

TOMASO GALLETTO^(*)

**IL PROCESSO GESTITO DAI PRIVATI E LA COMPETITIVITÀ DELLO STRUMENTO
ARBITRALE^(**)**

* * *

SOMMARIO: - 1. Premessa: il costo della inefficienza del processo civile. - 2. Gli strumenti dell'autonomia privata: il giudizio arbitrale. Procedimento e processo nell'arbitrato. - 3. Libertà delle forme e richiamo al codice di rito. - 4. I problemi dell'istruzione probatoria. - 5. La gestione del fattore tempo. - 6. I costi dell'arbitrato e il principio della soccombenza. - 7. I limiti dell'arbitrato nelle controversie dei consumatori. - 8. Cenni sulla fiscalità nell'arbitrato: assenza di incentivi e ipotesi *de iure condendo*. - 9. Considerazioni conclusive sulla competitività dello strumento arbitrale. -

* * *

1. *Premessa: il costo della inefficienza del processo civile.*

La cronica inefficienza del sistema della giustizia civile nel nostro Paese è una realtà con la quale ciascuno di noi è destinato a confrontarsi ineludibilmente nell'affrontare le vicende della vita: dal cittadino che è costretto ad accedere al “*servizio giustizia*” per la tutela dei propri diritti ai diretti protagonisti del fenomeno (giudici, avvocati) che vedono frustrato il risultato della loro attività.

Questa inefficienza ha un costo molto elevato e determina altresì conseguenze paradossali.

Come ha ricordato il Ministro della Giustizia nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011, presentata alla Camera dei Deputati nel gennaio 2012, secondo la Banca d'Italia l'inefficienza della giustizia civile italiana può essere misurata in termini economici come pari all'1% del Prodotto Interno Lordo (P.I.L.), corrispondente a circa 15 miliardi di euro.

A tale rilievo può aggiungersi che una stima di Confartigianato calcola che i ritardi nella giustizia civile costino annualmente alle imprese 2,3 miliardi di euro, di cui 1.198 milioni di euro per il ritardo nella riscossione dei crediti.

^(*) Professore a contratto di Diritto Processuale Civile – Università di Genova. Avvocato.

^(**) Testo rivisto, con l'aggiunta di note, della relazione svolta nella tavola rotonda sull'Arbitrato organizzata nell'ambito del VIII Congresso di Aggiornamento Forense, Roma 15 marzo 2013.

Ancora la menzionata relazione ministeriale riferisce che nella categoria “*Enforcing Contracts*” del rapporto *Doing Business* del 2010 della Banca Mondiale l’Italia si colloca al 157° posto su 183 paesi censiti, con una durata stimata per il recupero del credito commerciale pari a 1210 giorni, mentre in Germania ne bastano 394.

L’aspetto paradossale del fenomeno è dato dalla constatazione che il contenzioso per ottenere l’indennizzo per irragionevole durata del processo (disciplinato dalla c.d. legge Pinto n. 89 del 2001 per cercare di ovviare alle plurime condanne della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo) è ormai esplosivo (49.596 domande nel 2010) e l’Italia è stata ripetutamente condannata dalla Corte Europea per “irragionevole durata” dei processi volti a conseguire l’indennizzo per irragionevole durata del processo.

Si tratta di un quadro desolante e preoccupante nell’ambito del quale il ricorso a strumenti dell’autonomia negoziale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali si rivela opzione privilegiata (e, in qualche modo, necessitata).

In questa prospettiva l’arbitrato – specialmente se amministrato - è certamente una delle soluzioni più funzionali alla conflittualità tra privati, in quanto coniuga l’efficacia del risultato (assicurata dalla equiparazione del lodo agli effetti della sentenza civile) con l’efficienza del procedimento, la professionalità del servizio e la prevedibilità dei tempi e dei costi necessari per ottenere una decisione sul merito della controversia¹.

¹ L’interesse pubblico sotteso ad una risoluzione delle controversie tra privati più rapida ed efficiente di quella offerta dall’ordinamento statale ha suggerito, sin da epoca remota, l’istituzione presso le Camere di commercio di organismi deputati alla amministrazione di arbitrati in un primo tempo vertenti tra imprese e successivamente, in epoca recente, estesi alle controversie tra imprese e consumatori. In linea generale può, peraltro, osservarsi che, nell’ambito delle Camere di Commercio, le Camere arbitrali possono essere costituite sotto forma di aziende speciali, uffici interni ovvero come associazioni di diritto privato. Al di fuori della esperienza camerale le istituzioni arbitrali permanenti in Italia costituiscono organismi di diritto privato di natura associativa e privi di scopo di lucro. Si tratta di associazioni non riconosciute il cui ordinamento interno ed amministrazione è regolato dagli accordi degli associati, ed alle quali si applica conseguentemente la disciplina di cui agli artt. 36 ss. c.c.

Per quanto riguarda l’esperienza italiana in tema di arbitrato amministrato un importante punto di riferimento è tuttora costituito da NOBILI, *L’arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957; utili riferimenti sono riportati da RECCHIA, *L’arbitrato istituzionalizzato nell’esperienza italiana*, in *Riv. Arb.*, 1992, 165 ss.; interessanti considerazioni sul ruolo delle camere arbitrali sono svolte da RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, Padova, 2002, 461 ss.; per una efficace sintesi delle problematiche connesse agli arbitrati amministrati v. POLVANI, *Arbitrato amministrato e camere arbitrali*, in *Dizionario dell’arbitrato*, a cura di IRTI, Torino, 1997, 13 ss.; una ampia ed importante rassegna delle questioni relative all’arbitrato istituzionale si deve a AZZALI, *L’arbitrato amministrato e l’arbitrato ad hoc*, in *L’arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di ALPA, Torino, 1999, 809 ss.; con specifico riferimento agli arbitrati amministrati dalle camere di commercio v. BUONFRATE-LEOGRANDE, *L’arbitrato amministrato dalle camere di commercio*, con introduzione di GIOVANNUCCI ORLANDI, Milano, 1998; CAPONI, *L’arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 663 ss.. Più recentemente E.F. RICCI, *Note sull’arbitrato amministrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1 ss.; AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino 2006, 49 ss.; CORSINI, *L’arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. Arb.* 2007, 295 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell’arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2008, 993 ss.; PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, 1325 ss.; BERLINGUER, *L’arbitrato amministrato*, in (a

La comparazione tra processo arbitrale e processo ordinario è impietosa per quest'ultimo: alla rapidità e relativa stabilità dell'esito del primo si contrappone la lentezza ed imprevedibilità dell'esito del secondo (statisticamente, oltre il 50% delle sentenze civili di primo grado impugnate in appello è oggetto di riforma)².

Come è stato correttamente rilevato, tuttavia, la crescita della domanda di arbitrato riscontrata a livello europeo (e senza considerare l'amplissima diffusione dell'istituto negli Stati Uniti) non può essere spiegata soltanto in ragione della durata contenuta del relativo procedimento, dal momento che il fenomeno arbitrale è in crescita anche in quegli ordinamenti in cui la durata del processo civile è del tutto ragionevole³.

La durata contenuta del procedimento arbitrale, quindi, è soltanto una delle ragioni del crescente successo dell'istituto; la scelta arbitrale è orientata anche da considerazioni sulla specifica competenza e preparazione degli arbitri in determinate materie, caratterizzate da elevata complessità anche sotto il profilo tecnico, e sulla maggiore flessibilità dello strumento arbitrale rispetto al processo ordinario con riferimento sia alla procedura sia ai mezzi di prova utilizzabili.

In altri termini, è l'ampio potere dispositivo che l'arbitrato assicura alle parti del relativo procedimento a segnare la profonda differenza con il giudizio ordinario e a rendere preferibile, in molti casi, la scelta arbitrale.

Sono quindi molteplici le ragioni che rendono l'arbitrato maggiormente competitivo rispetto al giudizio ordinario, ma non vi è dubbio che – almeno nel contesto italiano – la celerità con la quale in sede arbitrale si giunge ad una pronuncia sul merito della controversia è il principale elemento che orienta la scelta di stipulare una convenzione arbitrale.

La consapevolezza che il “*fattore tempo*” è una condizione imprescindibile del “*rendere giustizia*”, in particolare in un sistema economico integrato nel quale le scelte imprenditoriali includono nell'analisi degli investimenti anche l'efficacia e la rapidità della risposta giudiziale è sottolineata, ancora recentemente, nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012 predisposta dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione Ernesto Lupo.⁴

I dati statistici che si rinvergono nella menzionata Relazione sono tuttavia sconcertanti: la durata media dei procedimenti nelle Corti di appello è pari a 1051 giorni, quella nei tribunali a 463 giorni e quella presso i giudici di pace a 378 giorni.

cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, Conciliazione, l'arbitrato amministrato*, Bologna 2009, 405 ss.; GALLETTO, *op. ult. cit.*, *Il ruolo delle istituzioni arbitrali*, 395 ss.

² Secondo le rilevazioni dell'Ufficio Statistica della Corte di Cassazione per l'anno 2011, inoltre, il 35% dei provvedimenti ulteriormente impugnati in sede di legittimità è stato oggetto di annullamento, con o senza rinvio.

³ In argomento v. le interessanti considerazioni di V. VIGORITI, *Criteri di scelta tra giudizio ordinario e arbitrato*, in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 3 ss..

⁴ Cfr. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, Roma, 25 gennaio 2013 pag. 71 in www.cortedicassazione.it.

Si tratta peraltro di dati statistici che ricomprendono nella media tutte le tipologie di procedimenti che si svolgono in sede di merito e che conseguentemente non rispecchiano l'effettività della situazione dei giudizi di cognizione, la durata dei quali è oggettivamente maggiore di quella risultante dal mero dato statistico.

D'altra parte è sufficiente prendere in considerazione il dato relativo al numero dei procedimenti pendenti di merito al 30 giugno 2012 (pari a 5.388.544) per rendersi conto che questo arretrato è “una montagna insensibile alla pur costante e generosa attività di erosione posta in essere nei diversi programmi di gestione”.⁵

In questo contesto si colloca il rinnovato interesse dei giuristi e persino del legislatore rispetto alla risoluzione in sede arbitrale delle controversie civili in materia di diritti disponibili, testimoniato ad esempio dalla previsione della istituzione di Camere Arbitrali, di Conciliazione e ADR costituite dai Consigli Circondariali degli Ordini degli Avvocati presso ciascun tribunale ai sensi dell'art. 29 lett. n) della legge 31 dicembre 2012 n. 247, recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense.

2. Gli strumenti dell'autonomia privata: il giudizio arbitrale. Procedimento e processo nell'arbitrato.

Nell'ultimo decennio la materia dell'arbitrato ha formato oggetto di particolare attenzione sia da parte della giurisprudenza (e della dottrina), sia da parte del legislatore.

Da un lato, si è consolidata l'opinione che ascrive il fenomeno arbitrale interamente all'ambito della autonomia privata, considerando la stipulazione di una convenzione di arbitrato un atto negoziale con il quale le parti sottraggono la risoluzione della controversia alla giurisdizione statale, rinunciando ad avvalersi di essa⁶.

Dall'altro, il legislatore è incisivamente intervenuto riformando, con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, larga parte delle disposizioni in tema di arbitrato, contenute nel Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile⁷.

Sono note, a questo proposito, le diverse opinioni che la dottrina ha enunciato a commento delle scelte operate dal legislatore, sembrando a taluni non coerente con il

⁵ Così, testualmente, la Relazione sopra citata, pag. 72.

⁶ Emblematica in questo senso la notissima Cass. Sez. Unite 3 agosto 2000, n. 527, che ha formato oggetto di numerosi autorevoli commenti per i quali v. RICCI E., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2001, 259 ss..

⁷ Si è trattato, come è noto, di una riforma particolarmente incisiva che contiene alcuni profili innovativi e nel contempo codifica talune prassi interpretative, smentendone altre. Per una efficace sintesi di tale riforma v. FAZZALARI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc.Dir.*, Annali II, T. I, Milano, 2008, 47 ss..

dettato costituzionale – ad esempio – la previsione che attribuisce al lodo arbitrale gli effetti della sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria (art. 824*bis* c.p.c.)⁸.

Senza entrare nel merito della diatriba che divide le due diverse scuole di pensiero in ordine alla natura dell'arbitrato rituale (che per l'una si esaurirebbe nell'ambito dell'autonomia privata, mentre per l'altra parteciperebbe, per taluni aspetti, alla giurisdizione), occorre tuttavia prendere atto che il legislatore della riforma del 2006 ha, tra l'altro, ridisegnato lo svolgimento del procedimento arbitrale attraverso una nutrita serie di disposizioni (artt. 816*bis* a 816*septies* c.p.c.) sull'effetto delle quali occorre soffermarsi.

Ferma restando la libertà per le parti di stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento (e la facoltà per questi ultimi, in mancanza di indicazioni delle parti, di regolare lo svolgimento del procedimento nel modo ritenuto più opportuno), infatti, le regole introdotte dalla riforma in tema di rispetto del contraddittorio, di (eventuale) assistenza tecnica del difensore, di arbitrato multiparte, di intervento e di successione nel diritto controverso, inducono a riflettere se sia ancora corretto parlare di “*procedimento*” arbitrale o se non sia invece più appropriato riferirsi al fenomeno “*processo*”.

In effetti, gli indici rinvenibili nelle disposizioni sopra richiamate sembrano deporre univocamente nel senso che il “*procedimento*” arbitrale è un vero e proprio “*processo*”, la cui peculiarità risiede nel fatto che esso è un processo gestito da privati, secondo regole autodeterminate nei limiti consentiti dall'ordinamento.

Se così non fosse, del resto, non troverebbero giustificazione non solo l'insistenza del legislatore sul rispetto del contraddittorio (inteso ad assicurare alle parti “*ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*”), ma anche la possibilità per gli arbitri (rituali) di sollevare questione di legittimità costituzionale (art. 819*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c.), quella di risolvere le questioni pregiudiziali (in taluni casi) con decisioni aventi efficacia di giudicato (art. 819, comma 2, c.p.c.) e le regole sulla impugnazione del lodo rituale, senza dimenticare l'attribuzione al lodo dell'efficacia di sentenza, di cui si è già detto⁹.

⁸ Secondo l'opinione di FAZZALARI (*op.cit.*, 48) il riconoscimento al lodo rituale degli effetti propri della sentenza del giudice statale costituisce violazione della Carta Costituzionale poiché affiderebbe a privati l'esercizio della giurisdizione in contrasto con l'art. 102 Cost..

⁹ Gli studi in materia di teoria generale del diritto sembrano confortare l'assunto che il procedimento arbitrale (rituale) debba essere ascritto alla categoria tipologica del processo. In questo senso si è affermato che “*In sostanza c'è «processo» quando in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, 'in contraddittorio', in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere ma non ignorare.*” (E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, voce dell'*Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss., *spec.* 827 e precedentemente, *ID.*, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 109 ss.). Anche gli studi più recenti sulla nuova fisionomia dell'arbitrato ne evidenziano la “*processualizzazione*”, mettendo peraltro correttamente in luce i rischi che ne possono derivare a discapito della semplicità delle forme che costituisce anch'essa un valore per le parti (in questo senso v. G. ALPA – V. VIGORITI, *Arbitrato (nuovi profili dell')*, in *Dig. IV*, Aggiornamento, *****, Torino, 2011, 38 ss., *spec.* 65).

L'affermazione che il “*procedimento*” arbitrale sia in realtà un vero e proprio “*processo*” destinato a concludersi con una pronuncia aggiudicativa alla quale la legge attribuisce “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”, se raffrontata con la disposizione che abilita le parti a dettare esse stesse le regole di tale processo (art. 816*bis*), pone delicate questioni in ordine ai limiti dell'autonomia privata nel definire tali regole.

3. Libertà delle forme e richiamo al codice di rito.

In linea generale vi è unanimità di opinioni sul fatto che la scelta legislativa di rimettere alle parti, e in subordine agli arbitri, l'iniziativa e la determinazione delle regole del procedimento sia la massima espressione del principio di libertà che governa l'arbitrato e dato normativo caratterizzante l'istituto, sancendone la deformalizzazione¹⁰.

Se questa affermazione di principio risulta sostanzialmente incontroversa, deve peraltro subito avvertirsi che la sua declinazione sul piano pratico non è così agevole come sarebbe naturale attendersi.

Il legame che il legislatore istituisce tra regole del procedimento dettate dalle parti, loro violazione e motivo di impugnazione del lodo per violazione di tali regole (ammesso soltanto ove la sanzione di nullità sia prevista dalle parti), impone – secondo l'opinione prevalente – una interpretazione rigorosa del rinvio che le parti facciano alla disciplina del codice di rito. Ne consegue la necessità di un rinvio espresso, non generico, alle norme processuali ordinarie che le parti intendono siano rispettate dagli arbitri (diverse, naturalmente, da quelle espressive di principi di ordine pubblico processuale quali ad esempio il rispetto del contraddittorio, sempre dovuto), poiché la genericità del rinvio si tradurrebbe in una pedissequa trasposizione in sede arbitrale del processo ordinario, soluzione ontologicamente inconcepibile con la natura privatistica dell'arbitrato, che la legge favorisce¹¹.

In questa prospettiva è emblematica la vicenda che ha dato origine alla recente decisione della Suprema Corte a Sezioni Unite, del 5 maggio 2011 (sentenza n. 9839, già richiamata in nota 11).

L'opinione che ascrive il fenomeno arbitrale alla categoria del “*processo*”, per la verità, era autorevolmente sostenuta già alla metà del secolo scorso: assumeva in proposito T. CARNACINI che “*così prospettato per sommi capi, l'arbitrato rituale, che esamineremo in particolare nei capitoli seguenti, si presenta come l'istituto in cui al privato è concesso nella maggiore misura possibile di contribuire con la sua opera all'esercizio di quella funzione che, per lo scopo in vista del quale è attuata e per il risultato al quale conduce, non può non dirsi giurisdizionale*” (voce *Arbitrato rituale*, NssDI, Torino, 1958, 874 ss., spec. 881).

¹⁰ In giurisprudenza, per una decisa affermazione del primato dell'autonomia privata nel dettare le regole del procedimento arbitrale v., recentemente, Cass. Sez. Unite 5 maggio 2011 n. 9839, commentata da E. DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel giudizio arbitrale*, in www.judicium.it.

¹¹ Per una conferma della irrilevanza di un generico rinvio ad opera delle parti dell'arbitrato alla disciplina processuale ordinaria v. ancora Cass. Sez. Unite n. 9839/2011, *cit.*

Oggetto specifico della controversia, per quanto in questa sede rileva, era il quesito se a fronte della previsione nella convenzione di arbitrato di un rinvio alle norme di procedura del codice di rito, accompagnato dalla indicazione delle modalità di introduzione della controversia arbitrale mediante lettera raccomandata, l'utilizzazione di tale mezzo ad opera del solo difensore della parte, non munito di procura ex art. 83 c.p.c., avesse dato luogo o meno ad un valido procedimento arbitrale.

La questione, come è evidente, era assai delicata in quanto difettavano palesemente nell'atto introduttivo dell'arbitrato i requisiti di forma – contenuto previsti dal codice di rito.

La Corte ha escluso che il generico rinvio alle norme processuali avesse per effetto la necessaria applicazione di regole non espressamente richiamate dalle parti (ed anzi, quanto alla forma dell'atto introduttivo, derogate espressamente dalle parti) e, con riferimento alla procura al difensore tecnico, ontologicamente incompatibili con la natura privatistica dell'arbitrato, in cui la parte può agire direttamente o farsi rappresentare, sotto il profilo sostanziale, da chi ritenga più opportuno e quindi senza necessità che il rappresentante risulti iscritto all'albo degli avvocati come – salve limitate eccezioni – prescrive invece il codice di rito.

La soluzione propugnata dalla Corte è sostanzialmente condivisibile perché pone correttamente in primo piano l'autonomia negoziale delle parti nel regolare lo svolgimento del procedimento (meglio, “*processo*”) arbitrale e la conseguente necessità di una espressa, inequivoca volontà di adottare specifici istituti processuali, non soddisfatta da un generico richiamo al codice di rito.

Non può sottacersi, peraltro, che l'autonomia delle parti incontra un limite nelle specifiche disposizioni di legge che riconnettono al rispetto di talune formalità la produzione di effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva dell'arbitrato.

Intendo riferirmi a quelle norme (art. 669 *octies* c.p.c., artt. 2658, 2943 e 2945 cod.civ.) che espressamente prevedono la notifica alla controparte della domanda di arbitrato affinché ne conseguano determinati effetti (l'efficacia della misura cautelare, la trascrivibilità della domanda, la sospensione ed interruzione della prescrizione).

Come è stato esattamente rilevato, invero, occorre distinguere tra la *validità* dell'atto introduttivo del processo arbitrale (che consegue alla sua conformità a quanto voluto dalle parti della convenzione arbitrale) ed *idoneità* dell'atto al conseguimento degli effetti previsti dalla legge (che consegue al rispetto delle formalità da essa previste)¹².

Anche sotto questo profilo, dunque, ampia libertà per i privati di disciplinare come meglio ritengano la fase introduttiva del processo arbitrale, ma con il limite costituito

¹² Cfr. SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in *Riv.arb.*, 2002, 680 e, più recentemente, SALVANESCHI, *Le domande di arbitrato anomale e i loro effetti*, in *Riv.arb.*, 2010, 424 ss., nonché DEBERNARDI, *op.cit.*, 9).

dalla eventuale improduttività degli effetti che la legge fa derivare soltanto dal rispetto di determinate regole di forma – contenuto e comunicazione¹³.

4. *I problemi dell'istruzione probatoria.*

Tra le questioni più delicate in tema di limiti dell'autonomia privata nel regolare il processo arbitrale, particolare rilievo assume la istruzione probatoria: si tratta di una materia meno indagata di altre e tuttavia di estrema importanza per tutti coloro che praticano l'arbitrato (arbitri, avvocati) o che sono chiamati a giudicarne gli esiti (giudici).

All'istruzione probatoria nell'arbitrato è dedicata una sola disposizione codicistica (art. 816*ter*), che regola diversi aspetti della materia.

Il primo comma facoltizza gli arbitri a delegare l'istruttoria o singoli atti di istruzione ad uno di essi.

La norma riprende il contenuto del previgente art. 816, che ammetteva la delegabilità di atti di istruzione ad un componente del collegio arbitrale, ma ne amplia la portata prevedendo che "l'istruttoria", e non soltanto i singoli atti di cui essa si compone, possa essere delegata.

Qui naturalmente occorre interpretare bene ciò che il legislatore ha voluto dire: la delegabilità dell'istruzione probatoria non deve essere confusa con il potere di decidere in ordine alla ammissibilità di un mezzo istruttorio, che resta certamente in capo al collegio.

I successivi tre commi dell'art. 816*ter* si occupano della sola istruttoria testimoniale, facoltizzando gli arbitri ad assumere la testimonianza, ove il teste vi consenta, presso l'abitazione o l'ufficio di quest'ultimo, ovvero a richiedere una testimonianza scritta in risposta ai quesiti sottoposti dagli arbitri.

Queste disposizioni non sono frutto della riforma del 2006, ma della precedente mini-riforma dell'arbitrato del 1994.

Nuova è, invece, la previsione della possibilità per gli arbitri di richiedere l'intervento del Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato affinché venga ordinato al teste riotto di comparire davanti agli arbitri.

E' poi codificato il principio, peraltro pacificamente applicato nella prassi anteriore, che facoltizza gli arbitri ad avvalersi di un consulente tecnico (che potrà anche essere un ente, quale ad esempio una Università).

¹³ Particolare cautela deve essere osservata nell'ipotesi di arbitrato amministrato, nell'ambito del quale sovente il regolamento della istituzione arbitrale prevede il deposito dell'atto introduttivo presso la sede dell'istituzione e solo successivamente la comunicazione alla controparte. Per il conseguimento degli effetti legali della domanda di arbitrato sarà necessario procedere comunque alla notificazione tempestiva della domanda.

Gli arbitri, infine, possono richiedere (ed è un'altra novità) informazioni alla pubblica amministrazione in virtù dell'ultimo comma dell'art. 816^{ter} che riprende il contenuto dell'art. 213 riferito al processo ordinario di cognizione.

Sin qui le sintetiche previsioni in tema di istruzione probatoria nell'arbitrato.

In questa prospettiva, molti sono i profili problematici.

Innanzitutto si pone il problema del rapporto tra la facoltà delle parti di dettare le regole del procedimento (meglio, del processo) alle quali gli arbitri debbono attenersi (art. 816^{bis}) e la disciplina delle prove prevista sul piano sostanziale dal codice civile e su quello formale dal codice di rito.

Sul punto di registra in dottrina una disparità di vedute, sostenendosi sia la tesi che privilegia l'estensione alla istruzione probatoria della libertà di determinazione ad opera delle parti delle regole del processo arbitrale, sia quella che la esclude in considerazione della attinenza delle prove non tanto allo svolgimento del processo, quanto alla formazione del giudizio (e non mancano le tesi intermedie che assumono la derogabilità delle norme processuali in tema di prove, non di quelle sostanziali)¹⁴.

In estrema sintesi può dirsi forse prevalente la tesi più liberale, che ritiene consentito alle parti di determinare (anche) le regole procedurali in materia di istruzione probatoria, pur con i necessari temperanti che discendono dal rispetto dei principî inderogabili dalla volontà delle parti (ad esempio il contraddittorio nella assunzione delle prove costituenti o la inderogabilità convenzionale del regime dell'onere della prova quando si tratti di diritti indisponibili – che peraltro possono essere conosciuti solo incidentalmente dagli arbitri - o quando il regime pattizio renda estremamente difficile l'esercizio del diritto, arg. ex art. 2698 cod.civ.).

Fermo il rispetto dei principî inderogabili, si ritiene che le parti possano ampliare o limitare convenzionalmente i poteri istruttori degli arbitri e (più dubitativamente, in verità) possano anche imporre agli arbitri l'assunzione di talune prove¹⁵.

Con riferimento alla prova testimoniale, peraltro, occorre ricordare che le limitazioni poste alla sua ammissibilità dagli artt. 2721 e ss. cod.civ. non attengono a ragioni di ordine pubblico, ma sono dettate a tutela di interessi di natura privatistica, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza (v., ad esempio, Cass. 28 aprile 2006, n. 9925).

Non vi sono allora preclusioni rispetto ad una disciplina convenzionale in ordine alla ammissibilità della prova testimoniale eccedente i limiti codicistici, che facoltizzi gli arbitri a derogare alle previsioni legali in materia.

Più delicata è la questione relativa alla derogabilità convenzionale della efficacia probatoria che la legge attribuisce a determinati atti (ad esempio, gli atti pubblici, arg.

¹⁴ Per una interessante indagine sull'argomento v. recentemente G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv.Arb.*, 2009, 183 ed *ivi* i pertinenti riferimenti alle varie opinioni della dottrina.

¹⁵ In argomento v. D. GIACOBBE, *La prova*, in (a cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 737 ss., spec. 746).

ex art. 2700 cod.civ.). In questo caso si deve ritenere che l'autonomia delle parti incontri un limite, costituito dalla indisponibilità dell'oggetto della disciplina codicistica in ragione dell'attitudine dell'atto pubblico a riverberare i suoi effetti nei confronti di ogni possibile interessato (per l'applicazione di tale principio v. già Cass. 9 giugno 1962, n. 1446).

Per quanto riguarda la diversa ipotesi in cui la convenzione di arbitrato nulla disponga in tema di istruzione probatoria, né le parti abbiano diversamente disposto anteriormente all'inizio dell'arbitrato, si pone la questione dei limiti che incontrano gli arbitri nella materia considerata.

Anche in questo caso si rinvencono opinioni dottrinali variegate, sembrando tuttavia prevalente la tesi della necessaria applicazione del sistema codicistico, tanto con riferimento al profilo sostanziale (ammissibilità e valutazione delle prove), quanto a quello procedurale (modalità di assunzione delle prove e, in certi casi, valutazione di esse).

Ma non sembra implausibile una diversa più liberale lettura, che privilegia non soltanto il principio informatore dell'arbitrato quale espressione dell'autonomia privata, ma anche l'assenza di qualsiasi indizio nel codice di rito che sottragga agli arbitri – con riferimento alla istruzione probatoria – la facoltà di regolare lo svolgimento “*del giudizio*” (così l'art. 816*bis*) nel modo da essi ritenuto più opportuno¹⁶.

La tesi che privilegia la libertà degli arbitri di disporre liberamente in materia probatoria, in assenza di vincoli posti dalle parti, deve peraltro essere interpretata *cum grano salis*¹⁷.

E' certo, ad esempio, che gli arbitri incontreranno gli stessi limiti di indisponibilità cui soggiacciono le parti. Essi dovranno quindi rispettare i principî di ordine pubblico, anche processuale, che presidiano ogni giudizio.

Da ciò consegue, allora, che gli arbitri potranno usufruire autonomamente degli spazi di disponibilità che l'ordinamento attribuisce alle parti nella materia considerata, ma non potranno superare gli stessi limiti che incontrano le parti.

In questo ambito, non troppo vasto, gli arbitri potranno regolarsi come meglio ritengono, tenendo conto anche del fatto che il mancato rispetto di regole di procedura può rilevare (salvi i limiti di ordine pubblico anche processuale) soltanto se gli arbitri violano regole imposte dalle parti sotto pena di nullità (arg. ex art. 829, n. 7).

Non vi sono poi ragioni per condividere la tesi che vorrebbe gli arbitri autorizzati a decidere secondo equità svincolati da limiti in ordine alla istruzione probatoria, posto che altro è il giudizio (che nell'ipotesi considerata può prescindere dall'applicazione di

¹⁶ Per il necessario approfondimento v. G. BUGLIANI, *op.cit.*, spec. 190.

¹⁷ E' stato recentemente osservato, in proposito, che anche per gli arbitri vale il principio del libero convincimento del giudicante, dovendosi escludere il vincolo derivante dalle (poche) prove legali che l'ordinamento statale ancora contiene, ferma restando la possibilità di considerare acquisite determinate circostanze ammesse, non contestate o confessate non in forza di vincoli esterni, ma come regola di esperienza (cfr. G. ALPA – V. VIGORITI, *op.cit.*, 69).

norme), altro è l'acquisizione del materiale probatorio (che riguarda l'accertamento dei fatti controversi).

Ulteriori profili di interesse nella materia considerata sono costituiti dall'ingresso nel processo arbitrale di prove illecite e dalla verifica delle scritture private.

Per quanto riguarda il primo aspetto la (relativamente) ampia possibilità per gli arbitri di acquisire al processo prove atipiche facendo uso della facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo ritenuto più opportuno (qui intesa quale facoltà di regolare anche l'istruzione probatoria, nei limiti in precedenza evidenziati) non può certo essere intesa nel senso di consentire prove acquisite in violazione di norme inderogabili (si pensi, ad esempio, alla trascrizione o registrazione di una conversazione telefonica non diretta alla parte interessata alla produzione)¹⁸.

In ordine alla seconda questione, il cui rilievo è evidente in considerazione della (relativamente) frequente ricorrenza di casi di disconoscimento di scritture private, deve necessariamente premettersi che a fronte della querela di falso non resta agli arbitri che sospendere il procedimento ex art. 819bis n. 2, in quanto si tratta di questione pregiudiziale che non può formare oggetto di convenzione di arbitrato, essendo prevista dalla legge la partecipazione obbligatoria del P.M.¹⁹.

Diversa è la soluzione rispetto alla fattispecie del disconoscimento della scrittura privata e conseguente (eventuale) verifica di essa.

Con la riforma del 2006, infatti, gli arbitri possono conoscere in via incidentale anche di questioni pregiudiziali che non possono formare oggetto di convenzione di arbitrato (art. 819, comma 1) salvo che esse non debbano essere decise con efficacia di giudicato (ipotesi che non ricorre per la verifica). Anche la dottrina è oggi orientata nel senso della ammissibilità della verifica incidentale della scrittura privata da parte degli arbitri²⁰.

Altre questioni che possono ricorrere in tema di istruzione probatoria nell'arbitrato riguardano da un lato i poteri ufficiosi degli arbitri in tema di acquisizione della prova e, dall'altro, i temi del giuramento e dell'interrogatorio formale delle parti.

¹⁸ In argomento v. diffusamente G.F. RICCI, in *Arbitrato, Commentario*, diretto da F. CARPI, sub art. 816ter, Bologna, 2007, 408 ss., spec. 414-418; ID., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1987, 34 ss.. Con riferimento alle c.d. *prove atipiche* l'A. fa giustamente rilevare che di esse è consentita l'acquisizione anche da parte del giudice civile ordinario).

¹⁹ La soluzione indicata è considerata ineludibile dalla opinione ampiamente maggioritaria nella dottrina: in argomento cfr. G.F. RICCI, *op.cit.*, 433 ss.. Un recente lodo della Camera di Conciliazione e Arbitrato dello Sport, reso in Roma il 19 gennaio 2009 e pubblicato in *Riv.Arb.*, 2009, 167 ss., ha peraltro ritenuto che agli arbitri rituali sia costantemente riservato il potere di risoluzione incidentale della questione sopra l'autenticità di prove documentali, anche se per legge è sottratta alla disponibilità delle parti. La decisione arbitrale è annotata favorevolmente da S. DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv.Arb.*, 2009, 170 ss..

²⁰ V. G.F. RICCI, *op.cit.*, 434, il quale ricorda che non mancavano opinioni favorevoli anche sotto la previgente normativa, la quale tuttavia sembrava imporre la sospensione del giudizio arbitrale: cfr. art. 819 testo previgente.

Quanto ai primi si ritiene che spettino agli arbitri poteri più ampi di quelli consentiti al giudice ordinario in materia di acquisizione d'ufficio di prove, fermo restando naturalmente il limite costituito dalla impossibilità di sostituirsi alle parti nell'onere di allegare e provare i fatti rilevanti ai fini della decisione e dalla necessità di non alterare il contraddittorio²¹.

Gli arbitri, come già si è visto, hanno il potere di richiedere d'ufficio informazioni alla Pubblica Amministrazione: tale facoltà è stata espressamente prevista dall'art. 816^{ter} ultimo comma, ma per la verità anche prima della introduzione della richiamata disposizione si riteneva che agli arbitri fosse consentita tale possibilità e che la Pubblica Amministrazione dovesse cooperare in ragione della funzione da essa esercitata.

Il legislatore non ha invece previsto per gli arbitri il potere di disporre ispezioni e di ordinare l'esibizione di documenti.

La mancata previsione normativa è coerente con l'assenza in capo agli arbitri di poteri coercitivi, ma si sarebbe potuto pensare anche in questo caso, come nell'ipotesi del teste riottoso, ad una forma di cooperazione dell'autorità giudiziaria finalizzata a rendere cogente l'ispezione o l'ordine di esibizione²².

Quanto a quest'ultimo, peraltro, deve ritenersi che agli arbitri sia consentito manifestare alle parti l'opportunità che vengano esibiti determinati documenti, ritenuti indispensabili ai fini della risoluzione della controversia, potendo gli arbitri trarre elementi di prova dal comportamento omissivo delle parti rispetto all'invito alla esibizione.

Non sembrerebbe neppure escluso che gli arbitri possano rivolgere inviti alla esibizione a terzi, ma ovviamente non solo i terzi non saranno obbligati ad adempiere all'invito, ma nemmeno potrà trarsi dall'inadempimento ad esso alcun elemento di prova.

Le questioni che attengono al giuramento (decisorio e suppletorio) nel processo arbitrale sono molto delicate.

Si rinvencono, invero, decisioni giurisprudenziali favorevoli tanto con riferimento al giuramento decisorio, quanto a quello suppletorio²³.

²¹ Su questi profili v. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 94, e D. GIACOBBE, *op. cit.*, 744 ed *ivi* i pertinenti richiami di dottrina e giurisprudenza. Osservano giustamente G. ALPA – V. VIGORITI (*op.cit.*, 69) che la incondizionata libertà di iniziativa probatoria per gli arbitri potrebbe avere conseguenze invasive sull'autonomia privata di compromittenti che mai avrebbero pensato di consegnarsi in tutto e per tutto a privati, incaricati di definire solo una determinata controversia.

²² Questa soluzione è accolta – a livello internazionale – dalla maggior parte delle leggi in materia di arbitrato, che autorizzano i giudici a fornire assistenza nella raccolta di mezzi di prova in vista del loro utilizzo in arbitrato.

Per gli opportuni riferimenti cfr. A. HENKE, *Due process in International Arbitration*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2009, 981 ss.

²³ Per i necessari riferimenti v., ancora, D. GIACOBBE, *op.cit.*, 760 e nota 74. La decisione ammissiva del giuramento suppletorio (App. Roma, 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. Arb.*, 1996, 317) è peraltro criticata in dottrina.

Le ragioni di perplessità sono costituite da un lato, con riferimento al giuramento decisorio, dalla inapplicabilità della sanzione penale (art. 371 cod.pen.) al falso giuramento nel processo arbitrale e, quanto al giuramento suppletorio, dalla impossibilità per gli arbitri di disporre d'ufficio una prova sottratta alla disponibilità delle parti.

Esiste peraltro un orientamento in dottrina favorevole alla ammissibilità del giuramento decisorio quale mezzo di prova che rientra nell'ambito della disponibilità delle parti, ma occorre in proposito considerare che attraverso il deferimento del giuramento decisorio, che è atto unilaterale di una parte, si finisce per sottrarre agli arbitri il giudizio, dovendo essi decidere sulla base dell'esito del giuramento.

Per quanto concerne, infine, l'interrogatorio formale non sembra che sussistano ostacoli al suo ingresso nel processo arbitrale, essendo esso finalizzato a provocare la confessione della parte che è libera di rispondere come meglio crede, ferma restando la facoltà per gli arbitri di una valutazione discrezionale nell'ipotesi in cui la parte si sottragga all'interpello, così come del resto è previsto nel processo ordinario di cognizione (art. 232).

Per quanto riguarda, infine, la prova testimoniale può accadere che essa sia richiesta dalle parti senza l'osservanza delle forme previste dal codice di rito ed in particolare senza una specifica capitolazione delle circostanze sulle quali i testi saranno chiamati a deporre.

In questa eventualità gli arbitri dovrebbero opportunamente acquisire il consenso di tutte le parti in ordine a tale modalità di deduzione della prova orale e valutare inoltre se l'aderire a tale richiesta delle parti possa costituire possibile vizio del procedimento.

Pur con la dovuta cautela sembra che l'assunzione della prova testimoniale senza l'osservanza delle regole sulla deduzione di essa previste dal codice di rito non sia in grado di determinare la invalidità del lodo arbitrale che può conseguire, sotto questo profilo, soltanto dalla violazione di norme procedurali stabilite dalle parti con l'espressa previsione che la loro violazione può dar luogo a nullità (art. 829, n. 7, c.p.c.).

Come emerge dalle sintetiche considerazioni che sono state in precedenza enunciate, i profili dell'istruzione probatoria nell'arbitrato sono delicati e complessi e pongono agli arbitri problemi non sempre agevolmente superabili.

In questa prospettiva è particolarmente interessante l'esperienza dell'arbitrato nel commercio internazionale, nel cui ambito ricorrono costantemente delicate questioni in tema di amministrazione della prova, anche in ragione delle differenti culture giuridiche alle quali appartengono le parti.

In quella esperienza sta maturando il convincimento che sia opportuno che le parti prevedano nella convenzione di arbitrato, ovvero con pattuizione separata ma

preliminare allo svolgimento del giudizio arbitrale, le regole che concordemente intendono adottare, con il consenso degli arbitri, in tema di istruzione probatoria²⁴.

Una analoga previsione delle parti anche nell'arbitrato interno non sarebbe evidentemente inutile, anche se anche qui occorrerà operare con ragionevolezza, in considerazione della presumibile complessità (o meno) dell'istruzione probatoria della futura controversia.

Sarà anche utile rammentare sempre che l'ampia libertà che l'ordinamento assegna all'autonomia privata e che, nella specie, si concretizza nella libertà di determinare le regole della istruzione probatoria nell'arbitrato, incontra il limite della indisponibilità dei diritti.

Ne consegue che l'adozione per volontà delle parti o deliberazione degli arbitri di regole eccedenti i limiti che l'ordinamento pone ai poteri delle parti potrebbe dar luogo alla nullità del lodo per violazione dell'ordine pubblico, motivo di impugnazione sempre ammesso per evidenti ragioni di interesse generale (art. 829, comma 3, c.p.c.)

Alla luce di queste considerazioni è bene che gli arbitri, in materia di istruzione probatoria, facciano prudente uso delle facoltà loro attribuite dall'ordinamento e che altrettanta prudenza sia usata nell'aderire o meno alle regole – talvolta eccentriche – che le parti pure concordemente sottopongono agli arbitri per amministrare la fase istruttoria del “processo” arbitrale.

5. La gestione del fattore tempo.

Accanto all'ampia libertà e flessibilità che l'ordinamento consegna all'autonomia delle parti in ordine alla gestione del “processo” arbitrale, altri fattori concorrono a determinare la maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario.

Fra questi rileva in primo luogo il fattore “tempo”.

Il tempo necessario per conseguire la pronuncia arbitrale evidenzia la maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario sotto due distinti profili:

- (i) la *prevedibilità* e
- (ii) la *disponibilità*.

²⁴ Il riferimento potrebbe essere alle regole adottate dall'IBA (*Rules on the Taking of Evidence*) il 1° giugno 1999. Sulla materia, per una visione di insieme, v. A. MOURRE, *Differenze e convergenze tra Common Law e Civil Law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv.Arb.*, 2007, 179 ss.

Anche le linee guida (ed. 2008) della *American Arbitration Association (AAA)* e della sua divisione internazionale, *l'International Centre of Dispute Resolution (ICDR)*, sottolineano la necessità di impedire che vengano trasfusi *tout court* nell'arbitrato meccanismi processuali tratti dai sistemi giudiziari, privilegiando invece l'autonomia delle parti nel gestire, di comune accordo, la procedura arbitrale ed affidando agli arbitri l'autorità e la responsabilità di garantire un procedimento più semplice, meno costoso e più rapido di quello davanti ai tribunali.

Per quanto riguarda il primo profilo, la legge dispone che se non è fissato un termine per la pronuncia del lodo questo deve essere pronunciato entro 240 giorni dalla accettazione della nomina da parte degli arbitri (art. 820 c.p.c.).

Le parti sono quindi poste in grado di conoscere, sin dalla stipulazione della convenzione arbitrale (o del compromesso), il tempo necessario per ottenere la decisione della controversia.

E' vero che determinati eventi (o ragioni sopravvenute) possono comportare uno slittamento del tempo della decisione finale degli arbitri (assunzione di mezzi di prova o licenziamento di consulenza tecnica, pronuncia di un lodo non definitivo o parziale, modificazione della composizione dell'organo arbitrale), ma anche in queste ipotesi i tempi della proroga sono scanditi dalle norme e sono quindi anch'essi prevedibili.

La *prevedibilità* del tempo della decisione è certamente un valore rilevante, di particolare interesse per le parti in conflitto: essa consente, quanto meno, una programmazione delle attività che possono essere incise dalla decisione arbitrale in funzione dei prevedibili tempi di essa.

Ma anche il secondo profilo evidenziato, relativo alla *disponibilità* del tempo dell'arbitrato, è assai rilevante.

Le parti possono, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, non soltanto prevedere *ex ante* (con la convenzione arbitrale o il compromesso) il termine per la pronuncia del lodo in misura maggiore o minore di quello generalmente previsto dalla legge, ma anche – con il consenso dell'organo arbitrale – prorogare una o più volte il termine.

All'interno del procedimento arbitrale, poi, le parti possono modulare come meglio ritengono le scansioni temporali per l'espletamento delle attività necessarie per giungere alla decisione arbitrale.

I tempi del processo arbitrale non sono rigidamente scanditi come nel processo ordinario e, ciò che più conta, essi sono disponibili, in quanto anche sotto questo profilo vige il principio che privilegia l'autonomia delle parti.

Si è quindi in presenza di una straordinaria flessibilità del tempo del processo (a seconda della convenienza delle parti) alla quale si contrappone la rigidità delle scansioni temporali del processo civile.

In altri termini, mentre nel giudizio ordinario i tempi sono eterodiretti (dalla legge, dal giudice), nel processo arbitrale essi sono dettati dall'autonomia delle parti.

La circostanza che, con la riforma del 2006, il termine per la pronuncia del lodo possa essere prorogato, anche su istanza degli arbitri (o di una sola parte), ad opera del Presidente del Tribunale (art. 820, comma 3, lett. b) c.p.c.) rappresenta una eccezione alla regola generale che vede nelle parti i soggetti legittimati a disporre del tempo dell'arbitrato.

Non vi è dubbio, allora, che il dominio ad opera delle parti del fattore tempo (nel procedimento e nella decisione arbitrale) è elemento che caratterizza l'arbitrato e contemporaneamente ne esalta la competitività rispetto al processo ordinario²⁵.

6. I costi dell'arbitrato e il principio della soccombenza.

E' opinione diffusa (e risalente) che l'arbitrato sia uno strumento di risoluzione delle controversie civili molto costoso e, in quanto tale, elitario.

Tale opinione merita di essere rivisitata (e rivista) alla luce dell'evoluzione che il fenomeno arbitrale ha conosciuto negli ultimi decenni.

Le iniziative assunte dagli organi comunitari già nell'ultimo decennio del secolo scorso, intese a favorire il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali, hanno fatto emergere le potenzialità dell'arbitrato anche con riferimento a controversie di valore non particolarmente elevato, ferma restando la cautela, suggerita anche dalla Corte di Giustizia, rispetto alla generale applicazione dell'arbitrato nella materia dei diritti dei consumatori²⁶.

L'indagine dal punto di vista del diritto comparato, inoltre, consente di rilevare una generale tendenza volta a favorire il ricorso allo strumento arbitrale.

In questa prospettiva il problema dei costi dell'arbitrato assume un particolare rilievo, poiché l'onerosità della procedura può costituire effettivamente un deterrente rispetto alla scelta arbitrale.

La questione, tuttavia, deve essere affrontata distinguendo le varie componenti del costo dell'arbitrato.

Innanzitutto dalle voci del costo dell'arbitrato deve essere scomputata quella riferita all'assistenza legale (non obbligatoria, tra l'altro, ma ora a differenza del passato, riservata agli avvocati nell'ambito dell'arbitrato rituale ex art. 2, comma V, della legge n. 247 del 2012) posto che il costo di essa è del tutto analogo a quello da sostenersi in un ordinario processo di cognizione.

Il costo per la gestione amministrativa dell'arbitrato, riferibile alla funzione di segreteria, è invece effettivamente più elevato – in generale – dell'importo del

²⁵ Condividono l'opinione che il tempo della decisione costituisca un fattore di competitività dell'arbitrato rispetto al processo civile G. ALPA – V. VIGORITI (*op.cit.*, 71), ma sottolineano nel contempo la tendenza, specialmente nell'arbitrato amministrato, a sottrarre alle parti il controllo del termine per la pronuncia del lodo. La constatazione è condivisibile, ma non è a mio avviso ostativa alle conclusioni enunciate nel testo.

²⁶ Per un inquadramento delle delicate questioni che si pongono in tema di arbitrato delle controversie dei consumatori v., se vuoi, T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in (a cura di ALPA – VIGORITI) *Arbitrati*. Milano, 2012, Sezione IV, Cap. I, 92 ss. . Particolarmente importanti sono, in proposito, le decisioni della Corte di Giustizia Mostaza, 26 ottobre 2006, C-168/05 e Asturcom, 6 ottobre 2009, C-40/08.

contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria, ma il servizio reso non è in alcun modo paragonabile a quello effettuato dalle cancellerie dei tribunali.²⁷

Il costo relativo alla remunerazione dell'organo arbitrale, infine, è peculiare della procedura prescelta e non comparabile con un analogo costo riferito al processo ordinario.

Tale costo, peraltro, non è altro che il riflesso, sotto il profilo patrimoniale, della circostanza per cui nell'arbitrato sono le stesse parti (direttamente o in via mediata) a scegliere il/i componente/i dell'organo giudicante.

I vantaggi di questa opportunità, che consente di individuare i soggetti astrattamente più idonei (per capacità, esperienza) a dirimere il conflitto, non necessitano di particolari sottolineature e valgono certamente a giustificare la maggior onerosità, sotto questo profilo, della scelta arbitrale²⁸.

D'altra parte, anche nel processo arbitrale vige il principio della soccombenza, in base al quale i costi del processo devono essere rimborsati alla parte vincitrice.

In questa prospettiva deve essere disapprovata la tendenza degli arbitri (per la verità oggi meno diffusa che in passato) a compensare tra le parti i costi della procedura anche in assenza di plausibili ragioni giustificative di tale scelta. Quest'ultima, tra l'altro, poteva forse in passato trarre spunto da una inesatta percezione del fenomeno arbitrale, da taluno inteso quale strumento volto a perseguire una soluzione in senso lato transattiva della controversia.

Oggi una tale visione dell'arbitrato non è più sostenibile, anche alla luce della recente riforma del 2006 che ha fortemente accentuato la connotazione processuale dell'arbitrato (emblematica è, in proposito, l'equiparazione - di cui all'art. 824-*bis* c.p.c. - del lodo, quanto agli effetti, alla sentenza civile).

La tendenza dell'ordinamento processuale civile, tra l'altro, è evidentemente orientata a considerare eccezionale l'ipotesi di compensazione (parziale o totale) delle spese di causa (v. artt. 91 e 92 c.p.c. nel testo novellato nel 2009), e non vi è ragione per una diversa soluzione nell'ambito del processo arbitrale.

Attraverso il corretto uso del potere di allocare le spese originate dalla controversia, allora, il maggiore costo della procedura arbitrale dovrebbe tendenzialmente fare carico

²⁷ Questa affermazione di maggiore onerosità del costo della gestione amministrativa dell'arbitrato rispetto al costo del contributo unificato dovuto per le cause in sede ordinaria è suscettibile di essere messa in discussione in conseguenza del vertiginoso aumento degli importi del contributo unificato che, rispetto alla originaria quantificazione al momento della sua introduzione nel 2002 risultano alla data odierna incrementati del 500% come è stato rilevato da una recente indagine pubblicata il 28 gennaio 2013 da Il Sole-24ore.

²⁸ Si è in proposito rilevato che *“L'affermazione corrente che l'arbitrato sia oneroso, e che lo sia in misura incomparabilmente superiore al processo ordinario, risponde dunque al vero, ma si spiega con la complessività dell'apparato. In ogni caso essa vale solo nell'ottica dell'esborso di denaro, e non tiene conto dei costi che derivano dall'immobilizzazione dei capitali e dall'incertezza dei rapporti esasperata dalla durata del processo civile.”* (G. ALPA – V. VIGORITI, *op.cit.*, 67).

alla parte soccombente, rendendo neutri per la parte vincitrice gli effetti patrimoniali della scelta arbitrale, in astratto più onerosa di quella del giudizio ordinario.

Anche l'opzione per un organo arbitrale monocratico può contribuire a diminuire la maggiore onerosità dei costi arbitrali rispetto a quelli del giudizio ordinario e questa scelta, in effetti, è sempre più privilegiata nell'ambito dell'arbitrato amministrato, naturalmente ove la natura della controversia e la convenzione di arbitrato lo consentano.

L'arbitrato amministrato, per parte sua, si propone quale scelta privilegiata sia in ragione della prevedibilità dei costi della procedura (generalmente più competitivi di quelli risultanti dalle tariffe forensi), sia per la maggior professionalità del servizio complessivamente reso alle parti.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina *“in questa materia la funzione delle Camere arbitrali è veramente preziosa e porta ad esaltare la convenienza dell'arbitrato amministrato e a giustificarne la preferenza rispetto all'arbitrato ad hoc.*

Invero la formazione e la diffusione di tabelle contenenti le misure minime e massime delle spese dell'arbitrato nonché delle spese amministrative, e dei compensi agli arbitri, coniugate con la sottrazione agli arbitri e il conferimento agli organi delle istituzioni arbitrali del potere di determinare queste spese e questi compensi sono la risposta più idonea alle critiche e ai sospetti che, in materia di costi dell'arbitrato, hanno investito, soprattutto in questi ultimi tempi, l'arbitrato, giungendo sino a provocare provvedimenti legislativi per vietarne l'applicazione e proclamare la nullità dei relativi patti compromissori.

Tutto ciò significa che l'arbitrato amministrato rappresenta la forma più evoluta di arbitrato, adeguata al nostro tempo e capace di rispondere all'attesa di soluzioni delle controversie rapide ed efficienti, e di garantire e soddisfare la domanda di giustizia di tutti, soggetti pubblici e privati.

*Arbitrato amministrato, dunque come “servizio”, ma anche come “ufficio” socialmente elevato, strumento di giustizia a vantaggio della collettività e segno di progresso e di civiltà”.*²⁹

In ogni caso, e conclusivamente sul punto, deve rilevarsi che, come è stato recentemente sottolineato, l'arbitrato è un *genus* ricco di molte *species*, atte a garantire tutela anche in caso di ridotta importanza economica delle aspettative³⁰.

²⁹ In questo senso, testualmente, C. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1325 ss. spec. 1337.

³⁰ Cfr. G. ALPA – V. VIGORITI (*op.cit.*, 67), i quali osservano che *“Il confronto fra processo ordinario e arbitrato in punto di costi non può essere quindi impostato in termini semplicistici, segnando solo la dispendiosità del secondo, perché l'arbitrato sa essere funzionale anche alla tutela di interessi minori, con oneri addirittura inferiori a quelli del processo ordinario.”*

7. *I limiti dell'arbitrato nelle controversie dei consumatori.*

Quando si ipotizza di incentivare l'utilizzazione dello strumento arbitrale anche per la risoluzione di controversie di modesta entità economica è inevitabile il riferimento alla figura del consumatore.

L'arbitrabilità nel settore del diritto dei consumatori, come è noto, è questione dibattuta e di non agevole soluzione.

Da un lato, infatti, secondo una diffusa opinione la clausola compromissoria inserita nei contratti con il consumatore sarebbe potenzialmente una clausola abusiva, come tale inefficace poiché colpita dalla c.d. *nullità di protezione* che presidia l'asimmetria sostanziale della posizione contrattuale del consumatore rispetto a quella del professionista.

Da altro lato, la previsione di una clausola compromissoria nella materia considerata configgerebbe con il c.d. *principio di libertà* che presidia il diritto di adire la giurisdizione competente per la risoluzione della controversia, garantito senza eccezioni dall'art. 6 CEDU.

L'opzione arbitrale sarebbe percorribile soltanto qualora il consumatore la accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa ed in una fase *posteriore* all'insorgere della controversia.

Da ciò consegue che la stipulazione di un *compromesso arbitrale* per la risoluzione di una controversia tra un professionista ed un consumatore sarebbe tendenzialmente ammissibile (ma l'ipotesi si avvicina di più al caso di scuola che all'esperienza reale), mentre l'operatività di una clausola compromissoria è assai problematica.

Queste prime considerazioni sono sufficienti a dare conto delle difficoltà operative in cui si colloca il fenomeno dell'arbitrato nel diritto dei consumatori.

La difficoltà di utilizzare lo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie dei consumatori è una constatazione apparentemente sorprendente.

Il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria per la gestione delle controversie dei consumatori, infatti, sembrerebbe essere la soluzione più appropriata, in quanto i costi e soprattutto la durata del processo civile ordinario costituiscono in molti ordinamenti (e certamente nel nostro, secondo unanime opinione) un serio ostacolo ad una efficace tutela delle ragioni del consumatore.

Ma i pur innegabili vantaggi che il ricorso a procedure di arbitrato per la risoluzione delle controversie dei consumatori tenderebbe ad assicurare devono essere attentamente riconsiderati alla luce dell'innegabile squilibrio delle posizioni in conflitto, essendo evidente che consentire al soggetto economicamente più forte (il professionista) di imporre negozialmente al consumatore il ricorso a procedure di arbitrato, con esclusione dell'accesso alla giustizia ordinaria, potrebbe comportare un significativo e non auspicabile vantaggio per il contraente più forte.

Per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza i legislatori hanno avvertito la necessità di un approccio molto cauto alla materia dell'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, giungendo in talune esperienze a negarla ed in altre a regolamentarla in una prospettiva di adeguata tutela degli interessi della parte economicamente più debole.

Il difficile contemperamento degli interessi in gioco ha comportato l'adozione di soluzioni assai diverse tra loro, tutte connotate peraltro da una particolare attenzione alla peculiarità del rapporto possibile oggetto di arbitrato.

Il punto nodale è costituito, evidentemente, dalla vincolatività (o meno) della clausola compromissoria introdotta dal professionista nei contratti standard sottoscritti per adesione dai consumatori.

Soltanto nell'esperienza statunitense, a quanto consta, l'introduzione di clausole compromissorie nei contratti standard con i consumatori è ritenuta ammissibile senza l'adozione di particolari cautele, diverse da quelle previste per gli ordinari contratti commerciali (l'orientamento della Corte Suprema Federale sembra invero consolidato nel ritenere che il Federal Arbitration Act inibisca ai singoli Stati di imporre il ricorso alla giustizia ordinaria per le controversie dei consumatori)³¹.

In Europa, invece, quanto meno nell'ambito dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, i singoli ordinamenti, che pure adottano diverse soluzioni quanto all'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, risentono indiscutibilmente gli effetti della politica comunitaria in materia che è particolarmente cauta nella prospettiva di non pregiudicare una effettiva ed efficace tutela dei diritti dei consumatori³².

Anche l'ordinamento italiano riflette il difficile contemperamento delle esigenze in conflitto e non offre soluzioni appaganti.

Non è evidentemente possibile approfondire in questa sede le indicazioni che provengono dalla dottrina e dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore³³.

Può tuttavia rilevarsi, in estrema sintesi, che secondo la opinione prevalente l'inserimento di una clausola compromissoria nei contratti dei consumatori potrebbe

³¹ Per una sintetica – ma efficace – illustrazione della evoluzione dell'ordinamento nord-americano in tema di arbitrabilità delle controversie tra produttori e consumatori v. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. Arb.*, 2006, 57 ss., spec. 63 ss.

Nel senso del testo v. ad esempio la decisione della Suprema Corte 21 febbraio 2006, Buckleye Check Cashing Corp. Vs. John Cardegna, 546 US 440 = 126 S. Ct.1204 (2006).

³² Le diverse opinioni che in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori sono state accolte nell'ambito degli ordinamenti dei Paesi aderenti all'Unione Europea sono richiamate in MARENGO, *op. cit.*, passim.

³³ Per una sintesi dei diversi profili del dibattito in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori v. se vuoi, T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in (a cura di ALPA – VIGORITI) *Arbitrati, op. cit.*, Milano, 2012, pagg. 92 ss., spec. 101-119.

concretare l'ipotesi di vessatorietà della clausola, rilevabile ex officio dal giudice, come ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia UE³⁴.

Dalle considerazioni che precedono emerge allora l'inopportunità dell'inserimento di una clausola compromissoria nei contratti standard dei consumatori, con evidente pregiudizio dell'esigenza di offrire proprio in questo settore una soluzione rapida ed efficiente della controversia.

Soltanto un intervento legislativo, attento alle indicazioni comunitarie ma nel contempo chiarificatore della materia, sembra in grado di superare le ambiguità che impediscono la diffusione dell'arbitrato nel diritto dei consumatori.

8. Cenni sulla fiscalità nell'arbitrato: assenza di incentivi e ipotesi de iure condendo.

Esula certamente dalle finalità dell'intervento (e dalle capacità del suo autore) una approfondita disamina dei profili fiscali riconducibili al fenomeno arbitrale.

I complessi meccanismi dell'imposizione indiretta in tema di arbitrato formano oggetto di indagini specialistiche che, ancora recentemente, ne hanno chiarito l'ambito applicativo; ad essi è quindi opportuno fare rinvio per una esaustiva trattazione³⁵.

L'attenzione al profilo fiscale in questo contesto, invece, è incentrata sulla verifica della sussistenza o meno di ragioni che, dal punto di vista tributario, inducano a preferire lo strumento arbitrale al giudizio ordinario.

In disparte i profili relativi all'imposta di bollo, alla quale sono soggetti tutti gli atti e i provvedimenti del procedimento arbitrale, salva diversa regolamentazione, mentre nel processo civile ordinario l'imposizione avviene su base forfettaria (il c.d. *contributo unificato*), ciò che maggiormente rileva attiene all'imposta di registro.

Con riferimento a quest'ultima, a seguito delle riforme introdotte nel codice di rito in materia di arbitrato, risulta che il solo lodo arbitrale *omologato* è soggetto ad imposizione di registro secondo quanto disposto dall'art. 8 Tariffe, Parte I, allegata al T.U. n. 131/1986, purchè emesso nel territorio dello Stato.

Un'imposizione, quindi, sostanzialmente analoga a quella applicabile alle sentenze del giudice civile ordinario.

Del tutto diversa, invece, l'ipotesi del lodo arbitrale *non homologato*, che è soggetto a tassazione *solo in caso d'uso* (art. 2, Tariffa, Parte II).

³⁴ Emblematica è in proposito la decisione Corte di Giustizia CE (Prima Sezione) 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom* annotata da E. D'ALESSANDRO, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il Consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in www.iudicium.it, 2010.

³⁵ Per una completa disamina dei profili fiscali dell'arbitrato v. per tutti DOMINICI, *Aspetti tributari in ALPA-VIGORITI* (a cura di), *L'arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2012, in corso di pubblicazione, Parte VI, cap. VIII, che ho potuto consultare per cortesia dell'Autore.

In questa prospettiva emerge un aspetto di maggior competitività dell'arbitrato.

Come è stato correttamente rilevato, infatti, *“tale disposizione rappresenta certamente l'aspetto caratterizzante dell'imposizione sull'arbitrato, in quanto finisce per rimettere all'interesse delle parti l'imposizione sul lodo, consentendo così di giungere alla soluzione della controversia e ad una spontanea attuazione del lodo senza l'aggravio di costi fiscali. In tal modo è l'interesse delle parti a condizionare l'imposizione, ricadendo sul soccombente anche l'onere dell'imposta di registro, evitabile in presenza della prevenzione della procedura esecutiva e della preventiva dichiarazione di esecutività del lodo finalizzata a ciò.*

Con tale sistema di imposizione si è in effetti incentivato in modo rilevante il ricorso alla giustizia privata, sottraendo l'imposizione sul processo agli automatismi propri della funzione pubblica svolta dagli organi dell'amministrazione della giustizia”³⁶.

La maggior appetibilità dello strumento arbitrale sotto il profilo dell'imposizione indiretta, peraltro, si esaurisce nei limiti sopra indicati (lodo non omologato che non necessita del ricorso alla esecuzione forzata).

Il legislatore non ha sinora ritenuto opportuno introdurre norme agevolative della fiscalità indiretta nell'arbitrato, come invece ha fatto ad esempio in materia di procedimenti di mediazione finalizzati alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, di cui al D.lg.vo 28 del 2010.

Ai sensi dell'art. 17 del menzionato Decreto, infatti, i verbali di conciliazione redatti presso organismi abilitati sono esenti dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, e l'imposta è dovuta solo per la parte eventualmente eccedente (l'intero procedimento, poi, è esente da imposta di bollo e sono previsti crediti di imposta, sino a 500 euro, per le indennità corrisposte agli organismi di mediazione).

E' evidente come la previsione di una analoga agevolazione fiscale per l'arbitrato potrebbe conseguire il risultato di incentivare le parti a fare ricorso allo strumento arbitrale, con conseguente effetto deflattivo del contenzioso civile ordinario.

Pur non essendo possibile individuare l'importo in termini di minor gettito tributario di una siffatta previsione normativa, se si rammentano i costi per la collettività della inefficienza della giustizia civile (che la Banca d'Italia calcola in un punto percentuale del P.I.L. annuo) ne deriva che il minor gettito riveniente dalla imposizione indiretta applicata alle sentenze civili sarebbe ampiamente compensato dal minor costo globale del *“servizio giustizia”*.

In questa prospettiva non sembra allora azzardato auspicare un intervento del legislatore fiscale inteso ad agevolare – nei limiti compatibili con le esigenze di bilancio – il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali, contribuendo così a completare il quadro normativo che, come si è cercato di illustrare, determina la maggiore competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio civile ordinario.

³⁶ Cfr. TINELLI, *Profili tributari dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1993, 29, spec. 38.

Questo intervento agevolativo avrebbe, tra l'altro, l'effetto di invogliare le parti a ricorrere allo strumento arbitrale (in ipotesi all'arbitrato amministrato) con corrispondente diminuzione dell'accesso alla giustizia ordinaria.

Se è pacifica l'impossibilità per il legislatore di prevedere ipotesi di arbitrato obbligatorio, non altrettanto può dirsi di iniziative incentivanti sotto il profilo fiscale, idonee ad orientare la libera determinazione delle parti di avvalersi dello strumento arbitrale.

9. Considerazioni conclusive sulla competitività dello strumento arbitrale.

Le considerazioni che precedono consentono di trarre talune conclusioni sulla competitività dello strumento arbitrale.

La maggior competitività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario quanto ai tempi di conseguimento di una decisione sul merito della lite è oggettivamente innegabile, anche a fronte delle statistiche sulla durata media di un giudizio di primo grado che sono state precedentemente ricordate.

L'aspetto sul quale è opportuno riflettere, peraltro, non è solo quello della velocità della conclusione del procedimento: altrettanta importanza, infatti, deve essere riconosciuta alla *disponibilità* dei tempi del processo arbitrale che è riservata alle parti e che è un vero e proprio valore aggiunto peculiare dello strumento arbitrale.

Anche per quanto riguarda il fattore costo, rispetto al quale non può negarsi una potenziale maggiore onerosità dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario, deve rilevarsi il profilo economico dei numerosi vantaggi indiretti che sono offerti dall'arbitrato.

La possibilità di scegliere il giudice più adatto a risolvere una determinata controversia, invero, non ha termine di comparazione con il giudizio ordinario e costituisce un valore suscettibile di quantificazione economica.

La decisione assunta da persona competente, infatti, tende ad assicurare maggiore stabilità alla pronuncia ed a scoraggiare l'impugnazione, con evidenti vantaggi per la parte vittoriosa in termini di tempo necessario ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione controversa.

In questa prospettiva, allora, il maggior costo della procedura arbitrale si dissolve a fronte del costo riconducibile al protrarsi per molti anni (in qualche caso oltre un decennio) delle controversie davanti al giudice ordinario con conseguente impossibilità di programmazione basata sull'esito della lite.

L'arbitrato, specialmente se amministrato con conseguente controllo sulla regolarità formale della procedura, esce vincitore anche nella sfida sul costo, per le ragioni sinteticamente ricordate in precedenza.

Occorre, certo, molto impegno per una diffusione della cultura arbitrale che, nel nostro ordinamento, è ancora carente.

Uno sforzo particolare, poi, deve essere profuso alla ricerca di una soluzione equilibrata alla delicata questione connessa alla utilizzabilità dello strumento arbitrale nell'ambito delle controversie dei consumatori.

Merita infine di essere segnalata la previsione legislativa, contenuta nella nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense ed alla quale si è già fatto riferimento³⁷ della istituzione presso i Consigli degli Ordini degli Avvocati di Camere di conciliazione, arbitrato e ADR, sulla base di una disciplina regolamentare che sarà predisposta dal Consiglio Nazionale Forense.

Queste Camere Arbitrali, infatti, dovrebbero cercare di coniugare i vantaggi della soluzione delle controversie civili, anche di modesta entità, al di fuori del circuito giurisdizionale con la competitività del costo dell'accesso allo strumento arbitrale.

Certo il cammino per una compiuta affermazione dell'arbitrato è ancora lungo, ma non è senza significato che – in un recente convegno – il Vice-Presidente della Corte Costituzionale abbia avuto modo di osservare che *“intermediazione preventiva e arbitrato possono anche lasciare scorgere, naturalmente in lontananza, lo scenario, eventuale e probabile, di un futuro privatistico della stessa giustizia civile e amministrativa”*.³⁸

³⁷ *Supra* pag. 5

³⁸ L. MAZZELLA, *Riflessioni sulla giustizia tra teoria e prassi*, intervento al Convegno *“La giustizia : teoria e prassi”*, organizzato dalla Scuola Superiore di studi avanzati Università degli Studi di Roma *“La Sapienza”*, Roma, 6 marzo 2013, pag. 12 del dattiloscritto.