



IL DILEMMA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE ALLA LUCE DEL D.LGS 40/2006¹

Paolo Marzolini

La convenzione arbitrale costituisce, al contempo, la via d'accesso allo strumento arbitrale ed il fondamento essenziale del potere decisorio degli arbitri. Essa è il presupposto imprescindibile di ogni arbitrato ed il mezzo, duttile e malleabile, nelle mani delle parti, le quali, sfruttandone in maniera auspicabilmente consapevole le molteplici potenzialità, possono ritagliare la futura procedura arbitrale sulle proprie esigenze. La signoria delle parti sull'arbitrato trova massima estrinsecazione proprio all'atto della sottoscrizione della convenzione; assumendo quest'ultima la forma e la struttura della clausola compromissoria (inserita in un contratto) ovvero del compromesso (a lite già insorta). Per tutte queste ragioni l'atto di "confezionamento" della convenzione arbitrale costituisce un momento centrale suscettibile di influire fortemente sulla futura decisione della lite. Obiettivo di questo intervento sarà, appunto, quello di delineare brevemente le opzioni che si dischiudono alla scelta dei patiscenti, privilegiando nell'esposizione una panoramica sulle strade imboccate dal legislatore italiano nell'ambito della recente riforma dell'intera materia arbitrale (D.Lgs. 40/2006).

Premesse minime

1. Innanzitutto, "convenzione d'arbitrato" è **terminologia** nuova per l'orizzonte legislativo nazionale, con essa, mutuando una prassi da tempo invalsa anche a livello internazionale, s'intende racchiudere, in un'unica definizione, sia, da un lato, la clausola compromissoria sia, dall'altro lato, il compromesso.
2. Il compromesso (art. 807 c.p.c.) e la clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.) debbono, a pena di nullità, rispettare il requisito della **forma scritta**. Per il compromesso, l'art. 807, 1° co. c.p.c. richiede, inoltre, l'indicazione specifica dell'oggetto del contendere.

N.B.: alcuni problemi di coordinamento sono stati individuati nel fatto che l'art. 807 c.p.c., richiamato anche dall'art. 808, 1° co. c.p.c., non riproduce le facilitazioni un tempo contenute all'art. 833 c.p.c., dettato in tema di forma della clausola compromissoria nel capo dedicato all'arbitrato internazionale ora abrogato. Il 1° co. di quest'ultimo articolo, infatti, eliminava l'obbligo di doppia sottoscrizione per le clausole contenute in condizioni generali di contratto o in moduli o formulari (artt. 1341 e 1342 c.c.). Il 2° co., invece, riconosceva espressamente la validità di clausole compromissorie stipulate *per relationem*, ogniqualvolta le parti conoscessero ovvero avrebbero dovuto conoscere, usando l'ordinaria diligenza, le condizioni generali di contratto cui venisse fatto rinvio. Il nuovo dettato dell'art. 807 c.p.c. non riproduce le peculiarità sopra descritte, con il rischio di irrigidire sensibilmente il formalismo per quelle convenzioni arbitrali

¹Il presente scritto costituisce la riproposizione con alcuni ampliamenti della relazione tenuta dall'autore nel corso del Seminario "ARBITRATION AND THE ITALIAN MARKET", organizzato dallo Studio Legale Bird & Bird, tenutosi a Milano il 1° giugno 2006.

che afferiscano rapporti di matrice transnazionale. Pertanto, laddove in futuro s'affermasse una lettura a maglie strette della nuova disciplina, si potrebbe parlare di un passo indietro rispetto alla soluzione adottata dal legislatore del 1994.

3. Le parti potranno far decidere le loro controversie da arbitri purché queste ultime vertano su **diritti disponibili**.
4. L'art. 808, 2° co. c.p.c. sancisce il **principio dell'autonomia della clausola compromissoria**. Secondo il detto principio – già affermato nell'art. 808, 3° co. c.p.c. nella sua formulazione ante riforma – la validità della clausola medesima deve essere valutata autonomamente rispetto a quella del contratto al quale accede.
5. Novità contenuta nel D.Lgs. 40/2006 è quella fatta propria dall'art. 808-bis c.p.c. secondo il quale *“le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future a uno o più rapporti non contrattuali determinati. La convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807”*.
N.B. il riferimento alle sole controversie future scaturisce dal fatto che, anche prima dell'introduzione del presente articolo, non si dubitava fosse possibile devolvere in arbitrato, tramite compromesso, queste tipologie di controversie afferenti rapporti non derivanti da contratto.
ESEMPI: si riportano, di seguito, alcuni esempi di liti non contrattuali che potrebbero in base alla norma di cui sopra, essere ora rimesse alla decisione di arbitri:
 - a. controversie sulle conseguenze risarcitorie da fatto illecito;
 - b. controversie sulla responsabilità pre-contrattuale (art. 1337 c.c.);
 - c. controversie per atti di concorrenza sleale; ecc.
6. **Interpretazione della convenzione d'arbitrato in senso estensivo.**
Riferimento art. 808-*quater* c.p.c.: la competenza arbitrale, nel dubbio, si estende a tutte le controversie che derivino dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.
7. **Sopravvivenza della convenzione arbitrale.**
Riferimento art. 808-*quinquies* c.p.c.: l'efficacia della convenzione arbitrale permane anche in caso di conclusione del procedimento senza una pronuncia sul merito da parte degli arbitri.
8. **La disciplina transitoria.**
La disciplina della convenzione arbitrale come modificata dal D.Lgs. 40/2006 è applicabile a quelle convenzioni che siano state stipulate dopo il 2 marzo 2006, data di entrata in vigore della disciplina medesima (art. 27 D.Lgs. 40/2006).

Le opzioni rimesse alle parti

1. **La scelta circa il numero di arbitri e le modalità per la loro nomina.**
 - 1.1 **Numero:** Le parti sono libere di determinarsi in ordine al numero degli arbitri, purché in numero dispari (art. 809, 1° co. c.p.c.).

In assenza di una specifica indicazione, la presunzione del legislatore italiano è per tre arbitri (art. 809, 3° co. c.p.c.); la presunzione del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano – così come di altri regolamenti di istituzioni arbitrali internazionali es. ICC (art. 8.2) – è, invece, per l'Arbitro Unico (art. 14.2 Reg. Cam.). Le ragioni di quest'ultima soluzione sono facilmente individuabili: contenimento dei costi nonché concentrazione dei tempi e delle attività procedurali in senso lato. L'Arbitro Unico, nella prassi della Camera Arbitrale di Milano, ha dimostrato grande efficacia per le controversie di valore medio-basso, tuttavia lo stesso Regolamento prevede che nel caso in cui la complessità della controversia o il suo valore lo richieda il Consiglio Arbitrale dell'Istituzione possa procedere alla nomina di tre arbitri (sempre nel caso in cui la convenzione arbitrale fosse silente sul punto).

1.2. Modalità di nomina: Anche sul tema le parti sono libere di indicare nella convenzione arbitrale le modalità attraverso le quali si debba procedere alla nomina degli arbitri, riservandosi, dunque, la possibilità di agire direttamente, ovvero delegando tale compito ad un soggetto terzo, ovvero, infine, combinando questi due sistemi. Il principio generale che, comunque, deve essere sempre rispettato è la parità di potere in capo a ciascuna parte volto a contribuire alla formazione del Tribunale Arbitrale.

La legge processuale italiana così come i regolamenti di istituzioni arbitrali prevedono, poi, meccanismi d'intervento nella nomina sia qualora la convenzione arbitrale non si sia espressa in merito, sia nel caso in cui una delle parti, pur avendone diritto, non abbia contribuito alla nomina dell'arbitro di propria competenza (art. 810 c.p.c. e art. 15 Reg. Cam.).

N.B. Si registrano, altresì, delle compressioni – legislativamente poste – dell'autonomia delle parti in ordine alle modalità di nomina dei componenti il Tribunale Arbitrale: ad es. art. 34, 2° co. D.Lgs. 5/2003, in tema di nomina eterodiretta da parte di un soggetto estraneo alla compagine sociale nelle controversie societarie compromesse in arbitri.

Le parti, all'atto della sottoscrizione della propria convenzione arbitrale dovranno, altresì, valutare la possibilità che la controversia che, eventualmente, le veda protagoniste possa assumere i contorni dei c.d. **arbitrati con pluralità di parti**. In materia il legislatore della riforma del 2006 è intervenuto con una disposizione che costituisce una sostanziale novità nel quadro normativo nazionale. Il nuovo art. 816-*quater* c.p.c. prevede che qualora ad essere legate dalla medesima convenzione arbitrale siano più di due parti, ciascuna di esse possa convenire tutte o parte delle altre nel medesimo procedimento arbitrale a condizione 1) che la nomina degli arbitri sia devoluta ad un soggetto terzo (ad. es. un'istituzione arbitrale); 2) che le parti procedano di comune accordo alla designazione degli arbitri; ovvero 3) che le parti convenute, dopo che la prima abbia nominato il proprio, procedano di comune accordo alla nomina o affidino tale incumbente ad un terzo. Il 2° co. della medesima disposizione prevede, poi, che qualora almeno una delle condizioni *sub* 1); 2) o 3) non si realizzi il procedimento si scinda in tanti sottoprocedimenti quante sono le parti nei cui confronti l'arbitrato sia stato mosso.

I problemi legati all'arbitrato con pluralità di parti, sono da tempo noti alla prassi arbitrale nazionale ed internazionale, ed in passato hanno portato diverse istituzioni arbitrali a prevedere, nei propri regolamenti, soluzioni che ovviassero ai frequenti casi di stallo della procedura in fase di composizione dei Tribunali

Arbitrali, con una conseguente certa compressione dell'autonomia dei contraenti. In questo senso si rinvia, ad esempio, all'art. 16 del Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, il quale riconosce alla medesima Istituzione il potere di nomina di tutti gli arbitri, anche in deroga rispetto a quanto contemplato nella convenzione arbitrale, nel momento in cui la domanda di arbitrato sia stata proposta da più parti o contro più parti. Con una certa assonanza rispetto alla legislazione nazionale è poi previsto che qualora le parti si raggruppino inizialmente in due sole unità (c.d. centri d'imputazione di interessi) nominando ciascuna delle dette unità un arbitro, all'Istituzione sarà unicamente riservata la nomina del terzo arbitro con funzioni di Presidente del Tribunale Arbitrale. In tali ultimi casi, in maniera artificiale, verrebbe, infatti, a ricostituirsi quella bilateralità di rapporti, potenzialmente posta in crisi dall'esistenza di una molteplicità di parti.

2. Le parti possono, altresì, determinare quali caratteristiche debba avere un arbitro.

Ad es. potrebbe essere indicato in convenzione arbitrale che l'Arbitro Unico debba appartenere all'ordine degli ingegneri, avvocati; ovvero che il Presidente del Tribunale Arbitrale debba essere milanese, ecc. Tale potere è desumibile da quanto statuito dall'art. 815, 1° co. n. 1) ove, tra i motivi tassativi di ricsuzione dell'arbitro, è annoverato il fatto che questi non presenti le qualifiche espressamente convenute dalle parti.

3. Le parti possono indicare nella propria convenzione arbitrale il nominativo dell'arbitro o degli arbitri incaricati di decidere la controversia (c.d. Convenzioni arbitrali con nomina *ad personam*).

Il problema con tali tipi di convenzioni risiede nella possibilità che l'arbitro personalmente individuato, possa venir meno prima dello svolgimento dell'arbitrato. Cosa rimane della volontà delle parti di devolvere in arbitri la controversia? La nomina effettuata in convenzione era o meno caratterizzata dall'*intuitus personae*? La risposta in senso affermativo a quest'ultimo quesito potrebbe, infatti, comportare l'inefficacia e l'inoperatività della convenzione medesima.

4. La scelta tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale.

Arbitrato rituale, focalizzandosi esclusivamente sulla portata del suo atto conclusivo tipico, è quell'arbitrato che si conclude con una pronuncia (lodo) che, dal momento dell'ultima sottoscrizione apposta da uno degli arbitri, ha gli stessi effetti (esclusa la possibilità di divenire titolo esecutivo, che il lodo riceve attraverso il deposito *ex art. 825 c.p.c.*) di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria (art. 824-*bis* c.p.c.).

Arbitrato irrituale, al contrario, sarebbe caratterizzato dal fatto che il lodo assumerebbe gli stessi effetti di una determinazione contrattuale (art. 808-*ter* c.p.c.).

Suggerimento: Un certa dottrina ritiene non sia sufficiente che le parti nella propria convenzione arbitrale abbiano espressamente riportato il termine "irrituale" per fare in modo che l'arbitrato si connoti come tale (ciò a maggior ragione varrebbe per espressioni quali "*senza formalità di procedura*"; "*pronuncia di lodo inappellabile*"; "*arbitri amichevoli compositori*", ecc.). Il dettato dell'art. 808-*ter* c.p.c. sembrerebbe, invece, richiedere che venga utilizzata

una formula di questo tipo “le parti espressamente convengono che, in deroga a quanto stabilito dall’art. 824-bis c.p.c., la controversia venga definita dagli arbitri (o dall’arbitro unico) mediante determinazione contrattuale”.

Novità: l’art. 808-ter c.p.c., 1° co. c.p.c. statuisce, inoltre, che in assenza di una specificazione quale quella sopra riportata, l’arbitrato debba essere inteso come rituale (**presunzione di ritualità**).

5. La scelta tra decisione secondo diritto o decisione secondo equità.

L’art. 822 c.p.c. recita “*gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità”.*

6. La scelta delle norme di diritto applicabili al merito della controversia.

Interessante il raffronto con quanto veniva previsto nel previgente art. 834 c.p.c. dettato in tema di arbitrato internazionale. La detta norma riconosceva, infatti, “[al]le parti [...] la facoltà di stabilire d’accordo tra loro le norme di diritto che gli arbitri debbono applicare al merito della controversia oppure di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità”.

E’ da ritenere che permanga in capo alle parti la facoltà di scelta di quali norme di diritto gli arbitri debbano applicare nella loro decisione. Si pensi, nello specifico, alla possibilità di richiamare il diritto (sostanziale) di Stati stranieri, così come di rinviare a sistemi di norme elaborate in ambito internazionale, cd. *soft laws* (es. Principi UNIDROIT 2004 dei contratti commerciali internazionali).

7. Scelta della sede dell’arbitrato.

La sede dell’arbitrato è il criterio in base al quale un lodo può essere definito **interno** ovvero **estero**. Quest’ultima è l’unica macro-distinzione residua presente nel nostro ordinamento, dopo l’eliminazione del capo del codice di rito dedicato all’arbitrato internazionale.

La sede, inoltre, è concetto fondamentale:

- a. per l’individuazione del giudice competente ad intervenire ai sensi dell’art. 810 c.p.c. (nomina degli arbitri);
- b. per l’individuazione del giudice competente ad intervenire per la sostituzione dell’arbitro ai sensi dell’art. 813-bis c.p.c.;
- c. per l’individuazione del giudice competente a liquidare le spese e gli onorari degli arbitri ai sensi dell’art. 814, 2° co. c.p.c.;
- d. per l’individuazione del giudice competente a decidere sulla ricusazione ai sensi dell’art. 815, 3° co. c.p.c.;
- e. per l’individuazione del giudice competente a disporre l’accompagnamento coattivo del testimone renitente ai sensi dell’art. 816-ter, 3° co. c.p.c.;
- f. per l’individuazione del giudice competente a concedere la proroga del termine di deposito del lodo ai sensi dell’art. 820, 2° co. lett. b);
- g. per l’individuazione del giudice competente a pronunciare l’*exequatur* del lodo rituale ai sensi dell’art. 825 c.p.c.;
- h. per l’individuazione del giudice competente a correggere il lodo nei casi previsti dall’art. 826, 4° co. c.p.c.;
- i. per l’individuazione della Corte d’Appello competente a decidere dell’impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell’art. 828 c.p.c.

- j. per l'individuazione del giudice competente a decidere sulla revocazione o sull'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 831 c.p.c.;
- k. la sede, da ultimo, è fondamentale al fine dell'individuazione del diritto processuale applicabile all'arbitrato.

8. Scelta della lingua dell'arbitrato.

Riferimento corre all'art. 816-*bis*, 1° co. c.p.c.. Tale scelta ha evidentemente una valenza peculiare per quegli arbitrati che presentino caratteri di transnazionalità.

9. Scelta delle norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento.

Riferimento all'art. 816-*bis*, 1° co. c.p.c.. Teoricamente ammissibile anche il richiamo a norme processuali estere.

10. Indicazione del termine per la pronuncia del lodo.

Riferimento art. 820, 1° co. c.p.c..

In assenza di tale determinazione il termine è fissato dalla legge in 240 giorni dall'accettazione della nomina ad opera degli arbitri (art. 820, 2° co. c.p.c.).

11. Indicazione della volontà delle parti relative all'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relativamente al merito della controversia.

Riferimento: art. 829, 3° co. c.p.c.. Il sistema sopra delineato dal legislatore nazionale è sostanzialmente quello dell'*opt-in* (inversione di tendenza rispetto alla disciplina precedente che contemplava un modello *opt-out*, rif. art. 829, 2° co. c.p.c.).

In sostanza, le parti nella propria convenzione dovranno espressamente manifestare la propria volontà affinché il lodo futuro possa essere impugnato innanzi alla Corte d'appello competente anche per il mancato rispetto ad opera degli arbitri delle regole di diritto nella decisione del merito della controversia.

12. Indicazione specifica della volontà di non far decidere nel merito la controversia dalla Corte d'appello (in fase rescissoria) qualora il lodo sia annullato per i motivi di cui all'art. 829, 1° co. nn. 5); 6); 7); 8); 9); 11); 12); nonché commi 3°; 4°; 5° della medesima norma.

Riferimento: art. 830, 2° co. c.p.c. prima parte. In tali casi l'art. 830, 3° co. c.p.c. prevede, inoltre, espressamente che la convenzione arbitrale venga applicata, salvo che la nullità dipenda da nullità o inefficacia. Ciò significa, in buona sostanza, che il potere decisorio ritornerà agli arbitri ed, in particolare, ad un nuovo costituendo Tribunale Arbitrale.

Qualora tale espressa indicazione manchi, la Corte d'appello avrà il potere di decidere nel merito della controversia dopo aver dichiarato nullo il lodo (sistema *opt-out*).

13. Se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la Corte d'appello decide nel merito la controversia solo se le parti hanno così stabilito.

Riferimento art. 830, 2° co. c.p.c. seconda parte (sistema *opt-in*). Questa norma riprende il contenuto del previgente art. 838 c.p.c..

14. Scelta fra arbitrato *ad hoc* o arbitrato amministrato.

L'arbitrato amministrato è quel procedimento che si svolge sotto l'egida di un'istituzione arbitrale e con l'applicazione di un regolamento arbitrale dalla medesima predisposto.

Riferimento: art. 832 c.p.c. rubricato '*Rinvio a regolamenti arbitrati*'. Il detto articolo riconosce espressamente nel proprio 1° co. alle parti di poter far rinvio nella convenzione arbitrale a **regolamenti arbitrati precostituiti**. Tale definizione, pur essendo da ritenere in senso ampio riferibile all'arbitrato amministrato, sembra rimandare, in particolare, ad un altro modello arbitrale e cioè quello del c.d. **arbitrato regolamentato**, il quale si distingue da quello amministrato o istituzionale per il fatto che le parti richiamano esclusivamente un regolamento, senza che ciò implichi l'intervento di un'istituzione per la gestione del procedimento (es. rinvio al Regolamento UNCITRAL).

N.B. L'art. 832, 2° co. c.p.c., statuisce, poi, la prevalenza della convenzione arbitrale su quanto contenuto nel Regolamento arbitrale precostituito.

L'art. 832, 6° co. c.p.c., riconosce, infine, all'istituzione – e qui ci si muove in un ambito tipicamente riconducibile all'arbitrato istituzionale – il potere di rifiutare l'amministrazione dell'arbitrato. Tale rifiuto non fa venir meno l'efficacia della convenzione arbitrale, ciò importerà l'applicazione al procedimento degli artt. 806 ss. c.p.c. (in sostanza, arbitrato *ad hoc*, rituale).