

IL NUOVO RITO ARBITRALE DOPO IL DECRETO LEGISLATIVO

2 FEBBRAIO 2006 N. 40

DI TOMASO GALLETTO

AVVOCATO IN GENOVA

VICE-PRESIDENTE DELEGAZIONE ITALIANA DELLA CORTE ARBITRALE EUROPEA

Sommario: 1. Premessa.- 2. Gli obiettivi della riforma con specifico riferimento ai procedimenti arbitrali.- 3. La sede dell'arbitrato.- 4. Lo svolgimento del procedimento arbitrale.- 5. L'istruzione probatoria.- 6. L'arbitrato con pluralità di parti.- 7. L'intervento dei terzi e la successione nel diritto controverso.- 8. L'anticipazione delle spese.- 9. La competenza arbitrale e le relative questioni. I rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria.- 10. Gli arbitri e le questioni pregiudiziali di merito.- 11. La sospensione del procedimento arbitrale.- 12. Conclusioni.

* * *

1. PREMESSA.

Nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale contenuto nel decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 (c.d. "decreto competitività"), convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 14 maggio 2005 n. 80, il legislatore ha reputato necessario, tra l'altro, da un lato intervenire direttamente sul processo ordinario di cognizione e su quello esecutivo nonché su talune disposizioni in materia fallimentare (esercizio delle azioni revocatorie, disciplina del concordato preventivo) e, da altro lato, delegare al Governo l'introduzione di significative modificazioni al processo di cassazione e alla materia dell'arbitrato nonché di una riforma organica delle procedure concorsuali.

La delega legislativa ha, come noto, trovato attuazione con il decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40, entrato in vigore il 2 marzo scorso.

Con riferimento alla materia dell'arbitrato, le modifiche relative alla convenzione di arbitrato (artt. da 806 a 808-*quinquies* c.p.c.) si applicano alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo; le restanti modifiche si applicano ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Le disposizioni del codice di rito in materia di arbitrato sono state significativamente innovate dalla legislazione delegata in attuazione della finalità di “*riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell’arbitrato*” (di cui all’art. 1, comma 3, lett. b) della legge delega) in conformità ad una nutrita serie di principi direttivi e della facoltà, specificamente attribuita al legislatore delegato, di revisionare la formulazione letterale e la collocazione di norme che, seppure non investite direttamente dalla riforma, necessitassero di essere coordinate con le innovazioni introdotte (art. 1, comma 4, della legge delega).

Il legislatore delegante si è quindi posto, nella materia considerata, un obiettivo piuttosto ambizioso – anche in considerazioni dei ristretti tempi di attuazione della delega – ed è ora aperta la discussione non soltanto sul perseguimento, in tutto od in parte, degli obiettivi della riforma, ma anche sulla condivisibilità o meno delle soluzioni adottate.

Alcune scelte di fondo, come è già stato rilevato dalla dottrina, disvelano una delle (vere) ragioni della riforma: si è ritenuto opportuno sottolineare l’equiparazione, quanto agli effetti, del lodo alla sentenza dell’autorità giudiziaria mediante una specifica disposizione (art. 824-*bis* c.p.c.) che ne impone l’interpretazione in tal senso da parte dei giudici, che in un recente passato erano giunti, attraverso numerose decisioni anche delle Sezioni Unite della Cassazione, alla opposta soluzione che assegna carattere meramente negoziale alla pronuncia arbitrale.

Quella appena ricordata non è peraltro l’unica norma intesa a sottolineare la caratterizzazione in senso processuale (sia pure di natura privata) del procedimento arbitrale; basterà ricordare in proposito, a titolo di esempio, la disposizione secondo cui quando la parte sta in arbitrato per mezzo di difensore quest’ultimo può essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione (art. 816-*bis*, secondo comma). Qui è evidente la volontà del legislatore di superare, attraverso l’inequivocabile dettato normativo, il diverso avviso più volte manifestato della Corte di legittimità che si era spinta a ritenere inesistente la notificazione dell’impugnazione del lodo effettuata al difensore tecnico della parte anziché a quest’ultima personalmente (conviene ricordare, in proposito, che le più recenti decisioni sul punto riconducevano l’ipotesi ad una – meno grave – fattispecie di nullità della notificazione, sanabile per il raggiungimento dello scopo).

Anche in questo caso, dunque, una scelta di stampo prettamente processualistico, emblematica dello spirito della riforma.

Esula dall’economia del presente lavoro, finalizzato ad illustrare le più rilevanti novità in tema di procedimento arbitrale introdotte dalla riforma, una più approfondita trattazione delle complesse questioni destinate ad agitarsi intorno alle opzioni privilegiate dal legislatore delegato. In questa sede introduttiva è sembrato opportuno farne breve cenno, utile tra l’altro a consentire di cogliere, con maggiore immediatezza, le ragioni di talune soluzioni adottate nella specifica materia del procedimento arbitrale.

Deve altresì essere sottolineato, nella prospettiva sopra indicata, la scelta di privilegiare l'autonomia e l'indipendenza dell'istituto dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale, di cui sono emblematiche alcune nuove disposizioni, quali ad esempio quella secondo cui spetta agli arbitri decidere, ai fini di determinare la propria competenza, sulla validità, contenuto od ampiezza della convenzione d'arbitrato (art. 817 nuovo testo) e quella specificamente dedicata ai rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria (art. 819-ter nuovo testo).

2. GLI OBIETTIVI DELLA RIFORMA CON SPECIFICO RIFERIMENTO AL PROCEDIMENTO ARBITRALE.

Venendo ad esaminare i profili della riforma più direttamente rilevanti sul procedimento arbitrale, conviene ricordare che – sul punto – i principali criteri direttivi della legge delega avevano riguardo:

- (i) ad una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti che garantisca nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti, nonché relativa alla successione nel diritto controverso e alla partecipazione dei terzi al processo arbitrale, nel rispetto dei principi fondamentali dell'istituto;
- (ii) ad una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria;
- (iii) alla possibilità per gli arbitri di conoscere in via incidentale delle questioni pregiudiziali non arbitrabili, salvo che per legge sia necessaria la decisione con efficacia di giudicato autonomo.

Il legislatore delegato ha dato attuazione agli obiettivi prefigurati nella delega innovando profondamente il procedimento arbitrale, attraverso una sostanziale riformulazione dell'intero Capo III (*“Del procedimento”*), con la quale si è colta l'occasione per superare a livello normativo talune questioni assai dibattute nella pratica, per codificare talune prassi e per meglio definire i rapporti tra arbitrato e giurisdizione.

Alle scarse disposizioni previgenti dedicate al procedimento arbitrale è stato sostituito un organico *corpus* di norme destinato a regolare il “processo arbitrale” che in tal modo assume una più marcata ed individuabile fisionomia.

L'intervento è stato profondo, incisivo e – sotto taluni aspetti – fortemente innovativo, senza peraltro tradire la filosofia di fondo dell'istituto arbitrale, intesa a privilegiare l'autonomia negoziale delle parti anche nella disciplina del procedimento.

La complessità dell'intervento riformatore sulla trama della previgente disciplina suggerisce di affrontare partitamene i vari profili in cui può essere scomposto il rinnovato “processo arbitrale”.

3. LA SEDE DELL'ARBITRATO.

Sono ridisegnati i criteri intesi alla determinazione della sede dell'arbitrato.

Il nuovo art. 816, infatti, ferma la necessità della fissazione della sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica ed il rinvio, in via prioritaria, all'autonomia delle parti nella scelta della sede, con facoltà per gli arbitri di sopperire alla mancata scelta delle parti, contiene disposizioni innovative.

Se le parti e gli arbitri non hanno provveduto ad individuare la sede dell'arbitrato, questa è stabilita nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione arbitrale, con l'ulteriore previsione secondo cui ove tale luogo non si trovi nel territorio nazionale, la sede dell'arbitrato è fissata a Roma.

Ulteriore, significativa innovazione è quella secondo cui, salva diversa previsione nella convenzione d'arbitrato, tutte le attività degli arbitri (dalle udienze agli atti istruttori sino alla deliberazione e sottoscrizione del lodo) possono essere compiute in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato *“ed anche all'estero”*.

Dalle disposizioni da ultimo ricordate emerge con evidenza che la determinazione della sede dell'arbitrato ha rilievo ai (soli) fini della individuazione territoriale del giudice competente ad assumere provvedimenti (anche di volontaria giurisdizione) connessi o conseguenti al procedimento arbitrale (dalla nomina e ricusazione degli arbitri sino alla decisione sulla impugnazione del lodo, senza dimenticare la dichiarazione di esecutività del lodo).

4. LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE.

Il nuovo art. 816-*bis* detta regole, in parte innovative, in ordine allo svolgimento del procedimento.

Il primo comma, riprendendo con qualche (non irrilevante) modificazione la disciplina previgente, conferma la scelta di privilegiare, quanto alle norme del procedimento, l'autonomia e la libertà di scelta delle parti, aggiungendo (opportunamente) che esse possono altresì determinare la lingua dell'arbitrato.

Ne esce quindi rafforzata l'opinione che individua nel procedimento arbitrale un *“processo privato”* del quale le parti possono dettare le regole, alle quali gli arbitri debbono attenersi.

L'unico vero limite che è posto all'autonomia delle parti (e che si traduce altresì in un obbligo degli arbitri) è quello del rispetto del contraddittorio, che viene dalla norma esplicitato nella concessione alle parti di *“ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa”*.

L'essenzialità e la centralità del contraddittorio, nel senso esplicitato dalla nuova disposizione, non abbisogna di particolari sottolineature; basterà ricordare, in proposito, le recenti pronunce della Suprema Corte che ne hanno riconosciuto l'imprescindibile

rispetto anche nell'ambito dei procedimenti per arbitrato irrituale, quale ineludibile presupposto per una valida determinazione arbitrale.

Resta altresì confermata dalla novella la facoltà per gli arbitri, in mancanza di norme stabilite dalle parti, di regolare lo svolgimento del giudizio (e stabilire la lingua dell'arbitrato) nel modo che essi ritengono più opportuno (fermo l'obbligo del rispetto del contraddittorio nel senso in precedenza ricordato).

Rilevante novità è, invece, la previsione che le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori, ai quali sono attribuiti facoltà e poteri significativamente più ampi di quelli previsti nell'ambito della rappresentanza tecnica nel processo ordinario di cognizione.

Se è vero che nella prassi non si era mai dubitato della possibilità per le parti di farsi assistere in sede arbitrale da un difensore, tuttavia a tale facoltà erano stati assegnati effetti molto limitati, tanto da giungersi – come si è ricordato – a pronunce in sede di legittimità che avevano escluso qualsiasi ultrattività al mandato al difensore (specialmente) ai fini della notificazione dell'impugnazione del lodo, così da ritenere inammissibili le impugnazioni notificate al (solo) difensore tecnico in sede arbitrale.

Sul punto riguardante i limiti alla "*procura al difensore*" (come è oggi esattamente definita dalla norma in commento) si rinvengono interessanti novità.

Dispone infatti il secondo comma dell'art. 816-*bis* che, in assenza di limitazioni risultanti dalla procura, il difensore può rinunciare agli atti e determinare o prorogare il termine per la pronuncia del lodo.

Qui la scelta del legislatore delegato è fortemente innovativa, in quanto - da un lato - il difensore nel processo ordinario di cognizione non ha autonomamente il potere di disporre della lite rinunciando agli atti e - da altro lato - si consente al difensore di assumere determinazioni negoziali che incidono sul contratto tra le parti e gli arbitri (il c.d. contratto di arbitrato, di incerta qualificazione), disponendo del termine per la pronuncia del lodo.

Della ulteriore novità in ordine alla possibilità di notificare al (solo) difensore il lodo e l'eventuale atto di impugnazione di esso si è trattato in precedenza, sottolineandone anche l'importanza pratica.

Le altre disposizioni dell'art. 816-*bis* codificano la prassi che consentiva al presidente del collegio di deliberare le ordinanze relative allo svolgimento del procedimento e per il resto confermano la possibilità per gli arbitri di risolvere le questioni sollevate nel corso del procedimento alternativamente con lodo non definitivo ovvero con ordinanza non soggetta al deposito.

5. L'ISTRUZIONE PROBATORIA.

La materia dell'istruzione probatoria, come già si è ricordato (*supra* sub § 2), costituiva specifico oggetto della delega legislativa, ove era altresì indicato l'obiettivo della previsione di una adeguata assistenza giudiziaria agli arbitri.

Il nuovo art. 816-*ter* dà attuazione alla delega, da un lato assorbendo le scarse disposizioni del previgente art. 819-*ter* (che restano sostanzialmente immutate), e dall'altro prevedendo l'assistenza giudiziaria attraverso il ricorso degli arbitri al Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato affinché venga ordinato al testimone riottoso di comparire dinanzi al Collegio (o all'arbitro delegato all'assunzione della prova) e disponendo la sospensione del procedimento dalla data dell'ordinanza sino a quella dell'udienza di assunzione della testimonianza.

Le nuove disposizioni prevedono altresì la facoltà (della quale peraltro non si è mai dubitato) per gli arbitri di farsi assistere da un consulente tecnico, e, con scelta innovativa, che tale consulente possa anche essere, anziché una persona fisica, un ente.

Si tratta di una utile previsione, che consentirà agli arbitri, come viene esemplificato nella relazione illustrativa, di rivolgersi a società di revisione, istituti universitari o di ricerca strutturalmente più idonei ad affrontare complessi quesiti tecnico-scientifici.

Ulteriore, importante rafforzamento della istruzione probatoria arbitrale è rinvenibile nella facoltà innovativamente riconosciuta agli arbitri di chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti o documenti dell'amministrazione richiesta che è necessario acquisire al giudizio.

Non è invece prevista, attesa l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, la possibilità di ordinare l'esibizione di atti o cose determinate, di cui all'art. 210 c.p.c.; nella ricorrenza dei presupposti normativi di cui alla citata disposizione, peraltro, avrebbe forse potuto essere introdotto un metodo di assistenza giudiziaria analogo a quello previsto per l'istruttoria testimoniale.

Non vi è dubbio, comunque, che dalle nuove disposizioni consegua un significativo ampliamento dell'istruzione probatoria nel processo arbitrale, esigenza da tempo avvertita e che aveva trovato una molto timida attuazione con la riforma del 1994 (nel cui articolato aveva già trovato ingresso l'assistenza giudiziaria in materia testimoniale, poi soppressa in sede di finale approvazione della legge).

6. L'ARBITRATO CON PLURALITÀ DI PARTI.

Le questioni connesse alla partecipazione di più di due parti al procedimento arbitrale costituiscono – da sempre – uno dei profili più problematici dell'arbitrato, nell'ambito del quale si contrappongono – da un lato – le esigenze del *simultaneus processus* e – dall'altro – quelle connesse alla salvaguardia del principio secondo cui ciascuna parte ha diritto di nominare gli arbitri, che è uno dei risvolti in cui si estrinseca il principio cardine della volontarietà dell'arbitrato.

La legge delega aveva affidato al legislatore della riforma il non facile compito di disegnare “una disciplina relativa all’arbitrato con pluralità di parti che garantisca nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti”, e conseguentemente rimarcando il principio dell’eguaglianza del potere delle parti nella nomina degli arbitri.

Nel criterio direttivo in precedenza ricordato si avverte con evidenza la presa di distanza rispetto alla soluzione drastica adottata dal legislatore della riforma societaria, il quale – come è noto – in tema di arbitrato societario ha disposto - a pena di nullità - che il potere di nomina di tutti gli arbitri sia affidato a soggetto estraneo alla società (art. 34, comma 2, Dlgs. 5/2003).

L’art. 816-*quater*, introdotto dalla riforma, disciplina la materia dell’arbitrato multiparte in modo innovativo.

Si prevede, infatti, che un arbitrato con pluralità di parti possa aver corso subordinatamente al verificarsi di alcune condizioni:

(i) innanzi tutto che tutte le parti siano vincolate dalla stessa convenzione d’arbitrato; e

(ii) in ogni caso che la convenzione devolva ad un terzo la nomina degli arbitri, ovvero che tutti gli arbitri siano nominati con l’accordo di tutte le parti, ovvero che le altre parti (diverse da quella che ha dato corso all’arbitrato) nominino d’accordo un ugual numero di arbitri o ne affidino la nomina ad un terzo.

Quindi, ferma restando la condizione imprescindibile che tutte le parti siano vincolate dalla stessa convenzione arbitrale, se non ricorre una delle ipotesi in precedenza indicate sub (ii) l’arbitrato multiparte non può avere luogo.

In tale ipotesi il secondo comma dell’art. 816-*quater* dispone che il procedimento iniziato da una parte nei confronti delle altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

Se peraltro ricorre un caso di litisconsorzio necessario e difettano le condizioni previste al primo comma per l’arbitrato multiparte, l’arbitrato è improcedibile (art. 816-*quater*, terzo comma).

Nella soluzione assegnata dal legislatore della riforma alle oggettivamente complesse problematiche connesse all’arbitrato con pluralità di parti non è difficile cogliere l’eco di talune decisioni della Suprema Corte, che avevano individuato nello spontaneo raggruppamento di più soggetti in un’unica parte in senso sostanziale il meccanismo che poteva consentire ad una clausola arbitrale c.d. binaria di disciplinare un procedimento con pluralità di parti; la nuova disciplina positiva è peraltro assai più complessa e – attraverso le varie ipotesi in cui essa è articolata – potenzialmente idonea a consentire l’arbitrabilità della maggior parte delle controversie multiparte.

Ci si può tuttavia domandare se non sarebbe stata preferibile una formulazione più elastica del principio direttivo nella legge delega (che assegna valenza dirimente alla

volontà delle parti), in modo da consentire al legislatore delegato di accogliere la soluzione che si rinviene in taluni regolamenti di arbitrato amministrato relativamente agli arbitrati multiparte.

Secondo alcuni regolamenti, infatti, in ipotesi di arbitrato multiparte si procede alla nomina di un arbitro unico, alla quale concorrono tutte le parti e – in difetto di accordo tra loro – si prevede che la nomina abbia luogo da parte dell'istituzione che amministra l'arbitrato.

7. L'INTERVENTO DEI TERZI E LA SUCCESSIONE NEL DIRITTO CONTROVERSO.

La partecipazione di terzi al procedimento arbitrale e le questioni connesse alla successione nel diritto controverso pongono a loro volta questioni assai delicate, comunque insidiose, che non hanno trovato univoche soluzioni né in dottrina né in giurisprudenza.

Il legislatore delegante ha avvertito la necessità di disciplinare tali fenomeni senza peraltro individuare specifici criteri direttivi in proposito.

La delega ha trovato attuazione - in parte qua - con il nuovo art. 816-*quinquies* che disciplina appunto sia l'intervento di terzi che la successione nel diritto controverso.

Ai sensi della citata disposizione l'intervento del terzo nel procedimento arbitrale è così disciplinato:

- (a) l'intervento volontario e la chiamata di terzo in arbitrato sono ammessi soltanto con il concorso della volontà del terzo, delle parti originarie e degli arbitri;
- (b) è sempre ammesso l'intervento adesivo-dipendente (art. 105, 2° comma, c.p.c.) e quello del litisconsorte necessario.

Anche in questo caso il legislatore della riforma si discosta dalla disciplina prevista in materia di arbitrato societario, in cui l'intervento dei terzi è ammesso senza condizioni (purché avvenga entro la prima udienza di trattazione) mentre la chiamata di terzo e l'intervento coattivo sono ammessi (sempre entro il citato termine) solo nei confronti dei soci (art. 35, 2° comma, Dlgs. 5/2003).

Si è inteso privilegiare, anche sotto questo profilo, l'elemento volontaristico e salvaguardare l'autonomia delle parti, richiedendo da un lato il consenso di tutti (arbitri compresi) per l'intervento autonomo e la chiamata di terzo (il cui consenso a partecipare è sempre richiesto) e si è escluso l'intervento coatto per ordine degli arbitri.

La soluzione adottata ha sollevato qualche perplessità, specialmente laddove non distingue l'ipotesi in cui il terzo sia a sua volta parte della convenzione arbitrale: in questo caso sembra eccessivo richiedere il consenso di tutte le parti (e del terzo) per consentire la chiamata. Il problema, peraltro, non è di semplice soluzione, in quanto se si ammettesse la possibilità, ad esempio, di chiamare un terzo senza il suo consenso ci si

troverebbe di fronte al delicato profilo del mancato concorso del terzo alla nomina degli arbitri, vulnerandosi così quel principio che si è voluto privilegiare nella riforma.

A tutto avuto riguardo, allora, sembra potersi affermare che la scelta operata rappresenti un ragionevole punto di equilibrio tra le diverse, contrapposte esigenze che dovevano essere tenute in considerazione; non può del resto escludersi che talune perplessità che la norma effettivamente suscita possano essere superate in via interpretativa.

Venendo ora alla disciplina della successione nel diritto controverso, occorre rilevare che la novella richiama in proposito la disciplina di cui all'art. 111 c.p.c. e dispone altresì specifiche regole per l'ipotesi di morte, estinzione o perdita di capacità della parte (art. 816-*sexies*).

Quanto al richiamo alla disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso, se ne dovrebbe dedurre che il successore può intervenire o essere chiamato nel procedimento senza necessità del consenso di tutte le parti e degli arbitri (come è invece previsto dall'art. 816-*quinquies* nei casi ordinari) e che il successore può autonomamente impugnare il lodo, ancorché non sia intervenuto nel relativo procedimento (cfr. art. 111, 4° comma, c.p.c.).

La disciplina in caso di morte, estinzione o perdita di capacità delle parti è invece sensibilmente diversa da quella vigente nell'ordinario processo di cognizione.

Dispone in proposito l'art. 816-*sexies* che, verificatosi uno di tali eventi, spetta agli arbitri adottare le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio, assegnando ad essi anche la facoltà di disporre la sospensione del procedimento.

Si prevede altresì che ove nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, questi ultimi possono rinunciare all'incarico.

E' certamente da accogliere con favore la scelta di normare gli effetti delle vicende in argomento assegnando agli arbitri il compito di favorire, attraverso gli opportuni provvedimenti ordinatori, la prosecuzione del giudizio nel rispetto rigoroso del contraddittorio (e della possibilità di adeguata difesa della parte colpita dall'evento). Si è giustamente osservato, in proposito, che non risulta disciplinata l'ipotesi in cui l'evento (morte o perdita di capacità) colpisca il difensore nell'eventualità che la parte avesse deciso di stare in arbitrato per mezzo di questo (cfr. art. 816-*bis*, 2° comma).

8. L'ANTICIPAZIONE DELLE SPESE.

Con disposizione innovativa si prevede (art. 816-*septies*) che gli arbitri possano subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili.

Ciascuna parte può, se l'altra non versa la quota di sua competenza, provvedere ad anticipare la totalità delle spese richieste, ma se nessuna delle parti provvede nel termine

fissato dagli arbitri si estingue la convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento.

La norma corrisponde in larga misura alle pertinenti previsioni dei regolamenti che disciplinano gli arbitrati amministrati, ma se ne discosta per la ulteriore previsione secondo cui l'inadempimento di tutte le parti alla richiesta di anticipazione delle spese da parte degli arbitri provoca la caducazione della convenzione d'arbitrato (ma solo con riferimento alla controversia dedotta nel procedimento arbitrale).

9. LA COMPETENZA ARBITRALE E LE RELATIVE QUESTIONI. I RAPPORTI TRA ARBITRI E AUTORITÀ GIUDIZIARIA.

Nell'ambito del più generale obiettivo di pervenire ad *“una razionalizzazione delle ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità”* la legge delega ha, tra l'altro, posto il principio secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto provvedere a *“disciplinare in generale i rapporti tra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio”*.

In sede di attuazione della delega quest'ultima direttiva ha dato luogo alla introduzione di una complessa serie di norme, tra le quali talune di contenuto fortemente innovativo, che conviene esaminare partitamene.

In linea generale è utile osservare, ancora, che la disciplina della competenza arbitrale e delle varie questioni a cui essa può dare luogo (ivi compresa quella del rapporto arbitri – giudice statale) ha tratto ispirazione dal modello prefigurato dalla Convenzione Europea di Ginevra del 1961 in materia di arbitrato commerciale internazionale.

Venendo ora alle nuove disposizioni, occorre rilevare che il nuovo testo dell'art. 817, sotto l'immutata rubrica *“Eccezione di incompetenza”*, si occupa dei vari profili in cui l'incompetenza degli arbitri può venire in rilievo e ne disciplina tempi, modi ed effetti.

L'incompetenza degli arbitri può derivare:

- (i) dalla inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato;
- (ii) dalla irregolare costituzione degli arbitri;
- (iii) dalla esorbitanza delle conclusioni di una parte rispetto ai limiti oggettivi della convenzione d'arbitrato.

La disciplina della relativa eccezione è piuttosto articolata e può essere scomposta nei termini che seguono.

Innanzitutto si dispone (art. 817, 1° comma) che gli arbitri decidano sulla propria competenza se nel corso dell'arbitrato vengono sollevate questioni che attengono alla validità, contenuto ed ampiezza della convenzione d'arbitrato ovvero alla regolare costituzione degli arbitri. Viene in tal modo codificato il principio c.d. *“Kompetenz -*

Kompetenz”, in base al quale ciascun giudice decide in ordine alla propria competenza e se ne dispone l’applicabilità agli arbitri.

La citata disposizione si applica “*anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*” (art. 817, 2° comma). Il significato della precisazione non è agevolmente individuabile, salvo ritenere che essa intenda sottolineare l’esclusiva competenza degli arbitri a decidere in ordine ai propri poteri, anche se contestati per ragioni sopravvenute nel corso dell’arbitrato, allo scopo di inibire iniziative fuori del contesto arbitrale che potrebbero incidere (anche in via cautelare) sul potere decisionale degli arbitri stessi.

Quanto ai tempi ed ai modi del rilievo della eccezione di incompetenza per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, questa deve essere proposta nella prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri; in difetto il lodo non potrà essere impugnato per questo motivo, fatta eccezione per l’ipotesi in cui si verta in un caso di controversia non arbitrabile. La (eventualmente) irregolare costituzione degli arbitri deve comunque essere contestata nell’ambito del giudizio arbitrale, essendo altrimenti preclusa, per questo motivo, l’impugnazione per nullità del lodo (arg. ex art. 829, n. 2, nuovo testo).

Analogamente anche l’eccezione di esorbitanza delle conclusioni di una parte rispetto ai limiti oggettivi della convenzione d’arbitrato deve necessariamente essere sottoposta agli arbitri nel corso del procedimento per consentire l’eventuale impugnazione per questo motivo (arg. ex art. 829, n. 4, nuovo testo).

Con disposizione assolutamente innovativa l’art. 817-*bis* prevede la competenza degli arbitri a conoscere della eccezione di compensazione (nei limiti del valore della domanda) anche se il controcredito deriva da un rapporto non compreso nell’ambito della convenzione di arbitrato.

Per quanto concerne i poteri cautelari degli arbitri nulla è nella sostanza innovato rispetto alla previgente disposizione che ne inibiva l’esercizio: il nuovo testo dell’art. 818 contiene soltanto l’inciso riferito a diverse disposizioni di legge e la sua introduzione è evidentemente da riferirsi alla diversa previsione in materia di arbitrato societario, laddove agli arbitri è consentito disporre la sospensione cautelare dell’efficacia delle deliberazioni assembleari la cui validità formi oggetto di controversia arbitrale (art. 35, 5° comma, Dlgs 5/2003).

Di grande rilevanza, invece, sono le disposizioni dedicate ai rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria, di cui si occupa il novellato art. 819-*ter*.

La disciplina di tali rapporto costituisce uno degli aspetti più significativi della riforma ed è in qualche modo emblematica delle scelte di fondo operate dal legislatore.

Viene innanzi tutto disattesa l’interpretazione recentemente accolta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, poi ribadita senza contrasti, secondo cui nei rapporti tra arbitri e giudice ordinario non può porsi un problema di competenza in ragione della natura prettamente negoziale dell’arbitrato, dalla quale conseguirebbe – sul piano sostanziale e su quello processuale – la completa estraneità di esso rispetto

alla giurisdizione statale (e la riconducibilità della eccezione di compromesso alle eccezioni di merito e non di rito).

La scelta del legislatore della riforma è netta ed inequivoca: l'eccezione di esistenza di una convenzione d'arbitrato pone un problema di competenza del giudice, e deve quindi essere proposta a pena di decadenza nella comparsa di risposta (art. 819-ter, 3° comma); la mancata tempestiva proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale "*limitatamente alla controversia dedotta in giudizio*".

La sentenza del giudice che si pronuncia in relazione ad una convenzione di arbitrato è sentenza sulla competenza, impugnabile con il regolamento necessario o facoltativo di competenza (artt. 42 e 43 c.p.c.) a seconda dei casi, mentre ai rapporti tra arbitrato e processo non si applicano norme corrispondenti a quelle previste per i conflitti di competenza e per la *traslatio iudicii* o sulla sospensione (art. 819-ter, 4° comma).

L'autonomia del processo arbitrale risulta altresì rafforzata dalla nuova previsione secondo cui la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice ordinario e da quella, già vigente, che esclude qualsiasi *vis atractiva* dell'a.g.o. per motivi di connessione (art. 819-ter, 1° comma).

Chiude le disposizioni sui rapporti tra arbitri e giudice ordinario l'innovativa previsione secondo cui in pendenza del procedimento arbitrale non è consentito promuovere domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato.

La complessa regolazione del difficile rapporto arbitri – giudice ordinario che in precedenza si è sinteticamente illustrata lascia tuttavia aperte talune questioni.

E' stato infatti rilevato che, anche a seguito della riforma, non sarebbe risolta la questione relativa alla sorte della controversia nella ipotesi in cui il giudice indicato come competente dagli arbitri si sia a sua volta dichiarato incompetente (non essendo ovviamente vincolato dalla pronuncia arbitrale).

E' peraltro possibile individuare una (parziale) risposta nel combinato disposto degli artt. 808-*quinquies*, 819-ter, 4° comma, e 829 n. 10: la prima disposizione chiarisce che la decisione arbitrale che conclude il procedimento senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato; la seconda esclude efficacia di giudicato alla eventuale sentenza di incompetenza del giudice ordinario e la terza consente l'impugnazione per nullità del lodo se gli arbitri hanno concluso il procedimento senza decisione nel merito ed invece essi dovevano decidere nel merito.

Se il lodo che pronuncia l'incompetenza degli arbitri è impugnato, infatti, è possibile ottenere l'annullamento da parte della Corte di Appello ove questa ritenga che gli arbitri erano competenti a decidere il merito, e in questa ipotesi – non estinguendosi la convenzione d'arbitrato ai sensi dell'art. 808-*quinquies* – è possibile ritornare in arbitrato.

Sul versante dell'autorità giudiziaria, la sentenza di incompetenza è impugnabile con il relativo regolamento, il cui esito potrebbe affermare la competenza del giudice a conoscere della controversia.

Anche nella delineata prospettiva resta comunque assai delicato il profilo relativo ai rapporti tra i due eventuali giudizi (impugnazione del lodo; regolamento di competenza).

Altra delicata questione, non efficacemente risolta, riguarda la possibilità di introdurre, prima dell'inizio del procedimento arbitrale, un giudizio ordinario avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale (il divieto ex art. 819-ter opera soltanto successivamente all'inizio del procedimento arbitrale).

Potranno quindi aversi ancora giudizi paralleli, davanti agli arbitri e all'autorità giudiziaria, nei quali si discute del medesimo oggetto, costituito dalla validità o meno della convenzione arbitrale.

10. GLI ARBITRI E LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI DI MERITO.

Le insidiose questioni connesse agli accertamenti incidentali consentiti agli arbitri trovano finalmente una chiara regolamentazione nel senso di permettere agli arbitri di conoscere di ogni questione pregiudiziale, anche se vertente su materia non arbitrabile (art. 819, nuovo testo).

Tale facoltà è peraltro preclusa – ovviamente – nell'ipotesi in cui per legge la questione (vertente in materia non arbitrabile) deve essere decisa con efficacia di giudicato (si fa l'esempio, in dottrina, della questione sulla falsità dell'atto pubblico).

Per quanto concerne le questioni pregiudiziali in materia che può formare oggetto di convenzione di arbitrato, si prevede poi la possibilità che rispetto ad esse gli arbitri non si limitino ad un accertamento incidentale, ma pronuncino con efficacia di giudicato:

- (i) su istanza di parte, se le questioni sono ricomprese nella convenzione di arbitrato, ovvero
- (ii) su richiesta di tutte le parti, se esse esulano dalla convenzione di arbitrato.

Le nuove disposizioni completano la scelta già operata in materia di arbitrato societario, nell'ambito del quale si era esclusa l'applicabilità dell'art. 819 (che imponeva agli arbitri la sospensione del giudizio a fronte di questioni, rilevanti ai fini della decisione, che per legge non potevano formare oggetto di arbitrato).

Alla condivisibile attribuzione agli arbitri della facoltà di conoscere, in via incidentale, questioni non arbitrabili fa da opportuno bilanciamento la possibilità di impugnare il lodo se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale in materia non arbitrabile (art. 829, 4° comma, n. 2).

Trova così una apprezzabile soluzione il contemperamento della confliggente esigenza costituita, da un lato, dalla inopportunità di sospendere il giudizio arbitrale di fronte a questioni pregiudiziali non arbitrabili (che oggi gli arbitri possono conoscere in via incidentale) e, da altro lato, dalla ineliminabile cautela di un controllo giurisdizionale (tramite l'eventuale impugnazione) sulla decisione arbitrale, sia pure priva di efficacia di giudicato, in materia di diritti indisponibili.

11. LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE.

La questione concernente i poteri agli arbitri di sospendere il procedimento, al di fuori delle ipotesi previste per legge, in applicazione dell'art. 295 c.p.c. era assai dibattuta, tanto da dare luogo ad una recente pronuncia sulla ipotizzata incostituzionalità dell'art. 819, 2° comma che non consentiva agli arbitri di sospendere il giudizio con la discrezionalità che sarebbe (stata) consentita al giudice ordinario dal richiamato art. 295.

La Corte Costituzionale, peraltro, aveva ritenuto infondata la questione escludendo la sussistenza di una discrezionalità per il giudice di sospendere il processo (C. Cost., 6 luglio 2004 n. 207).

Il legislatore della riforma ha opportunamente risolto il dilemma elencando una serie tassativa di ipotesi in cui gli arbitri dispongono la sospensione del procedimento (art. 819-*bis* nuovo testo).

Si dispone così che, ferma restando la facoltà di sospensione in caso di morte, estinzione o perdita della capacità di una parte (art. 816-*sexies*), gli arbitri sospendono – con ordinanza motivata – il procedimento:

- (i) se ricorrono presupposti analoghi a quelli previsti dall'art. 75, 3° comma, cod. proc. pen. (azione civile nei confronti dell'imputato proposta dopo la costituzione di parte civile o dopo la sentenza di primo grado);
- (ii) a fronte di questione pregiudiziale non arbitrabile che per legge deve essere decisa con efficacia di giudicato;
- (iii) quando ritengono di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

E' rimessa agli arbitri, infine, la facoltà di sospendere il procedimento quando davanti ad essi è invocata l'autorità di una sentenza ed essa è impugnata (art. 337, 2° comma, c.p.c.).

La prosecuzione del procedimento arbitrale sospeso deve essere sollecitata – a pena di estinzione della procedura – ad istanza di parte entro il termine fissato dagli arbitri con l'ordinanza di sospensione o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione.

Se la sospensione è stata disposta a fronte di questione pregiudiziale non arbitrabile che per legge deve essere decisa con efficacia di giudicato, l'estinzione del procedimento si

verifica qualora entro 90 giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte depositi presso gli arbitri copia autentica dell'atto introduttivo della relativa controversia davanti all'autorità giudiziaria.

12. CONCLUSIONI.

La disamina, necessariamente sintetica, delle disposizioni della riforma che disegnano il nuovo volto del procedimento arbitrale consente tuttavia di cogliere la rilevanza e – sotto taluni aspetti – la novità del nuovo assetto normativo del giudizio arbitrale.

Ripudiata la tesi che relegava il giudizio arbitrale a (mera) serie di atti strettamente riconducibili all'autonomia privata, esce rafforzata la visione del giudizio arbitrale alla stregua di un processo, sia pure di natura privatistica, che non è per nulla ancillare rispetto al processo giurisdizionale.

Pur privilegiandosi, come è doveroso, l'autonomia delle parti nella disciplina del loro processo, sono state dettate regole funzionali a rendere efficace il ricorso dell'arbitrato, in sintonia del resto con gli auspici più volte espressi a livello comunitario, nel cui ambito l'incentivazione di soluzioni alternative al ricorso alla giurisdizione dello Stato è ormai un dato acquisito.

E' troppo presto per esprimere un fondato giudizio sulla riforma nel suo complesso e sulle disposizioni in tema di procedimento in particolare, ma non vi è dubbio sulla serietà dello sforzo che è stato profuso nel ristretto termine assegnato dalla legge delega.

Come sempre accade quando si incide in profondità su un previgente assetto normativo alcune scelte ben potranno essere considerate opinabili, ma tutto sommato il nuovo impianto normativo è oggettivamente apprezzabile.

Non resta che attendere la difficile prova dei fatti.