

Capitolo Cinquantaduesimo

di Tomaso Galletto

SOMMARIO: 1. Il procedimento

1. Il procedimento

Libertà delle forme

Nell’ambito dell’arbitrato irrituale o improprio la libertà procedimentale degli arbitri incontra i **solli limiti** derivanti da specifiche indicazioni rinvenibili nel patto compromissorio (e come tali vincolanti perché derivanti dalla volontà delle parti) e dal divieto della violazione del principio del contraddittorio.

Si ritiene infatti comunemente che il procedimento arbitrale irrituale **non** debba essere necessariamente scandito dalle **sequenze procedurali tipiche** non solo del procedimento ordinario di cognizione ma nemmeno di quelle, assai più libere e flessibili, che gli arbitri possono adottare nell’ambito dell’arbitrato rituale (ove naturalmente non siano impegnati *ex art. 816 c.p.c.* a seguire le regole del codice di rito).

Il procedimento può conseguentemente svilupparsi nelle forme che gli arbitri (e le parti) ritengano più confacenti alla fattispecie, essendo indispensabile soltanto che ciascuna delle parti sia posta in grado non soltanto di rappresentare compiutamente agli arbitri la propria posizione e le ragioni che la giustificano e, per converso, di conoscere le deduzioni e le richieste avversarie allo scopo di poter interloquire in ordine a queste.

Principio del contraddittorio

La più recente giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi della questione relativa al contenuto minimo essenziale del procedimento per arbitrato irrituale affermando che: *“Anche nell’arbitrato irrituale si impone il rispetto del principio del contraddittorio, la cui operatività comporta che gli arbitri conoscano compiutamente i punti di vista degli interessati e che questi ultimi conoscano ciò che le altre parti hanno detto o fatto conoscere agli arbitri, nonché gli elementi di fatto esterni, rilevanti per la controversia, che gli arbitri stessi abbiano acquisito; l’osservanza del detto principio non implica invece che le parti siano poste a conoscenza degli elementi di valutazione e delle argomentazioni che gli arbitri intendano adottate a fondamento del proprio giudizio (nella specie, alla stregua di tale principio, la suprema corte ha negato che costituisse violazione del contraddittorio la mancata conoscenza del contenuto di un parere tecnico sulle caratteristiche di un prodotto chimico-farmaceutico*

che l'arbitro aveva chiesto ad un consulente, fatto conoscere alle parti prima della decisione)¹.

Analoghi principi sono stati ribaditi osservandosi che: *“Nell'arbitrato irrituale il contraddittorio va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronunzia arbitrale voluta dai compromittenti; esso non si articola, quindi, necessariamente, in forme rigorose e in fasi progressive, regolate dall'arbitro – eventualmente – anche mediante richiamo a quelle del giudice ordinario, fra cui quelle relative alle udienze di comparizione e di audizione delle parti, ma si realizza nei limiti in cui possa assicurarsi alle parti la possibilità di conoscere le rispettive ragioni e difendersi, di modo che ognuna deve avere la possibilità di farsi valere e di contrastare le ragioni avversarie; pertanto, è sufficiente che l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia, e ove questi siano acquisiti mediante l'assunzione di prove, la relativa istruttoria non può essere segreta, ma deve essere svolta dando alle parti la possibilità d'intervenire e di conoscere i suoi risultati (in applicazione di tale principio la corte ha respinto il ricorso con il quale una delle parti si doleva della mancata redazione di un verbale delle operazioni e della mancata comunicazione delle attività compiute, prima dell'emissione della decisione finale, senza allegare e provare il compimento di uno specifico atto istruttorio diverso dall'esame dei documenti versati da ciascuna di esse)”*².

Occorre peraltro rilevare che nella prassi si assiste ad una **tendenziale proceduralizzazione** dell'arbitrato irrituale o improprio sul modello dell'arbitrato rituale, sicché non è infrequente che, anche nella fattispecie considerata, l'*iter* procedimentale sia scandito in una serie di udienze, si dia corso ad una istruttoria sulla falsa riga della istruttoria del codice di rito, si fissi una udienza di discussione e si assegnino termini per le difese finali.

Naturalmente tale evenienza discende da una espressa volontà delle parti ovvero degli arbitri in tal senso non essendovi, come più volte ribadito, uno specifico obbligo di attenersi a regole procedimentale tipiche nell'ambito dell'arbitrato improprio o irrituale. Sul punto, e sul presupposto naturalmente che le parti non abbiano diversamente disposto, la giurisprudenza si è chiaramente espressa nel senso che: *“Nell'arbitrato libero o irrituale, traducendosi questo in una regolamentazione negoziale della contesa, in esecuzione di mandato ricevuto, gli arbitri non sono tenuti a prefissare termini alle parti nemmeno per quanto attiene al potere di presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche, essendo*

¹ Cass., sez. I, 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Mass.*, 2004.

² Cass., sez. I, 8 settembre 2004, n. 18049, in *Mass.*, 2004.

sufficiente che le parti stesse abbiano avuto comunque – in qualsiasi tempo e modo prima della pronuncia arbitrale – la possibilità di esplicitare la loro attività assertiva e deduttiva; tuttavia, una volta che gli arbitri hanno assegnato alle parti termini per la presentazione di memorie, repliche e per la discussione, qualora si presenti la necessità di modificare tali termini (come avvenuto nel caso di specie per la proroga concessa al consulente tecnico d'ufficio per il deposito della sua relazione) restano vincolati, in virtù del generale principio di correttezza e buona fede, da questo loro comportamento e conseguentemente sono tenuti a fissare nuovi termini e a darne tempestiva comunicazione alle parti, avendo il comportamento tenuto in precedenza circa la regolamentazione dell'attività delle parti ingenerato in queste un legittimo affidamento sulla rigorosa regolamentazione, mediante la fissazione di termini, della loro attività. Qualora omettano di adottare una simile condotta, gli arbitri violano i fondamentali principi di diligenza, collaborazione e buona fede incumbenti agli stessi in esecuzione del mandato³.

Ferma restando la più ampia libertà delle parti e degli arbitri di determinate quindi autonomamente l'iter procedimentale nell'arbitrato irrituale, non può non rilevarsi tuttavia che al di là del rispetto ineludibile del principio del contraddittorio, del quale si è discusso in precedenza, dalla esperienza emergano fattispecie in cui necessariamente si innestano nel procedimento per arbitrato irrituale alcune regole processuali.

**Nomina
giudiziale**

Intanto deve ricordarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la nomina giudiziale dell'arbitro quando sia mancata la designazione di parte, disciplinata dall'art. 810 c.p.c. per l'arbitrato rituale, deve intendersi applicabile anche con riferimento all'arbitrato irrituale⁴.

E' vero che la ragione della ritenuta applicabilità analogica dell'art. 810 c.p.c. all'arbitrato irrituale è stata motivata con l'esatto rilievo che la nomina dell'arbitro attiene alla fase di esecuzione del patto compromissorio e non a quella, successiva, del procedimento arbitrale e tuttavia non vi è dubbio che anche la citata decisione incide sul fenomeno della cosiddetta processualizzazione dell'arbitrato libero.

**Applicabilità
dell'art. 823,
3° co. C.p.c.**

Altri elementi di riflessione si rinvengono nella ritenuta applicabilità anche al lodo irrituale della regola di cui all'art. 823, comma 3, c.p.c., relativa alla validità del lodo **sottoscritto** dalla **maggioranza degli arbitri** nonché di quella che impone a pena di nullità la redazione in forma scritta del relativo lodo.

³ Cass., 9 marzo 2001, n. 3463, in *GCM*, 2001, 445.

⁴ Cass., S.U., 3 luglio 1989, n. 3189, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 1180.

Termine per la
pronuncia

Sembrerebbe invece **non applicabile** al procedimento arbitrale irrituale la **disciplina legale** del termine per la pronuncia, potendo questo essere fissato giudizialmente a norma dell'art. 1183, comma 1, cod.civ.⁵.

Sul punto, allora, può concludersi in sintonia con la dottrina che: *“La diffusione dei principi e delle regole dell'arbitrato rituale nell'ambito dell'arbitrato libero è, come si è visto, il risultato di una miglior comprensione della natura del fenomeno arbitrale, piuttosto che di una scelta normativa.*

Il legislatore della novella, in conclusione, non ha voluto disciplinare una forma tipizzata di arbitrato contrattuale, né ha voluto cancellare l'arbitrato libero. Quest'ultimo continua, anche dopo la novella, ad avere nell'autonomia negoziale la propria origine, il proprio sviluppo ed il proprio epilogo fermo restando, come si è detto, che le forme del modello legale disciplinano lo svolgimento dell'arbitrato libero quando le parti lo vogliano nell'esercizio della propria autonomia ma, conviene notarlo, non soltanto quando tale sia la volontà delle parti.

Infatti, si è visto nelle pagine precedenti che la struttura stessa dell'arbitrato reclama quelle garanzie «inviolabili» che debbono essere presenti ogni qual volta vi sia un giudizio: così anche l'arbitrato libero viene per certi profili «ritualizzato», senza che ciò ne alteri le caratteristiche fondamentali o renda la sua presenza priva di residua giustificazione. Mi sembra anzi che si dovrà parlare, piuttosto, di un rafforzamento dell'arbitrato libero e di un incentivo alla propensione delle parti di servirsi dell'arbitrato libero per la risoluzione delle proprie controversie⁶.

Naturalmente a seconda delle ricostruzioni in ordine alla natura giuridica dell'arbitrato irrituale alle quali si voglia aderire il discorso in ordine al procedimento da adottarsi nell'ambito di questo tipo di arbitrato si diversifica radicalmente.

Ove si accolga la tesi, propugnata da autorevole dottrina, ed in qualche misura desumibile dai recenti orientamenti della Suprema Corte, della identità di genere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale per essere entrambi processi privati per giustizia cognitiva ne consegue una sostanziale comunanza di disciplina, anche procedimentale, fatta eccezione soltanto per la possibilità di omologazione del lodo che assurge a caratteristica distintiva del lodo rituale, rispetto a quello irrituale⁷.

⁵ In questo senso v. Cass., 16 novembre 1988, n. 6203, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 615.

⁶ F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. Arb.*, 1991, 743 ss.

⁷ Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2004, 661 ss., spec. 668.

All'estremo opposto si pone invece l'orientamento secondo cui il fenomeno dell'arbitrato irrituale si colloca integralmente nell'ambito dell'autonomia negoziale con la conseguenza che anche il procedimento che si svolge davanti agli arbitri irrituali è connotato dalla predicata autonomia delle parti e non sono pertanto richiamabili in quest'ultimo procedimento regole che attengono specificamente il procedimento per arbitrato rituale⁸.

E' comunque interessante notare che il procedimento per arbitrato irrituale, quale che sia la natura decisoria o negoziale che si intenda attribuire a tale forma di arbitrato, soggiace come già si è detto a talune regole ineludibili, tra le quali è già stato ricordato il necessario rispetto della regola del contraddittorio.

**Terzietà
dell'arbitro**

Anche con riguardo alla posizione degli arbitri, tuttavia, emergono segnali che inducono a ritenere che la necessaria posizione di **equidistanza** degli arbitri **dalle parti** (c.d. **terzietà dell'arbitro**, che si sostanzia nella regola dell'imparzialità) possa rilevare, se vulnerata, nell'ambito del procedimento per arbitrato irrituale.

Nell'ipotesi in cui insorga **tra gli arbitri** e le **parti** una qualche **controversia**, quale ad esempio quella in ordine alla persistenza o meno del mandato loro conferito a seguito del decorso del termine ovvero a seguito del recesso di una delle parti per giusta causa, si è recentemente ritenuto che agli arbitri sia **inibita** ogni **ulteriore attività** non potendo essi ulteriormente valutare la fondatezza o meno delle obiezioni mosse da una delle parti in ordine alla persistenza del loro incarico. Si è infatti ritenuto che: *"Data la specificità dell'incarico – diretto a porre fine, anche se con l'espletamento di attività sul piano ed in forma negoziale, ad una lite insorta tra i mandanti – anche nell'arbitrato libero o irrituale gli arbitri sono vincolati dall'obbligo di eseguire il loro mandato in posizione di equidistanza dalle parti e tale situazione sicuramente viene meno nel momento in cui tra gli arbitri e le parti insorga una qualche controversia. Pertanto, qualora anche uno soltanto dei mandanti revochi il mandato per giusta causa e promuova azione giudiziale per l'accertamento, in conseguenza della intimata revoca, dell'estinzione del mandato, il suddetto obbligo specifico, oltre che il più generale dovere di correttezza, impone agli arbitri di sospendere immediatamente ogni attività, non essendo loro consentito valutare autonomamente, trattandosi di fatti che li riguardano direttamente, se detti fatti siano idonei o meno a giustificare la revoca del mandato, ed esclusa – nell'esercizio di un non consentito potere di autotutela – tale idoneità, proseguire nello svolgimento dell'incarico in situazione conflittuale con una delle parti"*⁹.

⁸ In questo senso v. recentemente M. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, op. cit., *passim*.

⁹ Cass., I sez., 9 marzo 2001, n. 3463, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, II, 609 ss.