

GIURISPRUDENZA

CASI

Decisione secondo diritto e arbitrato irrituale

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. — 2. Integrazione del patto compromissorio alla prima udienza. — 3. Interpretazione della clausola compromissoria. — 4. Decisione secondo diritto e arbitrato irrituale. — 5. Conclusioni.

1. — La pronuncia del Tribunale di Bologna¹ che qui si commenta è spunto per alcune puntualizzazioni in tema di arbitrato.

L'attore ha promosso la domanda avanti al tribunale per sentire dichiarare la nullità della clausola compromissoria, e conseguentemente del lodo pronunciato, sostenendo che il patto compromissorio ha dato vita ad un ibrido tra arbitrato rituale ed irrituale.

Il convenuto dal canto suo ha propugnato la validità della clausola, anche in forza della precisazione effettuata dalle parti di fronte al collegio in udienza², ove hanno dichiarato di « considerare l'arbitrato come irrituale »: sottoscrivendo il verbale avrebbero stipulato un negozio di accertamento in grado di integrare e sostituire quanto contenuto nel contratto originario.

Il giudice ha ritenuto innanzitutto che le parti non erano ammesse a modificare la clausola compromissoria, in quanto il procedimento arbitrale era già incardinato, e l'originaria pattuizione non poteva, così, ritenersi sostituita.

Per quello che riguarda nello specifico la convenzione arbitrale, questa prevedeva un « collegio di tre arbitri irrituali che pronuncerà secondo diritto e le cui definizioni dovranno essere succintamente

¹ Trib. Bologna, 17 aprile 2008, n. 3140, in *Riv. arb.*, 2010, p. 121 ss., con nota di CAMPIONE.

² Se mi è consentito utilizzare il termine in senso atecnico.

motivate ed avranno valore di patto contrattuale direttamente stipulato tra le parti ».

Ebbene, il giudice ha considerato tale pattuizione decisamente contraddittoria, in grado di causare una autodistruzione giuridica, poiché le parti avevano manifestato una volontà per due funzioni incompatibili in capo allo stesso soggetto: quella di terzo e quella di *procurator*.

La contraddittorietà della volontà, a parere del giudicante, ha eliso la volontà stessa ed ha reso nulla la clausola — e di conseguenza il lodo pronunciato in assenza dei relativi poteri — per difetto della volontà.

2. — Dapprima occorre fare alcuni brevi cenni sulla possibilità che le parti hanno di integrare la volontà espressa nel patto compromissorio anche in seguito alla sottoscrizione della clausola inserita nel contratto.

Non è dato sapere in quale udienza nel caso di specie tale precisazione sia stata effettuata, ma è presumibile che ciò sia accaduto alla prima riunione del collegio, quando forse gli arbitri non avevano ancora accettato il mandato ricevuto. Questo è quanto accade quotidianamente nella prassi arbitrale e quanto appare plausibile sia avvenuto anche nel procedimento *de quo*³.

Sembra, comunque, pacifico in dottrina⁴ che le parti nel verbale della prima riunione del collegio siano ammesse a precisare a quale tipo di arbitrato hanno inteso riferirsi nella clausola compromissoria⁵. Ciò è proprio volto a fugare ogni dubbio per il prosieguo del procedimento e ad evitare che possano sorgere questioni tali da fondare l'impugnazione del lodo per invalidità della clausola compromissoria⁶.

Il giudice dell'impugnativa sembra disattendere tali prassi applicative e ribadisce che le parti hanno effettuato un'operazione inutile, qualificando la clausola compromissoria di un procedimento arbitrale già

³ Bisogna ritenere che ove le parti intendano modificare la clausola nel corso dell'arbitrato gli arbitri possano validamente rinunciare al mandato ricevuto.

⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Zanichelli, Bologna, 2007, *sub* art. 806, p. 8, parla di « ricognizione accertativa del tipo di arbitrato prescelto » e sottolinea come l'accettazione degli arbitri, spesso contestuale, concerna anche le modalità di svolgimento del procedimento così precisate.

⁵ Cfr. sul punto Arb., 20 dicembre 2005, in *Rass. giur. umbra*, 2006, p. 130, con nota di BRACCO, che analizza proprio l'ipotesi della dichiarazione compiuta dalle parti in udienza secondo cui l'arbitrato si deve ritenere libero: « tale dichiarazione opera, anche a prescindere dal suo contenuto direttamente dispositivo, come criterio interpretativo dell'intento manifestato dai contraenti nella clausola compromissoria ai sensi dell'art. 1362 c.c. ».

⁶ Anche se in seguito alla riforma del 2006 le cose sono cambiate, v. *infra* n. 3.

incardinato. La sottoscrizione di un patto integrativo ad opera dei paciscenti non sarebbe, infatti, idonea ad integrare e precisare la convenzione già stipulata.

Riteniamo, in realtà, che ignorare le comuni intenzioni dei compromittenti espresse in sede di arbitrato costituisca una ingiustificata violazione dei principi consolidati in materia, ove la volontà delle parti dovrebbe avere un ruolo primario.

3. — Veniamo al profilo dell'interpretazione del patto compromissorio.

In via preliminare, dal momento che la clausola arbitrale è opera anche dall'attore del procedimento impugnatorio, dobbiamo riflettere sulla possibilità di applicare al caso concreto il principio generale di cui all'art. 157, comma 3°, c.p.c., secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa. Tale regola è dettata per la materia processuale e non ha rilevanza per l'ambito sostanziale⁷, nel quale è concessa azione anche a chi abbia partecipato alla stipulazione di un contratto nullo⁸. Ma ciò non toglie che il contegno della parte possa avere una qualche rilievo nell'interpretazione della clausola.

Nel caso di specie l'attore non solo ha contribuito alla stesura della clausola compromissoria di cui ha poi sostenuto la nullità, ma nel corso della prima riunione del collegio ne ha specificato il tenore ed il contenuto, dichiarando di volere un arbitrato irrituale. Ha, inoltre, dimostrato di aderire a tale lettura dell'accordo compromissorio scegliendo di impugnare il lodo, ritenuto viziato, di fronte al giudice di primo grado, secondo le ordinarie norme sulla competenza; questo in linea con il riconoscimento del carattere irrituale dell'arbitrato svoltosi⁹.

⁷ La natura giuridica della convenzione d'arbitrato è comunemente ritenuta contrattuale: in tal senso si v. REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 789; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 6. Lo stesso PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2009, p. 168, lo definisce « negozio di diritto sostanziale con rilevanza ed effetti processuali»; cfr. anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 174; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*⁵, Padova, 2006, p. 335.

⁸ Cfr. Cass., 9 gennaio 1991, n. 100, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce « Contratto in genere », n. 343.

⁹ È, infatti, pacifico che l'invalidità del lodo possa essere fatta valere esclusivamente con i differenti mezzi processuali previsti specificamente per ciascun tipo di arbitrato; tanto che la soluzione del problema relativo alla natura dell'arbitrato incide sull'ammissibilità dell'impugnazione dinanzi alla corte d'appello o, piuttosto, al tribunale per vizi negoziali. Cfr. Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. Civ.*, 2009, I, p. 1405; Cass. 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.*, 2002, p. 303, con nota di

Un cenno merita, a questo punto, il principio — sebbene non direttamente applicabile alla pronuncia in questione — imposto dalla novella del 2006 in materia di validità della clausola compromissoria, sia per quanto concerne l'arbitrato rituale che quello irrituale¹⁰. Ai sensi della nuova disciplina i vizi della convenzione arbitrale¹¹ devono essere eccepiti nel corso del procedimento arbitrale, nella prima difesa utile, pena la impossibilità di impugnare il lodo per tali motivi¹².

Nel caso di specie l'attore non solo non ha eccepito l'indeterminatezza del patto compromissorio nel corso del procedimento arbitrale, ma piuttosto, con la dichiarazione a verbale, ha contribuito a specificarne il tenore¹³ e ad instaurare validamente un arbitrato libero. In ogni caso, il comportamento del soggetto può essere considerato quale indizio ai fini dell'interpretazione della convenzione arbitrale nel senso della irritualità.

Sembra, infatti, pacifico in dottrina e giurisprudenza, che nell'interpretazione della clausola compromissoria, ai fini della qualificazione dell'arbitrato quale rituale o libero, in linea con i principi di ermeneutica contrattuale¹⁴, si debba avere riguardo alla reale volontà

AMADEI; Cass., 28 giugno 2000, n. 8788, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce « Arbitrato », n. 94.

¹⁰ Si v. al riguardo l'art. 808-ter, comma 2°, n. 1 c.p.c. per quanto concerne l'arbitrato irrituale, ed il combinato disposto degli artt. 829, comma 1°, n. 1 e 817, comma 2°, ult. part. c.p.c. (e non 817, comma 3°, come indicato dalla norma) per quello rituale. È a tutti noto come le disposizioni citate siano state introdotte con il d. lgs. n. 40 del 2006 e siano applicabili alle convenzioni arbitrali stipulate successivamente all'entrata in vigore del citato decreto, quindi a fare data dal 2 marzo 2006. Le norme non risultano pertanto nella specie direttamente applicabili, ma riteniamo che il giudicante trovandosi a decidere nell'anno 2008 avrebbe dovuto informare la propria interpretazione alla già intervenuta modifica del codice (o quantomeno non completamente ignorare il nuovo dettato normativo) e valutare il comportamento della parte almeno a livello di indizio.

¹¹ Compresa la radicale inesistenza, cfr. sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Zanichelli, Bologna, 2007, sub art. 806, p. 78.

¹² Il convenuto ove non sollevi il vizio radicale della convenzione arbitrale nella comparsa di risposta non potrà impugnare il lodo per carenza di accordo compromissorio e l'arbitrato risulterà essere legittimamente instaurato. La dottrina aveva affrontato il tema già prima della riforma, cfr. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 535 ss.; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 426 ss.; WINKLER, *Ricorso ad arbitrato in assenza di clausola arbitrale*, in *I contr.*, 2006, p. 203 ss.

¹³ Il giudice nell'interpretare la clausola compromissoria non può non tenere conto dell'interpretazione autentica che le parti hanno inteso dare con la precisazione a verbale.

¹⁴ Si fa riferimento agli artt. 1362 ss. c.c. Cfr. Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1405; Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1486; Cass., 29 novembre 2000, n. 15292, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce « Arbitrato », n. 93;

dei paciscenti¹⁵, desunta dall'intero contesto della pattuizione e dal contegno complessivo tenuto dalle parti nel corso delle trattative, senza trascurare la condotta successiva alla conclusione dell'accordo, e quella manifestata nel corso del procedimento arbitrale, nonché successivamente alla pronuncia del lodo¹⁶.

Ebbene, la clausola di cui ci occupiamo è, quindi, valida, in quanto presenta chiari elementi a favore dell'irritualità: vero è che la decisione secondo diritto e la succinta motivazione sono aspetti che caratterizzano anche l'arbitrato rituale, ma gli arbitri sono espressamente definiti « irrivali » ed il lodo, per volontà delle parti, deve avere valore meramente contrattuale.

Che dire, poi, del principio largamente dominante in giurisprudenza all'epoca della sottoscrizione della clausola compromissoria¹⁷, del *favor pro* arbitrato libero¹⁸. Il giudice bolognese lo ha ritenuto inapplicabile in forza della radicale contraddittorietà della clausola, in grado di impedire anche l'applicazione del principio della conservazione dei contratti. Alla luce di quanto affermato, e di quando diremo *infra*, a noi sembra che chiari fossero gli elementi e gli indizi idonei a manifestare una volontà delle parti di deferire le controversie insorgende¹⁹ in arbitrato libero; anche tale orientamento giurisprudenziale sarebbe stato, pertanto, applicabile.

Cass., 21 gennaio 1999, n. 517, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce « Arbitrato », n. 199; Cass., 23 giugno 1998, n. 6248, in *Gazz. giur.*, 1998, p. 48.

¹⁵ Cfr. *ex multis* Cass., 8 agosto 2001, n. 10935, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce « Arbitrato », n. 99; Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, *ivi*, 1992, voce cit., n. 70.

¹⁶ In tal senso per tutte cfr. Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, cit. Nello stesso senso in dottrina si sono espressi CARNACINI, *Arbitri*, in *Nov. dig. it.*, p. 647 ss.; CARPI - ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 48; VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Nov. Dig. it.*, p. 862 ss.

¹⁷ È a tutti noto come in seguito alla riforma del 2006 il principio, per espressa volontà del legislatore che ha scelto di intervenire sugli orientamenti giurisprudenziali, sia stato invertito: *in dubio pro* arbitrato rituale.

¹⁸ Che si giustificava ritenendo che il solo deferimento della controversia in arbitri rituali costituisse una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, eccezione al principio del monopolio statale della giurisdizione. Sull'opzione in favore dell'irritualità si v. *ex multis* Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.*, 1999, p. 253 ss., con nota di FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato « rituale » ed « irrituale »: qualcosa si muove?* Principio, peraltro, avversato dalla dottrina che riteneva l'arbitrato irrituale meno garantista di quello codicistico, pur sottraendo comunque il soggetto al giudice naturale precostituito per legge. In giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass., Cass., 24 gennaio 2005, n. 139, cit.; Cass., 20 marzo 2009, n. 2315, in *Riv. arb.*, 1991, p. 517, con nota di FAZZALARI, *In dubio pro ... arbitrato irrituale*.

¹⁹ Ed in particolare quella insorta, attraverso la specificazione effettuata in udienza e sottoscritta a verbale.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, nell'interpretazione della clausola compromissoria prima della riforma del 2006, si affidava ad indici incerti, propendendo per l'arbitrato rituale ove si parlava di « giudizio » o « controversia »²⁰, mentre la « composizione negoziale » era vista quale chiaro sintomo di irritualità²¹. Meno certa era l'interpretazione della dizione « amichevoli compositori », come anche la previsione dell'inimpugnabilità del lodo, dato che sia il giudizio di equità che la rinuncia alla impugnazione per motivi di diritto sono validamente previste anche per l'arbitrato rituale²²; allo stesso modo non si considerava decisiva l'espressione « senza formalità di procedura », dato che anche nell'arbitrato codicistico, se le parti nulla hanno stabilito, è il collegio a regolare il *modus procedendi* come ritiene più opportuno²³.

Certo è che in seguito alla riforma le parti che vogliono deferire la controversia in arbitrato libero dovranno esplicitarlo in modo inequivoco, preferibilmente facendo espresso riferimento alla dizione utilizzata dall'art. 808-ter, comma 1°, c.p.c.

Nel caso di specie, quindi, già la sola interpretazione della clausola compromissoria, in linea con le norme in materia di contratti²⁴ ed i principi di libertà contrattuale²⁵, doveva condurre a ritenere che le parti avessero optato per un arbitrato libero, ma la dichiarazione sottoscritta nel verbale della presumibile prima riunione del collegio, ad integrazione del patto compromissorio, non lascia spazio a dubbi: i compromittenti intendevano dare vita ad un arbitrato irrituale.

²⁰ Cass., 14 aprile 1994, n. 3504, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1264; Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Foro it.*, 1999, I, c. 455.

²¹ In particolare si poneva mente alla distinzione tra arbitrato rituale, con cui le parti abbiano affidato al terzo un compito sostitutivo di quello del giudice statale, ed arbitrato irrituale, secondo cui le parti abbiano demandato agli arbitri la soluzione delle controversie in via negoziale. Cfr. Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398, cit.; Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce « Arbitrato », n. 98; Cass., 26 giugno 2000, n. 8788, ivi, 2000, voce cit., n. 94; tra le più datate Cass., 14 giugno 1979, n. 3348, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, p. 6. In seguito l'attenzione è stata, giustamente, spostata sull'efficacia del lodo e non sulla funzione attribuita agli arbitri: si v. *ex multis* Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, cit.

²² Cfr. Cass., 14 aprile 1992, n. 4528, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce « Arbitrato », n. 68; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, cit.; Cass., 10 novembre 2006, n. 24059, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2181; Cass., 8 luglio 2004, n. 12561, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2835.

Si v. in seguito alla riforma il nuovo art. 829, comma 3°, c.p.c.

²³ V. il nuovo art. 816-bis, comma 1°, c.p.c.

²⁴ Si pensi agli artt. 1424 e 1444 c.c.

²⁵ Di cui agli artt. 1321 c.c.

4. — Punto focale della nostra analisi è la prescrizione della clausola compromissoria ove si stabilisce che il collegio, formato da tre arbitri irrituali, pronuncerà secondo diritto.

La sentenza in commento ritiene laconicamente la decisione secondo diritto incompatibile con l'arbitrato libero²⁶, partendo dall'assunto che tale regola di giudizio è stabilita espressamente dall'art. 822 c.p.c. per l'omologo rituale.

Tale ricostruzione del fenomeno si basa sul presupposto che vi sia una differenza sostanziale tra i due tipi di arbitrato, quello codicistico che, pur se di natura privata ha esito in un lodo suscettibile di esecutorietà ai sensi dell'art. 825 c.p.c., mentre l'irrituale è uno strumento strettamente negoziale, riconducibile esclusivamente alla volontà delle parti e non al diritto²⁷.

In realtà, il fatto che il lodo sia riconducibile alla volontà delle parti, perché hanno espressamente dichiarato di accettarne il contenuto, come se provenisse dalla propria volontà, non lo rende affatto, per questo, incompatibile con la decisione secondo diritto. Le parti nell'ambito della propria autonomia contrattuale sono senz'altro abilitate a stabilire la regola di giudizio in base alla quale risolvere²⁸ la propria controversia.

L'impostazione seguita dalla pronuncia in commento, che riconduce l'arbitrato irrituale alla sola decisione secondo equità, sembra

²⁶ La pronuncia si richiama a Cass., 10 ottobre 2003, n. 15150, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce « Arbitrato », n. 85, la quale ritiene che il principio sancito dall'art. 822 c.p.c., per cui gli arbitri decidono secondo le norme di diritto (salvo che le parti li abbiano autorizzati a pronunciare secondo equità), riguardi l'arbitrato rituale e non sia, pertanto, applicabile all'arbitrato irrituale. Ciò in ragione del fatto che l'arbitrato libero termina con una decisione che le parti si impegnano a considerare quale espressione della loro stessa volontà.

Contra si v. Cass., 15 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, p. 783, con nota di NELA, *Piccole aperture giurisprudenziali verso l'ampliamento dei motivi di impugnazione del lodo irrituale*, citata dalla stessa sentenza in commento, la quale partendo dalla compatibilità tra arbitrato libero e decisione secondo diritto non impugnabile, afferma che in tal caso il lodo sarà impugnabile solo se la decisione abbia ad oggetto rapporti diversi da quelli sottoposti al giudizio arbitrale, ovvero trovi fondamento in una regola di decisione difforme da quella assegnata (come l'equità o il diritto straniero). Afferma la compatibilità tra arbitrato irrituale e decisione secondo diritto anche Cass., 19 dicembre 2008, n. 29772, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce « Arbitrato », n. 114.

²⁷ La pronuncia si richiama a Cass., 30 agosto 2002, n. 12714, in *Corr. giur.*, 2003, p. 632, che ritiene l'arbitrato libero uno strumento strettamente negoziale, che termina in una composizione amichevole od in un negozio di accertamento riconducibile alla personale volontà delle parti.

²⁸ O demandare gli arbitri a risolvere.

riferirsi ad un orientamento sviluppatosi agli albori della elaborazione dottrinale in materia²⁹, nel tentativo di dare una legittimazione all'istituto nel nostro ordinamento.

Secondo tale dottrina, non sarebbe ipotizzabile una decisione secondo diritto che prescindendo dalle formalità previste dal codice di rito per l'arbitrato rituale. Un arbitrato secondo diritto non regolato dalle norme di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. costituirebbe, infatti, una violazione di legge e della riserva di giurisdizione — quale attuazione del diritto obiettivo — in capo agli organi statuali.

Per dare un inquadramento sistematico ad un fenomeno che era già largamente diffuso nella prassi, si teorizza, così, la distinzione dell'istituto rispetto all'arbitrato rituale in base al mezzo utilizzato per comporre la lite: si crea un parallelismo tra decisione secondo diritto ed arbitrato rituale da un lato, e risoluzione equitativa delle controversie ed arbitrato libero³⁰ dall'altro.

La funzione dell'arbitro che applica l'equità sarebbe differente da quella del giudice e la sua decisione diversa dalle sentenze, avendo

²⁹ Al fine dare all'interno dell'ordinamento una collocazione sistematica all'istituto, ampiamente diffusosi nella pratica, specie in seguito alla nota sentenza della Cass. Torinese del 1904, la dottrina ha elaborato una serie di teorie, tra cui rileva nel caso di specie richiamarsi a quanto sostenuto, tra i primi, da SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 496 ss. Questi elabora la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale — o meglio tra arbitro ed arbitratore — basandosi sul mezzo di composizione della lite. Partendo dall'idea che il monopolio statale della giurisdizione si riferisce non alla risoluzione delle controversie, ma alla attuazione del diritto obiettivo, afferma che gli arbitri fanno esercizio di giurisdizione solo nel momento in cui decidono secondo diritto, non anche quando definiscono la controversia secondo equità. I due tipi di arbitrato, pertanto, si distinguerebbero in base al metodo di giudizio utilizzato: diritto da un lato ed equità dall'altro. Tale dottrina si spinge, poi, oltre fino a sostenere una coincidenza tra tale metodo di giudizio e l'arbitrato irrituale: questo troverebbe una sua legittimazione all'interno dell'ordinamento solo se ridotto a giudizio equitativo, ove non vi è esercizio di giurisdizione. Sillogismo questo che appare, in realtà, sotto molti aspetti criticabile. L'equità non è istituto esclusivamente riconducibile al diritto privato, ma è espressamente previsto anche quale metodo di giudizio in alcuni casi utilizzabile dal giudice statale e dall'arbitro rituale; non solo, ma in questo modo rimarrebbero privi di inquadramento sistematico tutti i casi in cui le controversie giuridiche siano devolute alla cognizione di giudici privati, ma al di fuori delle forme dell'arbitrato codicistico (ipotesi che è stata fin dall'inizio legittimata sulla base del principio della libertà delle convenzioni private).

³⁰ Si ravvisa un parallelismo anche tra sentenza dispositiva e contratto. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 496 ss., è forse influenzato dalla visione di CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. Giur.*, 1921, p. 224 ss., il quale ritiene che solo la sentenza dell'amichevole compositore abbia carattere costitutivo e dispositivo, mentre quella dei giudici statuali sarebbe sempre dichiarativa anche nel momento in cui applica l'equità invece del diritto.

natura dispositiva o costitutiva. L'arbitrato libero viene da tale impostazione ritenuto ammissibile solo in quanto arbitrato di equità³¹.

Una simile visione riduttiva, che assimila l'istituto più ad un arbitraggio che ad un vero e proprio arbitrato, deve ritenersi superata, anche in ragione delle successive evoluzioni dottrinali e dell'inserimento dell'istituto all'interno dell'impianto codicistico, con una valorizzazione dell'aspetto processuale dello stesso.

Ebbene, l'applicazione delle regole di diritto³² non è di certo incompatibile con la ricostruzione, da noi propugnata, dell'istituto in termini processuali³³, ma, in realtà, neppure con quella sostenuta dalle teorie prettamente negozialiste³⁴.

Né il fatto che la decisione secondo diritto sia posta come preferenziale dall'art. 822 c.p.c. per l'arbitrato rituale, può valere ad escluderla dall'ambito dell'autonomia privata.

Del resto anche la dottrina che ricostruisce il fenomeno su base meramente privatistica, attraverso il negozio *per relationem*, non dubita

³¹ Si cerca, poi, di assimilare l'arbitrato irrituale a quello codicistico degli amichevoli compositori, con il minimo comune denominatore del giudizio equitativo, per creare un'idea di fenomeno che può essere da un lato avvicinato all'arbitraggio e dall'altro all'arbitrato rituale di equità. Si dà, così, vita alla categoria del "giudizio equitativo del terzo" o del giudizio privato di equità.

³² L'utilizzo dello stretto diritto nei casi in cui si era richiesto un giudizio equitativo è, a volte, inquadrato nell'eccesso di mandato, che secondo un orientamento giurisprudenziale darebbe vita alla responsabilità degli arbitri nei confronti delle parti e non tanto alla annullabilità del lodo. Cfr. in tal senso Cass., 13 marzo 1998, n. 2741, in *Giur. it.*, 1999, p. 1610 ss., con nota di NELA, *Verso il riconoscimento giurisprudenziale di un nuovo motivo impugnazione del lodo irrituale?*.

³³ Discostandoci dall'assimilazione dell'arbitrato libero ad un arbitraggio della transazione (cfr. tra i primi PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 130 ss.; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 159; VECCHIONE, *Questioni sulla disciplina dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1953, IV, c. 1 ss.; SCHIZZEROTTO, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*³, Milano, 1988, *passim*; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*⁵, Padova, 2006, p. 79 ss.; RASCIO, *Clausola compromissoria e poteri transattivi degli arbitri*, in *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 63 ss.) o del negozio di accertamento (che trae origine da ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 308 ss.; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, Cortona, 1923, XI, p. 89 ss.), riteniamo l'arbitro libero comunque chiamato a rendere un giudizio in ordine ad una controversia tra le parti, seppure destinata a chiudersi con un lodo che manterrà carattere negoziale e non potrà mai essere depositato né passibile di esecutorietà.

³⁴ Autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità non significa vietare la decisione secondo diritto, ma al contrario dotare gli arbitri di uno spettro più ampio di prospettive: potranno decidere anche, ma non solo, seguendo criteri equitativi ove ritenuti più consoni e rispondenti alla giustizia del caso singolo.

della possibilità che le parti demandino agli arbitri una composizione della lite secondo diritto³⁵.

Punto focale della questione sorta nel caso concreto non è, in realtà, stabilire la possibilità di applicare o meno in via analogica l'art. 822 c.p.c.³⁶, ma ammettere che i compromittenti possano, nell'ambito della propria autonomia privata, decidere in base a quale criterio far dirimere la propria controversia³⁷. Ritenerne che ove le stesse optino per soluzione alternativa³⁸ della lite, ma conforme al diritto, debbano vincolarsi all'efficacia del lodo di cui agli artt. 824-*bis* e 825 c.p.c. appare non sostenibile e limitativo dei poteri delle parti.

Qualche breve riflessione merita, infine, l'affermazione che ritiene la clausola palesemente contraddittoria nella misura in cui attribuisce all'arbitro il potere di decidere come terzo³⁹ — che sarebbe caratteristica ontologica del giudice⁴⁰ — ma allo stesso tempo gli delega l'esercizio della volontà negoziale delle parti. Da questo, come anticipato, la pronuncia trae una manifestazione di volontà per due attività

³⁵ In tal senso si v. diffusamente MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, *passim*, spec. p. 117 s.; per la dottrina meno recente ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 338; LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato e le procedure arbitrali*, Milano, 1965, p. 95; CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 13 ss.; poi ancora FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig., disc. priv.*, Torino, 1957, p. 22 ss.; TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in questa rivista, 1991, p. 451.

In giurisprudenza tale compatibilità è espressamente riconosciuta da Cass., 19 dicembre 2008, n. 29772, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce « Arbitrato », n. 114; Cass., 14 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, I, c. 783, con nota di NELA; Cass., 23 febbraio 1981, n. 1070, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce cit., n. 124.

³⁶ Peraltro non dubitiamo che l'art. 822 c.p.c. sia passibile di applicazione analogica all'arbitrato irrituale, specie dopo l'inserimento dell'istituto nell'impianto codicistico, che ne fa risaltare la processualizzazione.

³⁷ Ciò sembra ancor più ineliminabile alla luce del nuovo art. 808-*ter*, comma 2°, n. 4 c.p.c.: nella previsione delle « regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo » rientrano sicuramente anche la scelta del metro di giudizio, diritto o equità.

³⁸ Intendiamo, ovviamente, alternativa alla giustizia statale.

³⁹ Su tale scia si potrebbe leggere anche l'obbligo della succinta motivazione previsto dalle parti nella clausola compromissoria. In realtà anche la dottrina che ricostruisce il fenomeno su base meramente negoziale ed alla luce del negozio *per relationem* ritiene compatibile la motivazione con l'arbitrato irrituale. Cfr. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, *passim*, spec. p. 221 che argomenta partendo dal comma 1° dell'art. 1349 c.c., ai sensi del quale l'*arbitrator* deve, comunque, procedere con equo apprezzamento. Anche Cass., 12 marzo 1983, n. 1852, in *Giur. piem.*, 1983, p. 708 ritiene la motivazione compatibile con l'arbitrato irrituale, pur ricostruito in termini negoziali.

⁴⁰ Che secondo la pronuncia in commento sarebbe colui il quale decide le controversie secondo il diritto, salvo i residuali spazi di equità.

incompatibili, con il conferimento in capo alla stessa persona della funzione di terzo e di *procurator* delle parti.

Che la funzione decisoria⁴¹ sia compatibile con la natura contrattuale della determinazione del terzo⁴² si evince in prima battuta dall'art. 808-*ter* c.p.c., che sebbene non direttamente applicabile al caso di specie, non fa che inserire nell'impianto codicistico un fenomeno, come ricostruito all'esito delle evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali in materia. La nuova norma sull'arbitrato irrituale delinea un istituto in cui deve essere rispettato il principio del contraddittorio, cardine ineliminabile del processo, ed al comma 2° utilizza espressioni che non richiamano quanto stabilito dalle norme codicistiche per l'arbitrato rituale⁴³. Non dubitiamo, quindi, che il lodo possa contenere una decisione del terzo.

L'arbitrato irrituale, sia esso ricostruito in termini processuali che negoziali, non è, a nostro avviso, un mero arbitraggio della transazione, ma un istituto che ammette una funzione decisoria in capo all'arbitro, pur

⁴¹ Non è questa la sede per approfondire le varie ricostruzioni che la dottrina ha dato del fenomeno, per il metodo di giudizio nell'arbitrato irrituale quale arbitraggio della transazione si v. RASCIO, *Clausola compromissoria e poteri transattivi degli arbitri*, in *Problemi attuali dell'arbitrato irrituale*, a cura di QUADRI, Napoli, 1994, p. 63 ss.; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*⁵, Padova, 2006. Sull'arbitrato di equità si v. anche TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 303 ss.; GALGANO, *L'equità degli arbitri*, in questa rivista, p. 409 ss.; Arb., 31 ottobre 2003, in *Riv. arb.*, 2004, p. 133 ss., con nota di RUFFINI, *Lodo secondo diritto ed arbitrato di equità*.

La pronuncia in commento sembra avvicinarsi sul punto ai più rigoristi che escludono la compatibilità del giudizio — sia esso di diritto o equità — con l'*aliquid datum aliquid retentum*, imprescindibile nella transazione: la soluzione negoziale possa essere frutto di un giudizio, ma non giudizio essa stessa.

⁴² Chi ricostruisce l'arbitrato irrituale su base prettamente negoziale riapre il dibattito sulla natura autonoma o eteronoma della soluzione della controversia. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 1182 ss., spec. n. 4, ritiene che la soluzione della lite non stia interamente nella volontà delle parti e opta per la soluzione eteronoma della lite. *Contra* si v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, Padova, 2006, p. 166 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 117; TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1614 ss. BOVE, *op. loc. ultt. citt.*, critica l'espressione utilizzata dal legislatore "determinazione contrattuale", ritenendo più opportuno riferirsi ad un negozio giuridico, anche se accessorio al contratto di transazione o accertamento concluso dalle parti nel momento della stipula del patto compromissorio.

⁴³ Non possiamo, purtroppo, addentrarci sul tema dell'applicabilità delle norme dettate per l'arbitrato rituale anche a quello libero, da valutarsi caso per caso. Contrari a tale applicazione sono, invece, BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit.; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 665 ss.

essendo destinato a terminare con un lodo che spiegherà la sua efficacia sul piano prettamente negoziale.

5. — La pronuncia in commento sembra avvicinarsi alle teorie, non più recenti, che vedono l'arbitro irrituale deputato a manifestare la volontà negoziale dei compromittenti. Riaffiorano, seppure non espressamente richiamate, le impostazioni che riconducono il fenomeno all'arbitraggio della transazione o del negozio d'accertamento.

Partendo da tali premesse il giudice ritiene la clausola compromissoria che preveda in capo al terzo la possibilità di decidere secondo diritto una controversia mediante un lodo contrattuale, radicalmente nulla e non interpretabile alla luce dei principi dell'ermeneutica contrattuale.

In realtà non riteniamo che la pronuncia secondo diritto sia incompatibile con l'arbitrato libero e, nel caso di specie, chiari erano i sintomi in favore dell'irritualità.

A noi sembra, poi, che l'arbitrato libero, anche in ragione del nuovo art. 808-ter, sia qualcosa di più e, sia esso ricostruito in chiave processualista — come da noi sostenuto — o negozialista, palesa la figura di un soggetto terzo chiamato a dirimere una controversia attraverso un lodo che avrà efficacia contrattuale.

È proprio negli effetti della decisione che riteniamo vadano ricercate le differenze con l'omologo rituale, questo suscettibile di deposito ed esecutorietà, non nel metodo di soluzione della lite.

CATERINA ARRIGONI

Dottore di ricerca in diritto processuale civile