tribunal, any tribunal secretary and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat”*.

⁽²⁾ V.si ad esempio l'art. 9 del regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, introdotto nel 2019, ai sensi del quale *“1. In ogni fase del procedimento la Camera Arbitrale, gli arbitri, i consulenti tecnici, le parti e i difensori devono agire secondo buona fede. 2. Le parti si impegnano a ottemperare ai lodi, alle ordinanze e ai provvedimenti degli arbitri. 3. Il Tribunale Arbitrale può sanzionare gli inadempimenti ai propri provvedimenti e i comportamenti abusivi contrari a buona fede. 4. Nella ripartizione dei costi il Tribunale Arbitrale tiene conto della condotta delle parti e dei difensori”*.

⁽³⁾ DE NOVA, *Contratti dimezzati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 449 ss.; lo stesso Autore ha affrontato l'argomento in una serie di convegni e seminari – tra questi, nel corso del

questo motivo opportuno affrontarlo, in una proposta – preliminare e parziale, anche in considerazione del limitato spazio in cui al momento sembra opportuno contenerla – di ricostruzione sistematica.

2. La convenzione di arbitrato

La prima questione da affrontare attiene la natura della convenzione di arbitrato ⁽⁴⁾, ossia dell'accordo, intervenuto tra due o più parti, ai sensi del quale le loro controversie, attuali o future, sono rimesse alla decisione di un privato, chiamato a esercitare il potere giurisdizionale in vece dei Giudici dello Stato.

Secondo alcuni Autori, tale convenzione sarebbe un negozio non contrattuale con effetti processuali ⁽⁵⁾. Altri le riconoscono invece natura contrattuale ⁽⁶⁾, seppur in alcuni casi ritenendo che la questione abbia natura meramente nominalistica ⁽⁷⁾.

L'approccio che pare preferibile è quello ad avviso del quale la convenzione di arbitrato è un contratto di diritto privato avente per oggetto la scelta di un modo di definire una controversia, così producendo effetti processuali.

Questo approccio infatti è nel contempo pienamente compatibile con la tradizione giuridica nazionale ⁽⁸⁾ e con quella internazionale ⁽⁹⁾. Esso inoltre tiene conto di taluni significativi indici normativi che risulterebbero altrimenti pretermessi ⁽¹⁰⁾.

La definizione in termini contrattuali della convenzione di arbitrato conduce poi ad applicare direttamente le disposizioni contenute nel Titolo II del Libro IV del Codice civile – e in particolare, per quanto qui interessa, quella di cui all' art.

webinar organizzato per il 23 febbraio 2023 dal Capitolo Italiano del Chartered Institute of Arbitrators.

(4) Il diritto positivo italiano, che inizialmente non conosceva la categoria generale della convenzione di arbitrato, ma solo i due generi rappresentati dal compromesso e dalla clausola compromissoria, ha infine, con la riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, adottato questa categoria, già ampiamente utilizzata dalla dottrina (v.si RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, II ed., Padova, 1994, p. 164).

(5) V.si ad es., ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, vol. I, p. 106 e BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, p. 120-121.

(6) Ed è questa, da sempre, la tesi dominante: v.si FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 9 e gli ampi richiami ivi riportati.

(7) FESTI, *op. cit.*, p. 17-18.

(8) Infatti, l'art. 1103 del codice di procedura civile del 1859 definiva espressamente la convenzione di arbitrato in termini di contratto (“*Il compromesso è quel contratto col quale due o più persone rimettono la decisione delle loro controversie a giudici da esse eletti che chiamansi arbitri*”); questa definizione è poi caduta nel codice del 1865, così come in quello del 1942 e nelle sue riforme, ma ciò è all'apparenza avvenuto in assenza di alcuna diversa pretesa classificatoria.

(9) V.si ad es., PIERGROSSI, *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti d'America e i suoi rapporti con l'ordinamento italiano*, Milano, 1974, p. 53 ss.

(10) V.si art. 808 cod. proc. civ.: “*Le parti, nel contratto che stipulano (...)*”; v.si anche il previgente art. 807, co. 3, cod. proc. civ., ai sensi del quale alla convenzione di arbitrato “*si applicano le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione*” e l'art. 1341, co. 2, cod. civ., che include la clausola compromissoria tra le condizioni generali di contratto.

1375 cod. civ. che, come ci si appresta a vedere, assume (o può assumere) una certa rilevanza.

La qualificazione della convenzione di arbitrato è invece ininfluenza ai fini dell'applicazione degli artt. 1218 ss. cod. civ.: sia che essa abbia natura contrattuale, sia che essa abbia natura di negozio con effetti processuali, è indiscusso che fa sorgere delle obbligazioni, e dunque una responsabilità per il caso di mancato adempimento.

3. L'inadempimento alla convenzione di arbitrato

Se la convenzione di arbitrato è quel contratto con il quale le parti si impegnano a rimettere le loro controversie alla decisione degli arbitri, è chiaro che essa fa sorgere un'obbligazione negativa: quella di non adire, per le controversie contemplate dalla convenzione, il Giudice dello Stato, o comunque un organo diverso rispetto a quello previsto nella convenzione. Nel contempo, fa pure sorgere un'obbligazione positiva: quella di sottomettere agli arbitri le suddette controversie.

Concordano sul punto sia la dottrina domestica ⁽¹⁾ che quella straniera ⁽²⁾.

Non pare invece condivisibile l'ulteriore affermazione, secondo la quale questa sarebbe l'unica obbligazione derivante dalla convenzione di arbitrato.

Ben al contrario, può ricavarsi una serie di ulteriori obbligazioni, di carattere positivo, ossia che impongono ai contraenti dei precisi obblighi di fare.

Una prima ricognizione di questi obblighi comprende:

- (i) l'obbligo di nominare tempestivamente l'arbitro o gli arbitri, e
- (ii) l'obbligo di corrispondere (agli arbitri o all'istituzione arbitrale, a seconda dei casi) gli anticipi richiesti.

A questi precisi obblighi di fare si accompagnano altrettanto precisi obblighi di non fare, ulteriori rispetto all'obbligo di non adire un soggetto diverso dagli arbitri, e in particolare:

- (i) l'obbligo di non assumere condotte volte a impedire o rallentare la costituzione e il funzionamento del Tribunale arbitrale, e
- (ii) l'obbligo di astenersi dall'impugnare il lodo per motivi diversi da quelli ammessi dalla legge.

⁽¹⁾ BENEDETTELLI, *International arbitration in Italy*, Alpheen aan den Rijn, 2020, p. 122.

⁽²⁾ DRAGUIEV, *Liability for non-compliance with a dispute resolution agreement*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt* 88, no. 1 (2022), p. 135 ss.

Tutti questi obblighi rappresentano esplicitazione del principio, di cui all'art. 1375 cod. civ., secondo il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

Più nel dettaglio.

Le parti hanno l'obbligo – e non il mero onere, come pure è stato argomentato ⁽¹³⁾ – di nominare tempestivamente gli arbitri, poiché la mancanza di una nomina tempestiva non può essere considerata compatibile con il canone di buona fede nell'esecuzione del contratto. Tale omissione, infatti, tradisce l'intento di rallentare la costituzione del Tribunale arbitrale, e quindi l'assunzione della decisione sul merito della controversia da parte degli arbitri; decisione che rappresenta l'obiettivo divisato dalle parti che hanno concluso la convenzione di arbitrato.

Le parti hanno poi l'obbligo di corrispondere gli anticipi richiesti dagli arbitri o dall'istituzione arbitrale poiché, ancora una volta, il mancato pagamento non è compatibile con la realizzazione in buona fede dell'obiettivo contrattuale di ottenere una decisione sul merito da parte del Tribunale arbitrale (vuoi perché può condurre allo scioglimento della clausola ai sensi dell'art. 816-*septies* cod. proc. civ., vuoi perché può portare alla sospensione o all'estinzione del procedimento ⁽¹⁴⁾).

Le parti hanno inoltre l'obbligo di non assumere tutte le condotte – diverse da quelle appena viste – volte a impedire o rallentare la costituzione del Tribunale arbitrale o il suo funzionamento. Non potranno, quindi, ad esempio nominare un arbitro che si veda costretto a non accettare l'incarico poiché versa in una conosciuta situazione di conflitto di interessi. Rientrano in questa categoria anche le tecniche c.d. di *filibustering*, sebbene con riferimento alle stesse paia opportuna una particolare cautela, in considerazione del confine tutt'altro che netto tra esercizio del diritto di difesa e abuso dello stesso.

Le parti, infine, dovranno astenersi dal proporre impugnazioni del lodo diverse da quelle ammesse dalla legge. Ciò in particolare significa che non dovranno tentare di 'travestire' nelle forme di uno dei motivi di nullità del lodo *ex* art. 829 cod. proc. civ. critiche agli accertamenti di fatto compiuti dagli arbitri, ovvero alle loro statuizioni in diritto (salvo il caso in cui il lodo sia impugnabile anche per violazione delle norme di diritto applicabili al merito della controversia). Ciò perché, avendo scelto un metodo di soluzione delle controversie che non prevede un doppio grado di giudizio di merito, un diverso comportamento ancora una volta non potrebbe essere ritenuto corrispondente al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto.

4. I rimedi

⁽¹³⁾ FESTI, *op. cit.*, p. 381.

⁽¹⁴⁾ Come previsto da numerosi regolamenti di istituzioni arbitrali. Si veda, ad es., il regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano (art. 42) o quello della International Chamber of Commerce (art. 37).

A fronte dell'inadempimento alla convenzione di arbitrato (in tutte le varie forme, appena viste, che esso può assumere), l'ordinamento appresta due tipi di rimedi: di carattere processuale e di carattere sostanziale.

I rimedi processuali sono quelli volti a rimuovere gli effetti più gravi dell'inadempimento.

Così, a fronte dell'inadempimento consistente nel promuovere la lite avanti i Giudici dello Stato, il rimedio processuale è rappresentato dall'eccezione di compromesso, che paralizza tale azione. Oppure, a seguito dell'inadempimento consistente nella mancata nomina dell'arbitro, il rimedio consiste nel rivolgersi alla *appointing authority* a tal fine prevista, dalla convenzione o in mancanza dalla legge. O ancora, se invece l'inadempimento consiste nel nominare un arbitro in chiaro conflitto di interessi, il rimedio consiste nella sua ricusazione (nel caso in cui l'arbitro concorra a questo inadempimento accettando l'incarico) ovvero, nei casi più gravi, in cui ad esempio viene in gioco il contenuto della sua dichiarazione di indipendenza e imparzialità ai sensi dell'art. 813 cod. proc. civ., provocandone la decadenza *ex art. 813-bis* cod. proc. civ.

Tutti questi rimedi possono però risultare inidonei a raggiungere l'obiettivo di porre il contraente fedele nella situazione in cui sarebbe stato in assenza di inadempimento. Ad esempio, non considerano i costi necessari per la loro attivazione – se non, se del caso, *sub specie* di spese di lite, che però come noto ben possono essere liquidate in un importo anche notevolmente inferiore rispetto alle spese effettivamente sostenute.

Vi sono poi inadempimenti in relazione ai quali non è predisposto alcun rimedio: così, se una parte non ha pagato gli acconti richiesti, l'altra parte non potrà far altro che pagarli in sua vece, oppure subire lo scioglimento della convenzione di arbitrato ai sensi dell'art. 816-*septies* cod. proc. civ. oppure, a seconda dei casi, la sospensione o l'estinzione del procedimento.

Ecco che allora in tutti questi casi può soccorrere il rimedio sostanziale: il risarcimento del danno. Tutte le perdite (i costi) e gli eventuali mancati guadagni derivanti dall'inadempimento potranno essere risarciti, purché ne siano, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., conseguenza immediata e diretta.

5. Casistica

5.1. Casistica italiana

Escludendo le numerose vicende in cui sono stati attivati esclusivamente rimedi di carattere processuale, la casistica italiana sul tema è piuttosto esigua. Tra i precedenti editi, possono essere richiamati:

- (i) una sentenza del Tribunale di Verona ⁽¹⁵⁾,
- (ii) una sentenza della Corte d'appello di Milano ⁽¹⁶⁾, e
- (iii) una sentenza della Corte d'appello di Brescia ⁽¹⁷⁾.

È interessante notare come, nel primo caso (Tribunale di Verona), la parte che aveva agito avanti il Giudice ordinario in spregio dell'obbligazione assunta con la convenzione di arbitrato è stata condannata a corrispondere al contraente fedele una somma di danaro (pari a circa metà delle spese di lite liquidate) ai sensi dell'art. 96, co. 3, cod. proc. civ.

Il riferimento normativo appena indicato (e dunque la considerazione della c.d. "temerarietà attenuata" ⁽¹⁸⁾) discende dall'espressa domanda formulata in giudizio dal contraente fedele alla convenzione di arbitrato. Il concreto accertamento compiuto dal Giudice è stato però nel senso della piena temerarietà. Invero, il Tribunale ha considerato che *"l'attrice ha insistito nel sostenere la proponibilità della domanda, quantunque avesse possibilità di aderire all'eccezione di controparte, sulla scorta di argomenti in parte pretestuosi ed in parte contraddetti da un orientamento giurisprudenziale consolidato, senza farsi carico di addurre le ragioni per cui quest'ultimo dovesse essere disatteso"*, per concludere nel senso di *"ritenere la sua difesa connotata da malafede"*.

Estremamente chiara – e meritevole di attenzione – è la motivazione addotta dalla Corte d'appello di Milano per attivare, ancora una volta, il rimedio di cui all'art. 96, co. 3, cod. proc. civ.

Vale la pena di riportarla per esteso: *"Dalla semplice lettura della citazione in impugnazione del lodo emerge inequivocabilmente la assoluta consapevolezza degli attori impugnanti (tenuto anche conto dell'indubbio valore professionale della difesa) che le circostanze poste a fondamento di tutti gli asseriti motivi di nullità, con riguardo ai denunciati vizi di assenza di motivazione sommaria ovvero di contraddittorietà della stessa, concretizzavano, in realtà, delle contestazioni in ordine all'erronea valutazione fattuale e alla violazione di regole di diritto, addebitate al collegio arbitrale e, come tali, del tutto inammissibili, mentre quelle poste a fondamento dei denunciati vizi di violazione di norme di ordine pubblico e di omessa pronuncia erano palesemente insussistenti. Nella fattispecie in esame si è, in definitiva, concretizzato un caso, in cui le parti hanno, dapprima, con la conclusione di una convenzione di arbitrato, preferito sottrarre alla «giustizia pubblica» la decisione delle controversie che avrebbero potuto sorgere tra loro, attribuendole alla «giustizia privata», ritenuta evidentemente più rapida o più affidabile anche se, all'evidenza, molto più costosa; quando però, essendo insorta una controversia reale, la «giustizia privata» ha assunto la decisione, la parte soccombente ha provato a richiedere la decisione nel merito della stessa alla «giustizia pubblica».*

⁽¹⁵⁾ Trib. Verona, 22 novembre 2012, disponibile su www.expartecreditoris.it – ultimo accesso in data 25 maggio 2023.

⁽¹⁶⁾ Corte d'appello di Milano, 21 febbraio 2023, disponibile su www.arbitratoitalia.it – ultimo accesso in data 25 maggio 2023.

⁽¹⁷⁾ Corte d'appello di Brescia, 5 aprile 2023, disponibile su www.arbitratoitalia.it – ultimo accesso in data 25 maggio 2023.

⁽¹⁸⁾ In questi termini, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXII ed., vol. 1, p. 437.

travestendo in motivi di nullità del lodo quelle che sono, con ogni evidenza, contestazioni di merito e così aggravando ed intralciando, inutilmente e inammissibilmente, l'ordinario lavoro della «giustizia pubblica»?

Sulla base di questa motivazione, la Corte d'appello di Milano ha condannato le parti soccombenti a corrispondere, ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ., somme equiparabili (e in un caso identiche) a quelle oggetto della condanna alle spese.

Ancora più interessante è la vicenda decisa dalla Corte d'appello di Brescia. In quel caso, la parte inadempiente alla convenzione di arbitrato aveva omesso di corrispondere gli anticipi richiesti dagli arbitri, portando così allo scioglimento del vincolo arbitrale ai sensi dell'art. 816-*septies* cod. proc. civ. Il contraente fedele, vistosi costretto ad adire il Giudice statale, aveva a quest'ultimo richiesto di condannare l'altra parte alla rifusione delle spese, ivi incluse quelle sostenute per l'inutilmente avviato procedimento arbitrale. La Corte d'appello ha respinto la richiesta, ma l'ha fatto ritenendo che quelle spese non fossero spese di lite ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ. (e in quanto tali passibili di essere liquidate come richiesto), bensì una voce di danno, che avrebbe dovuto essere fatta oggetto di una specifica richiesta risarcitoria, la quale era però mancata.

In definitiva, alla luce di questi pur rari precedenti, si può ritenere che i Giudici italiani siano pronti a sanzionare la parte che si sia resa inadempiente alla convenzione di arbitrato, e anche a sanzionare comportamenti diversi e ulteriori rispetto alla mera proposizione della domanda in una sede non corretta (avanti il Giudice dello Stato anziché davanti agli arbitri). Emerge anche una certa preferenza per lo strumento dell'art. 96 cod. proc. civ., e in particolare per il suo terzo comma, che consente una liquidazione equitativa anche a prescindere dalla dimostrazione della sussistenza e dell'entità del danno.

5.2. Casistica straniera

5.2.1. Inghilterra e Galles

Numerosi precedenti resi in Inghilterra e Galles affrontano il tema delle conseguenze risarcitorie dell'inadempimento ad accordi di scelta di foro in generale ⁽¹⁹⁾, e di convenzioni di arbitrato in particolare ⁽²⁰⁾. Estremamente noto è poi un precedente ⁽²¹⁾ che ha riguardato una complessa vicenda in cui tra l'altro era dibattuta la competenza a emettere una pronuncia di condanna risarcitoria

⁽¹⁹⁾ Il *leading precedent* è *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 WLR 1517, ed esso è stato seguito da *A/S D/S Svendborg v. Akar* [2003] EWHC 797 (Comm) (15 Apr. 2003) e da *National Westminster Bank plc v. Rabobank Nederland* [No 3] [2008] 1 All ER (Comm) 266 e *Kyrgyz Mobil Tel Ltd v Fellows International Holdings Ltd* [2005] EWHC 1329 (QB).

⁽²⁰⁾ In questo caso, la più risalente autorità appare essere *Mantovani v Carapelli* [1980] 1 LLR 375A e, sebbene debba ora essere applicata con cautela, per quanto qui interessa è stata seguita da *CMA CGM SA v. Hyundai Mipo Dockland Ltd* [2008] EWHC 2791 (Comm) e da *Re Boodhoo* [2007] EWCA Crim. 14.

⁽²¹⁾ *West Tankers Inc v. Allianz SPA & Generali Assicurazione Generali SPA* [2012] EWCA Civ 27.

(questione, questa, risolta nel senso che tale competenza compete anche al Tribunale arbitrale che sia stato finalmente adito).

In sintesi, si può ritenere che:

- (i) il diritto inglese conosce la responsabilità risarcitoria gravante sulla parte che si sia resa inadempiente a una convenzione di arbitrato, e
- (ii) il risarcimento del danno deve essere tale da mettere il contraente fedele nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato in assenza di inadempimento (sia pure con il temperamento dato dalla ragionevolezza dei costi sostenuti).

5.2.2. Svizzera

È presente un orientamento nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero⁽²²⁾ secondo il quale:

- (i) è previsto dal diritto svizzero – o comunque non è incompatibile con l'ordine pubblico svizzero – che la parte che si sia resa inadempiente rispetto a una convenzione di arbitrato⁽²³⁾ sia responsabile sul piano risarcitorio nei confronti del contraente fedele, e
- (ii) la competenza a conoscere di questa responsabilità risarcitoria è del Tribunale arbitrale.

6. Conclusioni

Tirando in conclusione le somme della proposta classificatoria che si è formulata, anche alla luce delle esperienze giurisprudenziali nazionali e straniere, pare potersi affermare che:

- (i) La convenzione di arbitrato è un contratto, con la conseguenza che:
 - a. da un lato, essa deve essere eseguita secondo buona fede, e
 - b. dall'altro lato, la parte che si sia resa inadempiente a essa (a quanto esplicitamente pattuito, così come all'obbligo di buona fede nell'esecuzione), è tenuta a risarcire i danni sofferti dal contraente fedele, e

⁽²²⁾ Tribunale federale svizzero, sentenze dell'11 febbraio 2010 nel procedimento 4A_444/2009 e del 30 settembre 2013 nel procedimento 4A_232/2013 (entrambe disponibili nella traduzione inglese su www.swissarbitrationdecisions.com – ultimo accesso in data 25 maggio 2023).

⁽²³⁾ In entrambi i casi, l'inadempimento era consistito nell'adire un Giudice statale in luogo del Tribunale arbitrale.

- (ii) sebbene i Giudici italiani abbiano sinora prevalentemente conosciuto del tema con riferimento ai suoi risvolti processuali, esso non è limitato a tali risvolti e in alcune occasioni il rimedio processuale si presenta come inadeguato, o comunque insufficiente.

Si tratta poi, come osservato dall'isolata seppur autorevole dottrina richiamata nell'introduzione, "*di identificare il danno, che potrà consistere nelle spese di difesa sopportate per seguire il giudizio ordinario, non coperte dalla condanna della parte inadempiente alle spese giudiziali (...)*" ⁽²⁴⁾ così come in tutti gli altri pregiudizi che costituiscano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

*
**

⁽²⁴⁾ De Nova, *op. cit.*, p. 453-454.

Brevi riflessioni in tema di diritto al contraddittorio in arbitrato irrituale

Cass., Sez. I Civ., 30 giugno 2023, n. 18601

[OMISSIS]

L'arbitrato irrituale è una procedura deformalizzata e la determinazione dei suoi caratteri è rimessa alla scelta delle parti, che in questo caso hanno voluto una ulteriore semplificazione della procedura; il giudice di secondo grado ha rimarcato altresì che l'arbitro si è attenuto alla regola fondamentale del contraddittorio, assegnando i termini a difesa sia prima che dopo la seduta. In tal modo la Corte d'appello ha fatto applicazione del principio già affermato da questa Corte di legittimità secondo il quale nell'arbitrato irrituale il principio del contraddittorio deve essere rispettato non tramite la osservanza di una schema prestabilito, ma nella sua essenza, implicante la possibilità di rappresentare la propria posizione e di conoscere compiutamente quella altrui, ancorché al di fuori del rigore di fasi progressive, con la possibilità di esercitare su un piano di eguaglianza le facoltà processuali loro attribuite, e quindi da assicurare l'osservanza della regola *audiatur et altera pars* (Cass. n. 18049 del 08/99/2004; Cass. n. 473 del 12/01/2006; Cass. n. 17099 del 10/07/2013). Costituisce principio consolidato espresso da questa Corte, al quale il Collegio intende dare continuità, che la regola del contraddittorio, va opportunamente adattata al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse (Cass. n. 10809 del 26/05/2015; Cass. n. 8331 del 04/04/2018).

[OMISSIS]

Il commento di Luigi Capucci

La sentenza della Corte di Cassazione n. 18601/2023 offre lo spunto per alcune riflessioni in tema di attuazione del contraddittorio nell'arbitrato libero.

È ormai principio consolidato che l'arbitrato libero dia vita ad un procedimento, al pari dell'arbitrato rituale, dal quale differisce per il risultato: l'arbitro libero rende una decisione che fa luogo ad un contratto, mentre l'arbitro rituale rende una decisione che ha la stessa efficacia di una sentenza. A parte questa sostanziale differenza, i due tipi di arbitrato condividono la natura di procedimento in cui due o più parti si rivolgono ad un soggetto terzo per risolvere una questione sulla quale non riescono a trovare un accordo consensualmente.

Nel caso in esame, una parte in un arbitrato libero lamentava la violazione del contraddittorio perché non le era stata notificata l'istanza per la nomina dell'arbitro nell'istituendo arbitrato. La Corte ritiene giustamente infondata la contestazione e coglie l'occasione per riprendere alcuni principi applicabili in materia.

Premessa fondamentale è la libertà di forme che caratterizza l'arbitrato, nel senso che spetta alle parti prevedere meccanismi formali particolari, ove ritenuti necessari: se previsti, questi diventano requisiti rilevanti ai fini della regolarità e validità del procedimento. La Corte ha infatti ritenuto che il rispetto del contraddittorio si abbia nella fase in cui le parti si confrontano di fronte all'arbitro nella presentazione delle loro ragioni: il contraddittorio è così individuato in chiave dinamico sostanziale, come complesso di opportunità offerte alle parti in modo da assicurare un identico e speculare set di occasioni per presentare il proprio caso. Questo assetto parte dal momento in cui le parti devono effettivamente misurarsi, in particolare dal momento in cui l'arbitro ha assunto il proprio incarico.

Data questa premessa, la fase in cui l'interessato si attiva per la nomina dell'arbitro non deve essere ritenuta compresa nel perimetro del rispetto del contraddittorio: è infatti la clausola arbitrale che prevede le modalità di individuazione dall'arbitro ed a questa deve essere fatto il necessario riferimento. Come si diceva, spetta alle parti individuare particolari procedimenti che prevedano la condivisione della fase della nomina: in difetto, ognuna può attivarsi per la nomina senza doverne dare immediata comunicazione all'altra. Sarà poi compito dell'arbitro comportarsi in modo che il contraddittorio venga correttamente attuato: questo potrà avvenire solo nel momento in cui ne abbia gli effettivi poteri, e cioè, successivamente all'accettazione dell'incarico. Ed in effetti, come arbitro, spetta a lui la "direzione" del procedimento, garantendo identiche opportunità.

Questa garanzia, tuttavia, non deve spingersi fino a ritenere che l'arbitro non possa procedere ove una parte rimanga inattiva anche se adeguatamente informata delle occasioni di contraddittorio: pertanto, chi rimane assente dalla procedura, nonostante le opportunità offerte, non può fare assurgere la propria inattività a motivo di violazione del contraddittorio.

Il riferimento all'accettazione dell'incarico come momento dal quale deve essere effettivo il contraddittorio, offre lo spunto per esaminare un altro argomento sul quale la Suprema Corte si è espressa. Infatti, il ricorrente aveva sollevato il

mancato rispetto del termine convenzionale per rendere il lodo quale ulteriore argomento di impugnazione. Ai fini che qui interessano, la questione era incentrata sul momento in cui si riteneva che l'arbitro avesse accettato l'incarico: secondo il ricorrente, l'accettazione era avvenuta nel momento in cui l'organo designante ai sensi della convenzione arbitrale aveva comunicato detta nomina dall'arbitro scelto.

La Corte, condividendo la decisione della Corte d'Appello, ha ritenuto che l'accettazione dovesse aversi per avvenuta in occasione della prima riunione e della sottoscrizione del relativo verbale. È una conclusione pienamente condivisibile: al momento della comunicazione della avvenuta nomina, il professionista designato si limita a manifestare una mera disponibilità all'accettazione dell'incarico, salvo il caso in cui abbia espressamente dichiarato di accettarlo e che i termini decorrano da quel momento. Se è vero che dall'accettazione dell'incarico decorre per l'arbitro il termine per rendere il lodo, è altrettanto vero che detto termine deve essere tale da consentire alle parti di presentare adeguatamente le proprie pretese: è evidente che far decorrere il termine da quella comunicazione comporta sicuramente un sacrificio al diritto al contraddittorio, dal momento che i tempi della procedura sarebbero ridotti in ragione della necessità dell'arbitro di raccogliere quel minimo di informazioni necessarie per avviare la procedura e per valutare la ricorrenza di eventuali ragioni che potrebbero imporgli di astenersi dall'accettazione dell'incarico.

Nella prassi, l'arbitro designato è solito comunicare la propria accettazione della nomina, riservando espressamente la formale accettazione, e conseguentemente l'inizio del decorso del termine, alla prima riunione con le parti..

*

**



Rivista giuridica pubblicata da
Arbitration in Italy Ltd