

ARBITRATO E GIUDICE ORDINARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La natura dell'arbitrato. — 3. La funzione dell'arbitrato. — 4. Il problema della competenza: rito. — 5. Eccezione di arbitrato innanzi al g.o. (articolo 819-ter c.p.c.). 6. SEGUE: un particolare caso pratico. — 7. Eccezione di (non) arbitrato innanzi agli arbitri: 817 c.p.c. — 8. Le controversie arbitrabili. — 9. Controversie arbitrabili e decreto ingiuntivo. — 10. Lo ius variandi in materia di appalto e l'operatività della clausola compromissoria: orientamenti della giurisprudenza. — 11. Segue: la clausola compromissoria per relationem. 12 — Arbitrato e consumatore. — 13. Le impugnazioni del lodo arbitrale. — 14. Segue: la impugnazione del lodo irrituale.

1. Premessa

Il presente lavoro si limita, per ragioni dimensionali, al rapporto fra l'arbitro ed il giudice ordinario.

Sarà indispensabile, tuttavia, una ricognizione sommarissima della natura e della funzione dell'arbitrato, come nei due successivi paragrafi.

Seguiranno i profili più spiccatamente relativi alla competenza dei due plessi, l'arbitrale ed il giudiziario.

Si affronteranno dunque nell'ordine:

il tema della *Kompetenz-Kompetenz*;

la dinamica dell'eccezione di arbitrato, innanzi al g.o., nonché la dinamica della eccezione di (non) arbitrato, quando sollevata dagli arbitri.

Un cenno alle controversie arbitrabili seguirà tale tema; è tema già trattato da altri relatori, in sede di clausola arbitrale; tuttavia necessario, per verificare quando la eccezione di (non) arbitrato non veda le rigorose preclusioni di prima difesa.

Naturalmente - ed è l'ultimo argomento trattato - sarà necessario affrontare la impugnazione del lodo, come snodo successivo del rapporto con la giurisdizione ordinaria.

2. La natura dell'arbitrato

Non pare questa la sede per affrontare *funditus* la natura dell'arbitrato.

Se, cioè, gli arbitri esercitano essi stessi la giurisdizione, secondo la vecchia tesi di Mortara; ovvero sia un fenomeno tutto privato, come sostenuto da Satta. Naturalmente, la giurisprudenza ha assunto una posizione, per così dire, di favore per il giudice ordinario, ribadendo in varie occasioni (Cass. ss. uu. 527 del 2000, anteriore a d. lgs. 40 del 2006) la natura privata. Dopo la riforma del 2006, sembra che quanto meno in relazione all'arbitrato rituale, la giurisprudenza si sia orientata per la natura giurisdizionale (Cass. 24153 del 2013) dell'attività degli arbitri.

Conseguentemente, questa disputa, prevalentemente teorica, si sposta sull'arbitrato rituale (808-ter c.p.c.) e sulla natura unitaria dell'arbitrato; ovvero sulla distinzione fra i due tipi di arbitrato.

La natura dell'arbitrato è dunque problema teorico.

Tuttavia, ai fini pratici, su un punto l'arbitrato non può essere equiparato alla giurisdizione. Si tratta della tutela costituzionale della giurisdizione; rispetto ad essa, l'arbitrato non è garanzia giurisdizionale. Il che significa che sono incostituzionali tutte le norme, anche di diritto pubblico, che "impongano" arbitrati alle parti, sottraendoli alla giurisdizione del g.o. o del g.a. (ciò a partire da Corte cost. n. 127 del 1977); in questo senso, la posizione italiana è di maggiore tutela della giurisdizione, rispetto a quella europea, che per alcuni aspetti sembra consentire gli arbitrati obbligatori (Corte giustizia C-63/01). Ad esempio, non era costituzionale l'articolo 32 della legge 109 del 1994 (c.d. Merloni), prima della riforma del 1995.

3. La funzione dell'arbitrato

L'arbitrato, prescindendo dalla natura dello stesso, costituisce, funzionalmente, uno dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (cd. ADR, *Alternative dispute resolution*). Si pone dunque all'interno della famiglia dei mezzi alternativi.

La legge 132 del 2014 ha in particolare inteso valorizzare soprattutto la posizione degli avvocati e del Consiglio dell'Ordine, in punto ad arbitrato; prevedendo una forma di arbitrato, proprio in funzione di alleggerimento della giurisdizione ordinaria.

Dentro a tale *genus*, si deve ritenere che l'arbitrato rappresenti una *species* particolare.

Infatti, a differenza di altri strumenti, come la conciliazione o la transazione, nei quali la contesa è risolta attraverso reciproche concessioni, nell'arbitrato si ha una vera e propria risoluzione della lite con l'attribuzione del bene della vita all'avente diritto.

Ecco perché è corretto affermare che l'arbitro opera come il giudice e che l'arbitrato costituisce un vero e proprio giudizio ed è anche processo, in quanto consente la

risoluzione della controversia attraverso l'attività di un soggetto terzo, imparziale ed indipendente rispetto alle parti.

4. Il problema della competenza: rito

Il rapporto tra arbitrato e giudizio statale non si pone soltanto in termini di confronto tra natura e funzione, ma viene in rilievo anche quando sia instaurata di fronte al giudice una controversia soggetta a convenzione arbitrale, e viceversa.

Occorre fare riferimento, in questi casi, agli articoli 817 e 819-ter c.p.c., i quali sanciscono il principio della c.d. *Kompetenz-Kompetenz*, in base al quale tanto l'arbitro quanto il giudice hanno il diritto di valutare la propria *potestas iudicandi*, cioè la sussistenza del potere di giudicare sulla controversia.

In particolare, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., l'arbitro ha diritto di valutare "la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri", se vengono contestate "in qualsiasi sede e per qualsiasi ragione sopravvenuta" nel corso del procedimento.

A completamento, l'art. 819-ter c.p.c. statuisce che la pendenza di una lite davanti al giudice non esclude la competenza dell'arbitro sulla stessa controversia.

Sotto il profilo della litispendenza e della continenza, dunque, la legge dispone che, a fronte della posposizione di una stessa controversia di fronte al giudice ed all'arbitro, i due processi sono suscettibili di proseguire indisturbati sino alla pronuncia finale (cd. *principio delle vie parallele*).

Il sistema ordinario prevede il meccanismo della litispendenza, che non sussiste invece nel rapporto fra giudice ed arbitro. La giurisprudenza ha cambiato varie volte opinione ma l'ultima è nel senso della mancanza di meccanismi di litispendenza.

L'eventuale conflitto pratico di giudicati potrà essere risolto attraverso il procedimento *ex* art. 395 n. 5 c.p.c. (revocazione ordinaria), ovvero tramite quello *ex* art. 829 n. 8 c.p.c., a seconda che sia stata emanata per seconda la sentenza o il lodo.

Va detto che la soluzione adottata dal nostro legislatore non si pone in linea con quella di altri ordinamenti che, invece, hanno espresso un maggior *favor* per l'arbitrato, prevedendo che l'instaurazione del procedimento arbitrale determini automaticamente l'obbligo del giudice ordinario di declinare la propria competenza (v. ad esempio l'art. 1448 del codice di procedura civile francese); mentre le Convenzioni internazionali di riferimento, cioè quella di New York del 1958 e quella di Ginevra del 1961, non hanno preso una posizione netta sul punto.

Quanto poi al caso in cui tra l'oggetto del processo statale e quello del processo privato vi sia una relazione di pregiudizialità-dipendenza, non sembra che nella legge siano rintracciabili meccanismi preventivi di coordinamento.

L'art. 819-ter c.p.c. esclude l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nei rapporti tra arbitro e giudice statale. Le uniche ipotesi di sospensione del processo arbitrale sono esplicitamente disciplinate dall'art. 819-bis c.p.c., tra le quali non emerge il caso in cui penda un processo statale avente ad oggetto una "questione pregiudiziale" rispetto al diritto fatto valere di fronte all'arbitro (soluzione peraltro confermata anche dalla Cassazione con sentenza del 19 gennaio 2016, n. 783; in senso conforme Cass., 9 gennaio 2008, n. 178).

Residua solo il caso in cui detta questione riguardi materia non compromettibile e che su di essa non sia possibile una cognizione *incidenter tantum*. In questa ipotesi, la sospensione è prevista al fine di far fronte ad un impedimento insuperabile che si presenta all'arbitro, il quale non può fare altro che arrestarsi davanti ad una questione pregiudiziale non arbitrabile per la quale la legge impone la decisione con forza di giudicato.

Sembra doversi escludere, inoltre, una sospensione discrezionale del processo statale che abbia un oggetto dipendente dal rapporto già in contestazione di fronte all'arbitro. Del resto, considerato che il legislatore ha escluso in questi ambiti l'eccezione di litispendenza, rinunciando così ad uno strumento volto a prevenire un eventuale conflitto pratico tra giudicati, a maggior ragione risulta difficile immaginare di applicare meccanismi rivolti ad evitare un eventuale conflitto logico tra giudicati (così BOVE).

Peraltro, l'istituto della sospensione è guardato con sempre maggiore sospetto e sfavore dal legislatore, in quanto contrastante col principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, 2° comma, Cost.

5. Eccezione di arbitrato innanzi al g.o. (articolo 819-ter c.p.c.)

Laddove, invece, nel corso del processo dinnanzi al giudice statale venga formulata l'eccezione di convenzione arbitrale, le cose cambiano.

Davanti al giudice tale eccezione, rilevabile solo *ex parte*, deve essere tempestiva, cioè sollevata dal convenuto a pena di decadenza nella prima difesa (di regola la comparsa di risposta).

Se, invece, sia l'attore a formulare l'eccezione rispetto alla domanda riconvenzionale del convenuto, il momento ultimo deve necessariamente coincidere con la prima udienza di trattazione.

In mancanza di eccezione, o in caso di tardività della stessa, il giudice dovrà obbligatoriamente pronunciarsi nel merito, conformemente a quanto stabilito dall'art. 819-ter c.p.c.

La modalità di deduzione della incompetenza per compromesso è oggi finalmente disciplinata. In passato, si discuteva su tale eccezione. Oggi, si ritiene che la eccezione sia di incompetenza, come confermato da Cass., ss. uu. n. 24153 del 2013. Non solo; se è eccezione di incompetenza, questa deve ritenersi nei termini dell'articolo 38 c.p.c., cioè una eccezione di incompetenza per territorio "debole"; o, se si vuole, una eccezione di incompetenza per territorio semplice, cioè non rilevabile di ufficio.

In caso di rilievo tempestivo, invece, potrà verificarsi che l'altra parte aderisca all'eccezione e, dunque, applicando analogicamente il disposto dell'art. 38 c.p.c. (non menzionato nell'art. 819-ter c.p.c. fra le norme inapplicabili all'arbitrato), il giudice si limiterà a dare atto dell'accordo; la causa dovrà essere riassunta entro tre mesi dalla pronuncia giudiziale, così da fare salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Quest'ultima conseguenza non era affatto prevista in passato, ed è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale con sentenza del 19 luglio 2013, n. 223, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c., nella parte in cui escludeva l'applicazione dell'art. 50 c.p.c.

La Consulta ha evidenziato che *"Nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri, la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite, mentre la norma censurata, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda"*. Ancora una volta, dunque, viene messa in luce la sostanziale parificazione tra la figura del giudice e quella dell'arbitro.

Tornando all'eccezione di convenzione arbitrale tempestivamente sollevata dalla parte, qualora la controparte non aderisca, il giudice sarà costretto a pronunciarsi con sentenza, in cui potrà affermare la propria competenza, rimettendo la causa in trattazione (sentenza parziale), ovvero potrà declinare la propria competenza (sentenza definitiva), oppure ancora potrà affermarla e decedere anche il merito (sentenza definitiva). Non è

chiarito dal sistema se la questione, essendo di competenza, possa oggi essere decisa con ordinanza.

Quanto ai mezzi di impugnazione, si prospetta in questi casi la distinzione tra regolamento di competenza necessario, se è stata decisa solo la questione di competenza, o facoltativo, se è stato deciso anche il merito.

Una volta che sia proposto il regolamento di competenza, poiché non trova applicazione l'art. 48 c.p.c., relativo alla sospensione automatica del processo, potrà accadere che le parti contemporaneamente si rivolgano agli arbitri ed i procedimenti proseguiranno autonomamente, in applicazione del principio delle vie parallele.

Riassunta la causa dinnanzi agli arbitri, tranne nei casi in cui la Cassazione abbia già deciso, questi potranno a loro volta declinare la propria *potestas indicandi*, non essendo vincolati dalla decisione del giudice *a quo*.

Non si può escludere, pertanto il rischio di una doppia declinatoria (così come di un doppio giudicato, se entrambe le autorità si ritengono competenti).

In caso di doppia declinatoria, il legislatore italiano non offre una soluzione univoca, a differenza di quanto accade per l'arbitrato estero, per il quale l'art. 4 della l. n. 250/1994 prevede che, in caso di declinatoria da parte dell'arbitro, risorge la competenza del giudice italiano.

Il nostro legislatore non ha dettato norme che affrontino questo problema in modo esplicito; ed, anzi, quando nell'art. 819-ter c.p.c. si prevede che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano gli articoli 44, 45 e 50 c.p.c., sembra che si sia addirittura voluta negare la possibilità di ogni coordinamento tra le due vie attraverso la pronuncia d'incompetenza (BOVE, VERDE).

Nel silenzio della legge, una soluzione proposta dalla dottrina (BOVE), e che pare condivisibile, è quella consistente nell'applicazione analogica dell'art. 4, 3° comma, della legge n. 218 del 1995, ai sensi del quale l'accordo in deroga alla giurisdizione italiana diviene inefficace ove il giudice straniero o l'arbitro straniero declini la propria giurisdizione.

La natura perentoria della eccezione (*rectius*: del termine) emerge dall'articolo 819-ter, primo comma, ultimo periodo, c.p.c.; per tale norma, per evitare ogni problema di "vie parallele", si legge che *La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*.

6. SEGUE: un particolare caso pratico

Un altro caso che può verificarsi nella pratica è quello in cui le parti stipulino il compromesso dopo avere già instaurato il processo davanti al giudice statale. In questa ipotesi si prospettano quattro alternative:

- 1) Le parti stipulano il compromesso, ma solo una di esse lo eccepisce nel processo: si applicherà l'art. 819-ter c.p.c.;
- 2) Le parti stipulano il compromesso, e ne danno congiuntamente atto al giudice: si applicherà l'art. 1 del d.l. n. 132 del 2014, con conseguente trasmissione del fascicolo al Presidente dell'ordine degli avvocati del circondario in cui ha sede il Tribunale, previo accertamento della validità del compromesso;
- 3) L'istanza congiunta delle parti funge essa stessa da compromesso: il giudice procederà con le modalità di cui al punto precedente;
- 4) Le parti stipulano il compromesso in grado d'appello: la Corte, una volta accertata la validità del compromesso, deve dichiarare estinto il giudizio ed, al contempo, dichiarare l'inefficacia della sentenza di primo grado.

Per completezza, va fatta un'ultima annotazione relativa all'ipotesi di clausola compromissoria per arbitrato irrituale. In questo caso, la Cassazione ha chiarito che l'*exceptio arbitrati* va qualificata come eccezione di improponibilità della domanda, e non di incompetenza del giudice, con conseguente inutilizzabilità del regolamento di competenza (cfr. Cass., 27 marzo 2007, n. 7525, e Cass., 10 maggio 2005, n. 9760).

7. Eccezione di (non) arbitrato innanzi agli arbitri: 817 c.p.c.

Si è già detto della *potestas* degli arbitri a decidere sulla propria competenza.

Nel merito, si possono presentare tre evenienze:

inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale;

il suo contenuto o ampiezza;

la regolare costituzione del collegio arbitrale.

Tutti gli argomenti meriterebbero un approfondimento.

La questione, su cui si affronteranno alcuni casi pratici, riguarda soprattutto il secondo profilo, cioè il contenuto o ampiezza della convenzione di arbitrato. Su di essa si affronterà poi il tema specifico dell'appalto. La regola centrale è l'articolo 808-*quater* c.p.c.

Sotto il profilo dinamico, la regola è quella della "prima difesa". In altri termini, la prima difesa è la sede in cui formulare la eccezione di incompetenza.

Solo in caso di controversia non arbitrabile, il lodo rimane impugnabile.

8. Le controversie arbitrabili

Le controversie arbitrabili, secondo il disposto dell'articolo 806 c.p.c., sono quelle aventi ad oggetto diritti disponibili.

Fino alla riforma operata con l'articolo 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, la precedente dizione dell'articolo ricollegava l'arbitrato alla transigibilità del diritto.

Va osservato che i concetti di disponibilità e transigibilità non sono affatto sinonimici.

A dispetto di quanto sembra lasciare intendere l'articolo 1966 c.c., il quale prevede che per transigere una controversia le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti in contesa, alludendo così ad una perfetta corrispondenza tra i due termini, il concetto di disponibilità è sicuramente più ampio di quello di transigibilità, poiché ricomprende tutti i diritti di ordine patrimoniale, esclusi solo i diritti personali.

Peraltro la dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA) evidenzia come non vi sia una perfetta coincidenza tra disponibilità del diritto soggettivo e principio dispositivo della domanda. In altre parole, il fatto che un soggetto sia libero di non tutelare il diritto di cui è titolare davanti al giudice, non implica necessariamente che questo diritto sia disponibile. Ad esempio, la tutela dei diritti personalissimi, come la *privacy*, spetta alla parte, che può anche scegliere di non tutelarsi, ma il diritto si deve considerare comunque indisponibile.

Si ritiene comunemente che non possano essere devolute ad arbitri le liti in cui sia prevista l'azione o l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero.

Altra dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA) ritiene, invece, che il ruolo del Pubblico Ministero non possa precludere il percorso alternativo dell'arbitrato, poiché il solo parametro deve rimanere la disponibilità del diritto sostanziale sottostante, mentre l'iniziativa processuale del Pubblico Ministero riguarda l'azione e non il diritto stesso.

L'articolo 806, comma 1°, c.p.c. prevede, infine, una disposizione di chiusura, e cioè che l'arbitrabilità, anche se in materia di diritti disponibili, può essere esclusa in virtù di un espresso divieto di legge. Tale divieto è legittimo solo se conforme ad esigenze di ragionevolezza, poiché altrimenti risulterebbe violato il diritto costituzionale di autonomia negoziale, di cui l'arbitrato è espressione.

Ad esempio è vietato l'arbitrato sulle liti in materia di opere pubbliche inerenti i programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali (art. 1 co. 2-quater d.l. n. 15 del 2003).

Opera il divieto di arbitrato anche nelle controversie in materia di *previdenza e assistenza* e nelle *liti coinvolgenti l'AGREA*, quando sia già pendente un processo e non tutti i titolari della pluralità di liti connesse tra loro accettino.

È previsto un divieto di compromesso in materia di *appalti pubblici ex d.lgs. n. 63/2006*, e ancora opera il divieto di clausole compromissorie negli *statuti delle società aperte* (ad esempio quotate in borsa) ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 5/2003.

Il nuovo parametro della disponibilità del diritto rende, invece, arbitrabili le controversie in materia di *diritto agli alimenti, ovvero quelle in materia di impugnazione delle delibere assembleari* (cfr. Cass., 19 settembre 1968, n. 1960) tanto se si tratti di annullabilità *ex* articolo 2378 c.c., che di nullità *ex* articolo 2379 c.c.

In materia di lavoro, si potrebbe parlare di disponibilità limitata, in quanto l'articolo 2113 c.c. esclude la possibilità di transazione dei diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili, ma anche la loro rinuncia. Il legislatore nel 2006 ha confermato l'espressa arbitrabilità, purché essa sia prevista dalla legge, dai contratti o accordi collettivi di lavoro *ex* art. 806 co. 2°. Il relativo arbitrato si svolgerà nelle forme particolari dell'articolo 412-*ter* e ss c.c.

In materia di consumo, non può porsi in dubbio che i diritti patrimoniali dei consumatori siano disponibili. Lo conferma il diritto europeo che, con la direttiva 2013/11/UE, regola ed incentiva il ricorso agli strumenti alternativi di soluzione delle liti, tra i quali l'arbitrato (sul tema si tornerà nel proseguo).

Dunque, in assenza di specifici divieti, deve ritenersi che la materia sia compromettibile.

Il legislatore italiano regola una forma di arbitrato di consumo, il cosiddetto arbitrato amministrato dalla Consob, per la decisione di controversie insorte tra risparmiatori e investitori, esclusi gli investitori professionali, le banche, gli altri intermediari finanziari, circa l'adempimento degli obblighi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con la clientela.

In materia di famiglia, si suole tradizionalmente ritenere che le questioni in relative al matrimonio o alla filiazione siano indisponibili.

Nei paesi di *common law*, specialmente Stati Uniti, Canada e Australia, il divorzio e la separazione delle coppie, con o senza prole, sono arbitrabili e regolamentati da tempo. L'articolo 806 c.p.c., così come novellato, non contiene più un riferimento esplicito alla inarbitrabilità delle questioni di stato e di separazione personale dei coniugi, pertanto si dovrà fare riferimento solamente al criterio di indisponibilità del diritto.

Al proposito una parte della dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA) afferma che, a seguito della riforma di cui al d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. 162 del 2014, il mutamento di *status* che si verifica con il divorzio può essere attuato con accordo delle parti e, pertanto,

questa apertura all'iniziativa privata può portare a ritenere che i rapporti familiari siano sottoponibili ad arbitrato, prendendo spunto dalla disciplina sulla negoziazione assistita familiare. Ciò che conta è che siano rispettate le garanzie di legge, specialmente qualora vi siano figli minori e non autosufficienti.

In questa prospettiva, l'accordo arbitrale potrebbe avere ad oggetto anche la modifica o la revisione dei precedenti patti di separazione di divorzio.

Sono sicuramente arbitrabili le controversie relative alla natura usuraria degli interessi (Cass., 21 gennaio 2016, n. 1119).

È pacifico che non sia assoggettabile ad arbitrato *illecito penale*, mentre sono devolvibili le conseguenze risarcitorie derivanti dal reato, allo stesso modo in cui sono azionabili davanti al giudice civile (cfr. Cass., 26 gennaio 1988, n. 664).

Sono arbitrabili le controversie societarie (sia di cooperative che di capitali), relativamente ai diritti del singolo socio, ma non quelle che concernono interessi collettivi, non compromettibili (Cass., 12 settembre 2000, n. 12412).

In materia di *locazione di immobili urbani*, sono arbitrabili le controversie a cognizione ordinaria (Cass. 11.5.1999, n. 4652), ad eccezione delle controversie previste dagli art. 657 e 658 c.p.c. (procedimenti per convalida di sfratto, o di licenza), per i quali sussiste la competenza giudiziale ed inderogabile del Tribunale (Cass. 16.1.1991, n. 387), "limitatamente peraltro alla prima fase a cognizione sommaria" (Cass. 23.6.1995, n. 7127).

Non sono arbitrabili le controversie relative *all'indennità di avviamento dovuta nelle locazioni ad uso non abitativo* (Cass., 13 aprile 2000, n. 4802; Trib. Bologna, 31 maggio 2017, est. Dr. Gattuso). È altresì vietato l'arbitrato irrituale nelle controversie in cui sia parte un soggetto comunque portatore di un interesse pubblico (cfr. Sez. un., 3 marzo 2009, n. 8987).

9. Controversie arbitrabili e decreto ingiuntivo

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che in presenza di una convenzione arbitrale sia comunque possibile ottenere un decreto ingiuntivo, in virtù della cognizione *inaudita altera parte* che caratterizza il procedimento monitorio, non contemplata nella disciplina del procedimento arbitrale.

Le Cassazione ha ribadito in più occasioni tale principio, anche pronunciandosi a Sezioni unite (cfr. Sez. un., 18 gennaio 2017, n. 21550; Id., 30 settembre 2016, n. 19473; Cass. 5265/2011).

È stato inoltre chiarito che l'eccezione di improponibilità della domanda conseguente alla previsione di una clausola compromissoria debba essere necessariamente sollevata su eccezione di parte, non essendo ipotizzabile la rilevabilità d'ufficio.

Dunque, grava sull'intimato l'onere di formulare tempestivamente, in sede di opposizione, l'*exceptio compromissi*, così da ottenere la declaratoria di nullità del decreto opposto, con conseguente revoca dello stesso. Tale eccezione non è stata ritenuta "né equipollente né sovrapponibile" a quella di difetto di giurisdizione, che invece rappresenta "una eccezione di rito, tipizzata nei suoi effetti predeterminati dalle norme applicabili" (cfr. Sez. un., 30 settembre 2016, n. 19473).

Le soluzioni adottate dal Tribunale di Bologna si pongono in linea con l'orientamento della Cassazione.

Si veda, ad esempio, Tribunale di Bologna - Sezione specializzata diritto industriale civile, 13 settembre 2011, est. Dr. Atzori, laddove si è statuito che "è principio univoco che in tema di arbitrato, la devoluzione a un collegio arbitrale delle questioni in materia non solo di interpretazione, ma anche di "esecuzione" del contratto, comporta che il decreto ingiuntivo — eventualmente emesso nelle more — debba essere dichiarato nullo in sede di opposizione, ove venga dedotta la sussistenza di detta clausola, salvo che nella clausola si faccia espressamente salva la competenza dell'A.G.O. in caso di decreto ingiuntivo e relativo giudizio di opposizione".

Si veda anche la soluzione conforme del Tribunale di Milano, 23 gennaio 2014, est. Crugnola, secondo cui "L'esistenza di una clausola compromissoria non esclude la competenza del giudice ordinario ad emettere un decreto ingiuntivo (atteso che la disciplina del procedimento arbitrale non contempla l'emissione di provvedimenti "inaudita altera parte"), ma impone a quest'ultimo, in caso di successiva opposizione fondata sull'esistenza della detta clausola, la declaratoria di nullità del decreto opposto e la contestuale remissione della controversia al giudizio degli arbitri".

Parte della dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA) ritiene, invece, che sia lecito rivolgersi al giudice statale per ottenere una tutela speciale, solamente laddove questa non tenda ad un accertamento del diritto azionato, bensì al mero ottenimento di un titolo esecutivo.

Dunque se il procedimento implica l'esercizio dell'azione giudiziale, la sua esperibilità andrebbe esclusa.

Nel caso del procedimento monitorio, poiché esso costituisce esercizio dell'azione di condanna, dovrebbe ritenersi precluso in presenza di una convenzione arbitrale, ed il giudice dovrebbe dichiarare il proprio difetto di *potestas iudicandi*.

In questa prospettiva, l'ordinanza interinale di condanna *ex art. 186-bis* c.p.c. sarebbe invece ammessa, pur in presenza di convenzione arbitrale, trattandosi di titolo esecutivo senza accertamento, che può sopravvivere all'estinzione del processo, ma soccombe alla pronuncia delle sentenza.

Tuttavia non si rinvencono pronunce giurisprudenziali in tali termini.

10. Lo ius variandi in materia di appalto e l'operatività della clausola compromissoria:
orientamenti della giurisprudenza

La disciplina delle variazioni nel contratto di appalto è contenuta negli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c.

Le variazioni sono delle modificazioni rispetto all'ordinario progetto dell'opera, che le parti non hanno previsto al momento della conclusione del contratto, ma di cui ne abbiano ravvisato la necessità, l'utilità o la convenienza in un momento successivo.

L'art. 1659 c.c., relativo alle variazioni concordate del progetto, vieta all'appaltatore di apportare variazioni all'opera, salvo specifica autorizzazione da parte del committente, da provarsi per iscritto.

L'art. 1660 c.c. si riferisce alle variazioni necessarie che insorgono nel corso dell'esecuzione dell'opera e la cui attuazione diventa imprescindibile per il sopraggiungere di fatti nuovi, oppure per la scoperta di difficoltà non tenute presenti all'atto della conclusione del contratto. La norma prevede che, laddove le parti non si accordino rispetto alle variazioni necessarie da apportare, queste possano essere determinate dal giudice, insieme alle correlative variazioni del prezzo.

Infine può essere il committente ad apportare delle variazioni al progetto, nei limiti di cui all'art. 1661 c.c., norma volta a preservare l'equilibrio sinallagmatico del contratto d'appalto, facendo in modo che l'opera soddisfi pienamente l'interesse del committente, senza tuttavia pregiudicare la posizione dell'appaltatore.

In queste ipotesi è interessante capire quali siano le conseguenze laddove insorga una lite rispetto alle varianti ed il contratto di appalto contenga una clausola compromissoria.

La norma di riferimento è l'art. 808-*quater* c.p.c., introdotto dall'art. 20 d.lgs. n. 40 del 2006.

È opportuno evidenziare che prima dell'introduzione di tale norma, la giurisprudenza di legittimità (criticata dalla dottrina: v. per tutti LUISO) riteneva che il patto compromissorio per arbitrato rituale, comportando un'eccezionale deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, dovesse essere interpretato

restrittivamente (Cass., 30 ottobre 2007, n. 22841; Id., 26 aprile 2005, n. 8575; Id., 23 luglio 2004, n. 13830).

Va detto che esisteva in giurisprudenza, in epoca antecedente all'entrata in vigore della riforma, un orientamento contrastante, di tipo estensivo, che si preoccupava di non frammentare, in assenza di una precisa volontà contraria, le controversie nascenti dal medesimo contratto, distribuendole tra arbitri e giudici (Cass., 27 luglio 1957, n. 3167; Cass., 23 luglio 2004, n. 13380; Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398).

L'art. 808-*quater* c.p.c. imponeva il ribaltamento di tale orientamento restrittivo maggioritario (v. Cass. n. 13531/2011, in *Riv. arb.*, 2012, 79, con nota di COMASTRI, riferita a controversia antecedente alla riforma), nell'ottica del *favor arbitrati*.

Dunque, nei casi in cui le regole generali di ermeneutica contrattuale di cui agli art. 1362 ss c.c. non consentano di pervenire ad un risultato interpretativo univoco, la convenzione d'arbitrato deve essere interpretata nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce, cioè quelle aventi la loro *causa petendi* nel contratto medesimo (Cass. n. 13531/2011, cit., ove si precisa che gli arbitri cui siano state deferite le controversie sull'interpretazione e applicazione del contratto sono competenti a decidere anche in materia di inadempimento o di risoluzione).

In altre parole, *in dubio, pro arbitrato*.

Tuttavia la Cassazione ha continuato a seguire l'orientamento *ante novella*.

Ad esempio nella recente sentenza n. 1213, del 18 gennaio 2017, si è statuito che *“poichè il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine alla interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale, riconoscendosi non rientrare la domanda in contestazione nell'ambito della materia rimessa agli arbitri”* (richiama Cass., 30 ottobre 2007, n. 22841; Cass., 26 aprile 2005, n. 8575).

In tema di appalto, la Cassazione ha statuito, nella sentenza n. 4035 del 15 febbraio 2017, che la clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi *causa petendi* nel contratto medesimo, con esclusione di quelle che hanno in esso unicamente un presupposto storico, come nel caso di in cui venga proposta azione di responsabilità

extracontrattuale, ex art. 1669 c.c.; in questo caso, la Corte ritiene che si sia in presenza di una domanda risarcitoria estranea al contratto.

In senso contrario, seppur con riferimento ad altra fattispecie contrattuale ed al risarcimento del danno da inadempimento, Cass., 10 settembre 2012, n. 15068, secondo cui *“quando con una clausola compromissoria le parti deferiscono ad un collegio arbitrale le controversie relative all'applicazione o interpretazione di un contratto, cui la clausola accede, tale patto va interpretato in senso lato, se non c'è una volontà contraria, fino a ricomprendere ogni controversia relativa al contratto stesso, anche in merito alla sua esecuzione o al suo inadempimento, inclusa la domanda di risarcimento del danno da inadempimento, la quale, analogamente alla domanda di risoluzione, attiene alla fase esecutiva, implicando l'accertamento dell'inottemperanza delle parti alle obbligazioni assunte”*.

Nel medesimo senso della sentenza n. 4035/2017, anche Cass., 19 ottobre 2012, n. 18077 (in *Leggi di Italia*), relativa proprio all'ipotesi di lavori *extra-capitolato*. In primo grado il Tribunale di Firenze aveva emesso sentenza di condanna in favore della ditta appaltatrice per il corrispettivo relativo alle opere *extra-capitolato* rispetto ai lavori di cui al contratto di appalto concluso tra le stesse parti per la ristrutturazione di un complesso rurale. La Corte d'Appello di Firenze aveva confermato la sentenza di primo grado.

Il ricorrente sosteneva che i lavori oggetto di causa fossero quelli del contratto d'appalto, “arricchitosi” nel corso del rapporto da varianti ed integrazioni in corso d'opera. Tali lavori scaturivano, a suo dire, da un unico rapporto che originava dal contratto di appalto del marzo 1997; dunque doveva operare anche rispetto ad essi la clausola compromissoria.

La Cassazione respinge l'eccezione reputando pacifico che la controversia riguardasse *“l'esecuzione di lavori diversi ed ulteriori rispetto a quelli di cui al contratto di appalto intercorso tra le parti”*. Gli Ermellini ritengono che l'operatività della clausola compromissoria debba essere circoscritta in base all'oggetto contrattuale, in linea con l'orientamento restrittivo fondato sulla eccezionalità della deroga alla giurisdizione statale conseguente al deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri. Precisano che *“in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, debba preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale (tra le altre, Cass., sez. 2, 26 aprile 2005, n. 8575 - proprio in tema di appalto - e Cass., sez. 2, 30 ottobre 2007, n. 22841)”*

Secondo Cass., 26 aprile 2005, n. 8575, sempre in tema di appalto, il punto di partenza per definire con precisione l'ambito di operatività della clausola arbitrale è determinato dall'analisi del significato proprio delle parole in essa utilizzate, alla luce dello scopo

perseguito dagli stipulanti e della finalità propria dell'istituto prescelto; l'interprete è quindi chiamato a ricostruire la *voluntas* secondo le regole ermeneutiche canoniche in materia contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss c.c.

In caso di titubanza in ordine all'interpretazione della portata e dell'ambito oggettivo di operatività della clausola compromissoria, deve sempre prevalere l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito:

Tribunale Milano, 29 gennaio 2001, est. Fieconi (in Gius, 2001, 15, 1877) *“la clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto radica la competenza arbitrale anche con riferimento ad eventuali controversie per opere extra-contratto, estranee all'ambito contrattuale originariamente previsto, giacché trattasi di opere che comunque traggono titolo nella medesima fonte negoziale e tenuto conto della volontà delle parti di deferire ad arbitri ogni conflitto inerente l'interpretazione e l'attuazione del contratto di appalto”*. In senso contrario alla giurisprudenza di legittimità citata.

Tribunale di Bologna, 12 novembre 2015, est. Gentili.

Si statuisce che, rispetto alle *“lavorazioni aggiuntive richieste in corso d'opera dalla committenza”*, di cui era stato richiesto in sede monitoria il pagamento, e di *“domanda riconvenzionale di risarcimento del danno patrimoniale e non derivante dall'inadempimento del contratto di appalto”*, ex art. 1667 c.c., l'intera controversia non può soggiacere alla clausola compromissoria, *“dovendosi aderire all'orientamento giurisprudenziale, che impone di interpretare restrittivamente la clausola compromissoria, in quanto derogatoria della competenza del giudice ordinario, con la conseguenza che a fronte di più domande connesse, di cui solo alcune rientranti nella competenza arbitrale, questa viene assorbita ed esclusa da quella ordinaria”* (cfr. Cass. 23088/2007, pronunciata proprio nell'ipotesi di domanda risarcitoria considerata non ricompresa nella clausola compromissoria).

11. Segue: la clausola compromissoria per relationem

Un ulteriore problema riguarda l'ipotesi in cui le parti, dopo aver stipulato un contratto di appalto, sottoscrivano una separata scrittura relativa a variazioni rispetto al progetto iniziale, nella quale genericamente richiamino le condizioni o la disciplina del contratto d'appalto precedentemente sottoscritto, contenente clausola compromissoria.

È l'ipotesi della clausola compromissoria *per relationem*.

L'interrogativo, in questi casi, si incentra sulla possibilità o meno di estendere automaticamente gli effetti della clausola compromissoria anche alle liti aventi ad oggetto le prestazioni di cui alla suddetta scrittura.

Il Tribunale felsineo ha esaminato il problema della validità della clausola compromissoria per *relationem* sotto la diversa prospettiva del rapporto tra contratto di appalto e di subappalto (Tribunale di Bologna, 31 dicembre 2015, est. Gentili).

Si è ritenuto che la clausola compromissoria per *relationem*, ovvero prevista in un diverso negozio o documento cui il contratto faccia riferimento, debba richiamare espressamente e specificatamente la clausola compromissoria stessa, e non genericamente il documento che la contiene. Nel caso di specie il contratto conteneva un generico richiamo al capitolato speciale, ma non specificatamente alla clausola compromissoria.

Veniva pertanto considerato inefficace il suddetto richiamo, per mancato rispetto della forma scritta; si rilevava, in ogni caso, che ai sensi dell'art.1341 c.c. le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, che prevedano clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziarie, non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto.

La decisione del Tribunale di Bologna si pone in linea con il principio generale enunciato dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 11529/2009.

Le Sezioni unite intervengono per comporre un contrasto giurisprudenziale sviluppatosi rispetto alla problematica del soddisfacimento del requisito della forma scritta delle cosiddette clausole compromissorie per *relationem*, contenute cioè in un diverso negozio o documento, cui il contratto faccia riferimento. Problema frequente soprattutto nel commercio internazionale.

La giurisprudenza italiana generalmente (quella straniera è oscillante) distingueva due casi, a seconda che il rinvio contenuto nel contratto prevedesse un richiamo espresso e specifico della clausola compromissoria (cd. rinvio per *relationem perfectam*) ovvero fosse generico, cioè si riferisse semplicemente al documento o formulario che conteneva la clausola compromissoria (cd. rinvio per *relationem imperfectam*): nella prima ipotesi la clausola compromissoria si riteneva validamente stipulata (Cass. 7497 del 1983; n. 6925 del 1983); nella seconda ipotesi, invece, si negava la sussistenza dei requisiti di forma richiesti dalla convenzione di New York (Sez.un., 01/03/2002, n. 3029; Cass. 07/08/2002, n. 11891; Cass. N. 1649 del 1996; Cass. N. 3285 del 1985).

Orbene, tra i due citati orientamenti contrapposti, le Sezioni unite condividono quello restrittivo, ritenendo che il richiamo debba essere espresso rispetto alla clausola compromissoria contenuta in un documento separato, così che emerga la piena consapevolezza che le parti intendano derogare alla giurisdizione ordinaria.

Pertanto, nel caso di scrittura che preveda variazioni e richiami espressamente le condizioni del contratto di appalto, applicando il principio enunciato dalle Sezioni unite, deve ritenersi che il riferimento alla clausola compromissoria debba essere espresso (cd. *relactio perfecta*).

Anche in questo caso, tuttavia, la soluzione non si pone in linea con il *favor arbitrati* di cui all'art. 808-*quater* c.p.c.

* * *

Il fenomeno dello *ius variandi* nel contratto d'appalto, in rapporto alla clausola compromissoria contenuta nel contratto stesso, potrebbe altresì essere inquadrato sotto la diversa prospettiva del contratto collegato, unito da un nesso di indivisibilità economica a quello principale. In altre parole, il contratto con il quale siano pattuite delle variazioni, necessarie o concordate, può essere interpretato quale accordo consequenziale al primo, unito allo stesso da un nesso funzionale-economico.

Tuttavia la giurisprudenza di legittimità, fino ad oggi, ha sempre escluso, seppur con riferimento a fattispecie diverse dall'appalto, la possibilità di estendere l'operatività della clausola compromissoria prevista in un determinato contratto a controversie relative ad altri contratti collegati a quello principale, (Cass., 17 gennaio 2017, n. 941; Id., 11 aprile 2001, n. 5371; Id., 7 febbraio 2006, n. 2598).

12. Arbitrato e consumatore

Un'altra questione molto dibattuta riguarda l'eventualità che la clausola compromissoria contenuta nei contratti stipulati dai consumatori cada sotto il divieto di vessatorietà, e quindi sia nulla.

Con riguardo agli investitori non professionali, il decreto legislativo 179 del 2007 prevede un compromesso vincolante solo per l'intermediario; l'art. 6 stabilisce che "la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi servizi attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta".

La legislazione italiana, per le altre tipologie di consumo, non è chiara.

La direttiva europea 1993/13/Cee, con specifico riferimento ai contratti stipulati dei consumatori, definisce abusiva la clausola che impone una forma di arbitrato non disciplinato da disposizioni giuridiche.

Il legislatore italiano, nel recepire la suddetta direttiva, prima negli articoli 1469 *bis-sexies* c.c., e poi nel Codice del consumo del 2005, ha espunto il predetto riferimento ed ha definito come vessatorie tutte le clausole che derogano “alla competenza dell’autorità giudiziaria”.

L’interrogativo, a questo punto, consiste nel capire se l’arbitrato rientri in questa accezione.

La Cassazione ha risposto positivamente, statuendo che *“in presenza di una clausola compromissoria che escluda il ricorso all’autorità giudiziaria in favore di un procedimento arbitrale, trova applicazione l’art. 33, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, anche laddove si ricada nell’ambito del contenzioso insorto tra banca e cliente, essendo attribuibile la qualifica di « consumatore » anche all’investitore persona fisica che abbia concluso il contratto per esigenze della vita quotidiana, estranee all’attività imprenditoriale e professionale esercitata. La deroga in favore di arbitri è ammessa a condizione che si dimostri l’esistenza di una specifica trattativa tra le parti. La prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale, in quanto l’esistenza della suddetta trattativa si pone come antecedente logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola”* (cfr. Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744).

Nella sentenza in commento i giudici di legittimità richiamano il proprio precedente orientamento, seppur risalente, relativo alla vessatorietà, *ex art. 1341 c.c.*, della clausola compromissoria, *“subordinata alla specifica approvazione per iscritto nei soli casi in cui detta clausola sia inserita in contratti con condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti ovvero conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari (Sez. 1, Sentenza n. 4351 del 1993; Sez. 1, Sentenza n. 8407 del 1996)”*.

Gli Ermellini proseguono evidenziando che, a seguito dell’entrata in vigore del Codice del consumo, e delle relative cautele introdotte rispetto alla possibilità di derogare al foro del consumatore, a maggior ragione tali cautele devono ritenersi imprescindibili rispetto alla clausola compromissoria, che si configura come limitazione “ancor più gravosa” rispetto a quella relativa alla competenza, trattandosi di deroga alla *potestas iudicandi* dell’autorità giudiziaria statale.

Ne consegue che il professionista, intenzionato ad avvalersi della clausola arbitrale, è gravato dall’onere probatorio relativo alla specifica trattativa privata intercorsa con il consumatore; in difetto, la clausola compromissoria dovrà essere considerata nulla.

In precedenza la Corte di giustizia, con sentenza 2 ottobre 2006, C-168/05, aveva unicamente precisato che la vessatorietà della convenzione arbitrale nei riguardi del consumatore deve poter essere rilevata d'ufficio, anche per la prima volta in sede di impugnazione.

La dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA) evidenzia che la soluzione più corretta è quella basata su una valutazione caso per caso del tenore della clausola. In altre parole, se l'arbitrato presenta sufficienti garanzie di tutela del consumatore, la previsione arbitrale deve ritenersi pienamente valida.

Queste garanzie sono elencate nella direttiva 2013/11/Ue, secondo la quale, in primo luogo, occorre che il consumatore abbia espresso il consenso con l'effettiva consapevolezza delle implicazioni che ne derivano sul piano della tutela dei suoi diritti.

Il patto sarà quindi valido nei casi di compromesso, o di clausola compromissoria unilaterale, vincolante per il solo professionista, come previsto per l'arbitrato Consob, o anche qualora la clausola compromissoria sia frutto di trattativa privata.

Per contro, la clausola compromissoria inserita nel contratto di consumo deve essere considerata vessatoria se l'arbitrato, che deve essere obbligatoriamente amministrato, non presenti le seguenti garanzie:

- 1 - imparzialità ed indipendenza dell'organo;
- 2 - trasparenza, cioè conoscibilità e conseguente affidamento sulle regole procedurali, nonché accesso pubblico ai dati sull'attività e sui risultati dell'ente;
- 3 - equità e contraddittorio, assicurando la necessità che le parti abbiano la possibilità di esprimere la loro opinione e di ottenere dall'organo le argomentazioni, le prove, i documenti ed i fatti presentati dall'altra parte, nonché le dichiarazioni rilasciate e le opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito;
- 4 - effettività della tutela attraverso un arbitrato di breve durata e gratuito con costi minimi predeterminati per il consumatore; caratterizzato da ruolo attivo del tribunale arbitrale per la ricerca della verità materiale con la possibilità e non l'obbligo di un difensore;
- 5 - rispetto delle norme sostanziali inderogabili dell'ordinamento in cui hanno residenza le parti.

13. Le impugnazioni del lodo arbitrale

L'articolo 827 c.p.c. individua i mezzi di impugnazione contro il lodo arbitrale rituale: impugnazione per nullità, revocazione ed opposizione di terzo.

Essi non sono previamente rinunciabili. Sono rinunciabili successivamente.

Sono, inoltre, rimedi tassativi, non essendovi spazio per altri strumenti impugnatori.

Va detto che, pur non essendo previsto l'appello, alcuni regolamenti prevedono un secondo grado endo-arbitrale, cioè l'impugnabilità davanti ad altri arbitri. Un esempio è rappresentato dal sistema di arbitrato ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), che permette l'impugnazione del lodo solo attraverso ricorso a strumenti interni. Va ricordato anche l'arbitrato davanti alla Corte arbitrale per lo sport, in secondo grado, con sede a Losanna.

In via generale, il Consiglio dell'Ordine di Bologna, con propria circolare 60 del 10 aprile 2017, ha comunicato che sta avviando una Camera arbitrale e di conciliazione. In quella sede, si potrebbe ipotizzare un doppio grado, eventualmente su richiesta delle parti.

I termini per impugnare il lodo variano a seconda del tipo di impugnazione. L'impugnazione per nullità è legata ad un termine breve e ad uno lungo, il primo di 90 giorni dalla data della notificazione, il secondo di 1 anno dalla data dell'ultima sottoscrizione. Per quanto riguarda, invece, la revocazione e l'opposizione di terzo, trovano applicazione le stesse regole previste per le sentenze.

Con riguardo poi alle condizioni per impugnare, l'interesse all'impugnazione è collegato al criterio della soccombenza materiale, che può essere anche parziale.

Legittimati ad impugnare sono tutti coloro che hanno partecipato al processo arbitrale, che non necessariamente coincidono con le parti della convenzione arbitrale (eccetto l'opposizione di terzo). Pertanto il soggetto che ha stipulato la convenzione arbitrale, e non sia stato parte del processo arbitrale, non avrà diritto di impugnare il lodo, ma potrà proporre opposizione di terzo, qualora abbia subito un pregiudizio della pronuncia arbitrale, o sia litisconsorte necessario pretermesso. Il successore nella *res litigiosa* è abilitato all'impugnazione anche se non intervenuto nel processo arbitrale.

Con riguardo poi all'oggetto dell'impugnazione, esso è il lodo, nelle due forme del lodo definitivo e parziale. Il lodo non definitivo può essere impugnato soltanto con quello definitivo. Le ordinanze non sono impugnabili, essendo revocabili e modificabili in ogni tempo.

Quando soltanto alcune delle parti del processo impugnino il lodo, si applica la disciplina degli articoli 331 e 332 c.p.c., in attuazione del principio di unità del processo di impugnazione, valevole anche per l'arbitrato.

L'impugnazione per nullità del lodo è regolata dall'articolo 829 c.p.c., in modo tassativo, sulla base di tre macro-categorie: vizi concernenti la convenzione arbitrale, vizi concernenti il procedimento, vizi concernenti la decisione degli arbitri. Si tratta dunque di una impugnazione *a critica vincolata*. Non è dunque una impugnazione di merito.

La classificazione proposta è da altri diversamente ripartita. La classificazione nelle tre maxi-categorie è comunque quella maggiormente ricevuta.

Riguardano la convenzione arbitrale i nn. 1 ed in parte 2.

Riguardano i profili processuali i nn. da 3 a 9; con due precisazioni, cioè la violazione del principio del contraddittorio è clausola generale; la *exceptio iudicati* di cui al numero 8.

Riguardano il merito i nn. 10 ss., a sua volta con divisione fra merito-procedura (n. 11), ovvero di omissione di decisione (10 e 12).

Competente a decidere in merito all'impugnazione per nullità è la Corte d'appello del distretto dove si trova la sede dell'arbitrato.

Il giudizio si instaura con atto di citazione, da notificarsi alla parte o al suo difensore ai sensi dell'articolo 816-*bis* c.p.c.

Non vale direttamente quanto stabilito dall'articolo 342 c.p.c. con riguardo alla redazione dell'atto d'appello prevista a pena di inammissibilità, anche se vale pur sempre il principio di specificità dei motivi, che discende dalla natura vincolata della critica proponibile in sede di impugnazione per nullità.

La mancanza di un'estensione automatica delle norme sull'appello comporta inapplicabilità del filtro previsto dall'art. 348-*bis* c.p.c.

La costituzione in giudizio del convenuto deve avvenire secondo le regole del processo di cognizione ordinario, ammettendo la proposizione dell'impugnazione incidentale nelle forme di quell'articolo 343 c.p.c.

Può essere chiesto al giudice di sospendere l'efficacia dell'atto per gravi motivi.

Va precisato che, con riguardo al concetto di gravi motivi, possono essere addotte circostanze relative al danno che il provvedimento potrebbe recare all'istante o anche questioni relative al *fumus boni iuris*, cioè la probabile fondatezza del gravame. L'istanza può essere formulata sia all'atto dell'impugnazione sia successivamente all'atto dell'ottenimento dell'*exequatur* da parte dell'avversario.

All'esito del giudizio rescindente, la Corte d'appello può dichiarare inammissibile o rigettare l'impugnazione, nel qual caso il lodo diviene non più impugnabile ed esplica gli effetti tipici della cosa giudicata.

Se invece la Corte accoglie l'impugnazione, la declaratoria di nullità comporta l'immediata ablazione degli effetti del lodo, compreso quello esecutivo.

La pronuncia arbitrale resta valida per le parti scindibili da quelle impugnate ed annullate.

L'efficacia dell'atto viene meno sin dalla pubblicazione della sentenza di nullità e la Corte d'appello può disporre le restituzioni conseguenti al venir meno del titolo esecutivo.

La sentenza della Corte d'appello è impugnabile in Cassazione per censure sue proprie e non del lodo.

Nella maggior parte dei casi, l'annullamento del lodo porta alla necessità di una nuova decisione della lite (cd. *iudicium rescissorium post iudicium rescindens*). Quest'ultima spetta agli arbitri, quando le parti lo abbiano espressamente previsto o quando l'arbitrato sia internazionale.

Negli altri casi, l'articolo 830 c.p.c. ripartisce la competenza tra Corte d'appello ed arbitri a seconda del motivo della censura.

Il giudizio rescissorio non comporta una decisione *ex novo* sulla intera materia del contendere, in quanto bisogna tenere conto della divisibilità del lodo e dell'eventuale pronuncia di un lodo non definitivo.

Con riguardo poi alla revocazione, è esperibile quella straordinaria sulla base dei motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'articolo 395 c.p.c.. L'articolo 831 c.p.c. stabilisce la competenza della Corte d'appello: la trattazione è dunque collegiale.

Per il resto si fa riferimento alla disciplina della revocazione delle sentenze.

Con riguardo, infine, all'opposizione di terzo, quest'ultimo gode della protezione contro il lodo in tutti i casi in cui può proporre opposizione contro le sentenze. Legittimato attivo è colui che non ha partecipato al giudizio arbitrale, in proprio e tramite rappresentante, a prescindere dal fatto che sia o non sia stato parte del patto commissorio.

Sono ammissibili tanto l'opposizione ordinaria che quella straordinaria.

14. Segue: la impugnazione del lodo irrituale

Naturalmente quanto sopra detto con riguardo ai mezzi di impugnazione si riferisce solo all'arbitrato rituale.

Per ciò che concerne l'arbitrato irrituale, invece, l'articolo 808 ter, comma 2° c.p.c. statuisce che il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro primo ed individua una serie di ipotesi di annullabilità specifiche.

Bologna, 8 maggio 2018

Contributo scientifico della Dr.ssa Alessandra Minissale – VI incontro del Corso di
Formazione sull'Arbitrato organizzato dalla FONDAZIONE FORENSE
BOLOGNESE

(relazione coordinata da Marco D'Orazi – giudice del Tribunale)