

Beka Tavartkiladze

**LA SOSTITUZIONE DELL'ARBITRO
SUCCESSIVAMENTE
ALL'INTERVENTO DI UN TERZO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

La sostituzione dell'arbitro successivamente all'intervento di un terzo

BEKA TAVARTKILADZE (*)

1. Premessa. — 2. Gli effetti dell'intervento del terzo sulla convenzione arbitrale: l'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. — 2.1. (*segue*) l'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. — 3. L'applicazione della clausola binaria. — 3.1. (*segue*) l'intervento principale. — 3.2. (*segue*) l'intervento del litisconsorte necessario. — 4. La sostituzione dell'arbitro secondo un meccanismo diverso da quello stabilito nella convenzione. — 4.1. (*segue*) il potere delle parti di mutare le regole del procedimento arbitrale. — 4.2. (*segue*) la sostituzione dell'arbitro ad opera del terzo e la clausola di Andrioli. — 4.3. (*segue*) la designazione giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile. — 5. Conclusione.

1. Si ponga il caso in cui, successivamente all'intervento di un terzo estraneo alla convenzione arbitrale, venga meno un arbitro e lo si debba quindi sostituire. Come noto la sostituzione dell'arbitro è disciplinata dall'art. 811 c.p.c., il quale tuttavia prende in considerazione solamente il giudizio tra due parti ⁽¹⁾. Sicché, per definire le modalità di sostituzione dell'arbitro venuto meno nell'ipotesi appena vista, occorre risolvere due questioni. In primo luogo, è necessario chiarire se le disposizioni di cui all'art. 811 c.p.c. si applichino, oltre che all'arbitrato con due parti, anche all'arbitrato plurilaterale. In secondo luogo, occorre stabilire se le medesime disposizioni si possano invocare, tanto qualora la pluralità di parti sia originaria, quanto nel caso in cui essa sia sopravvenuta.

(*) Dottore di ricerca presso la Luiss-Guido Carli.

⁽¹⁾ Cfr. *Dell'arbitrato, Osservazioni di carattere generale*, Rel. Avv. Biamonti in *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, Vol. III, 1938, Roma, p. 613: « Il progetto, come del resto anche il codice vigente, regola l'arbitrato tra due [corsivo in originale] parti, come si desume da tutta la sistemazione della relativa disciplina e particolarmente dall'art. 603 [confluito nell'art. 810 c.p.c.]. Ma nell'economia attuale i rapporti plurilaterali assumono un'importanza sempre crescente ». Salvo che per la locuzione « *convenzione di arbitrato* », introdotta per mezzo del D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 (in supplemento ordinario n. 40 alla Gazzetta Ufficiale, 15 febbraio, n. 38) in luogo del binomio « *compromesso o clausola compromissoria* », l'attuale formulazione dell'art. 811 c.p.c. coincide con il testo originario di cui al codice di procedura civile approvato con R. D. L. 28 ottobre 1940, n. 1443 (in Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n. 253 del 28 ottobre 1940).

Circa il primo punto, si può affermare che l'art. 811 c.p.c. poggia sul principio per cui il venir meno di uno o di tutti gli arbitri non incide sulla perdurante efficacia della convenzione arbitrale⁽²⁾. Ebbene non pare possano esserci dubbi sulla validità di questo principio sia rispetto all'arbitrato bilaterale che a quello plurilaterale. Se la convenzione di arbitrato sopravvive al venir meno degli arbitri, ciò deve accadere a prescindere dal numero delle parti.

Preso atto che il venire meno degli arbitri non toglie efficacia e validità alla convenzione, l'art. 811 c.p.c. prevede che per la sostituzione dell'arbitro si seguano le stesse modalità disposte per la nomina⁽³⁾. Sulla base di tale assunto, si potrebbe allora dire che, ogniquale volta si postuli l'efficacia della medesima convenzione, tanto che si tratti di arbitrati originariamente bilaterali o plurilaterali, la sostituzione debba avvenire seguendo le stesse regole previste per la nomina.

(2) Satta S., *I procedimenti speciali*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Libro IV, parte II, Milano, 1971, p. 257: « la sostituzione degli arbitri è espressione della permanente volontà del compromesso, ed è possibile solo in quanto si considera come permanente questa volontà ». Il principio della perdurante efficacia della convenzione rispetto al venir meno di alcuno o di tutti gli arbitri — salvo il caso della designazione effettuata *intuitu personae* — è pacifico, v. Barbieri G., Bella E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 174; Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 1993, fasc. 1, p. 193 e ss.; Id., *Sostituzione degli arbitri*, in Briguglio A., Fazzalari E., Marengo R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 49; Di Mundo A., *Il mandato ad arbitrare*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa G. e Vigoriti V., Torino, 2013, p. 520, ivi ulteriori riferimenti *sub nota* n. 180; Giovannucci Orlandi C., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile, Artt. 806-840*, a cura di Carpi F., Bologna, 2007, p. 229; Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedetelli M.V., Consoletto C., Radicati di Brozolo L.G., Padova, 2010, p. 130, § 1.2. La sostituzione dell'arbitro venuto meno, di per sé, non rende nulli gli atti da questi compiuti, tra gli Autori citati così espressamente Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, *op. ult. cit.*, p. 131, § 4.1; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, Vol. I, p. 585; Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, *op. cit.*, p. 203 e ss. Sul punto però, diversi regolamenti precostituiti prevedono che le parti o gli arbitri, ovvero l'Istituzione che amministra il procedimento, possano valutare la possibilità di rinnovare alcuni atti, per un'approfondita disamina di dette eventualità *cfr.* Bestagno F., *L'organo arbitrale*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 742 e ss. Viene infine evidenziato che vengono fatti salvi gli effetti (sostanziali) della domanda di arbitrato, testualmente Giovannucci Orlandi C., *ibidem*; Salvaneschi L., *Dell'arbitrato, Artt. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2014, p. 258. Non è invece possibile proseguire il procedimento arbitrale qualora il venir meno dell'arbitro sia dovuto alla irregolarità della relativa nomina, sul punto *cfr.* Ruffini G., *ibidem*, p. 130, § 1.2 ivi riferimento a Cass. Sez. I, 28 novembre 2003 n. 18194 — seppur in materia di arbitrato irrituale la massima pare applicabile anche all'arbitrato rituale; Giovannucci Orlandi C., *ibidem*, p. 229 *sub nota* n. 2.

(3) Libere però le parti di prevedere meccanismi di sostituzione diversi da quelli stabiliti per la nomina, v. Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, *op. cit.*, p. 193; Di Mundo A., *Il mandato ad arbitrare*, *op. cit.*, p. 519; Fabbri A., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio L.P., Consoletto C., Sassani B., Vaccarella R., Torino, 2014, Vol. IV, p. 196; Giovannucci Orlandi C., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile*, *op. cit.*, p. 229, 230; Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 130, § 2.2; *cfr.* Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. I, p. 584, 585, *nota* n. 344, sostiene che, visto il principio di uniformità stabilito dall'art. 811 c.p.c., non sia possibile deferire la sostituzione dell'arbitro venuto meno agli arbitri superstiti.

Diverso invece il caso in cui, tra la nomina ed il venir meno dell'arbitro, sia intervenuto un terzo estraneo alla convenzione. Qui infatti si deve preliminarmente capire come l'intervento di quest'ultimo influisca sulla originaria convenzione arbitrale. Ciò al fine di definire se, nonostante la complicazione soggettiva, sia possibile postulare la perdurante efficacia e validità della medesima convenzione arbitrale che ha dato origine al giudizio. Il primo passo allora è determinare se per effetto dell'intervento del terzo si venga a stipulare una nuova convenzione — ed eventualmente con quali modalità. Il secondo è definire se, data la perdurante validità dell'originaria convenzione ovvero la stipulazione di una nuova, la sostituzione possa avvenire secondo quanto originariamente stabilito.

2. Prendendo le mosse dall'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° è stato detto *apertis verbis* che, sebbene si parli di consenso all'intervento, « *per ragioni sistematiche l'oggetto della richiesta manifestazione di volontà non può essere solo, e non sarà dunque tanto, la mera accessione al procedimento, quasi fosse un atto di misteriosa ospitalità endoprocessuale. L'incontro della volontà manifestata dal terzo interveniente e della convergente volontà delle parti deve essere così idonea a determinare il sorgere di una nuova convenzione arbitrale [...]* » (4). Gli effetti e la natura di detta convenzione sono tuttavia oggetto di differenti vedute (5).

Alcuni autori ritengono che si tratti di una convenzione *sui generis*, di natura ibrida, il cui oggetto è dato dal deferimento in arbitri « di quella sola, specifica lite già portata alla cognizione di quel preciso collegio

(4) Cit. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 4, 2012, p. 843, il quale ritiene che si tratti tuttavia di una convenzione *sui generis*. Sostengono che la formazione dell'accordo attorno all'intervento del terzo porti alla stipulazione di una nuova convenzione anche ANDRIOLI V., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, 1964, Napoli, p. 833; CARNACINI T., *Arbitrato rituale*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. I, Torino, 1958, p. 896; GRADI M., *l'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2010, fasc. 2, p. 298; LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 771; REDENTI E., *Compromesso*, *Nov. Dig. it.*, Vol. III, 1938, p. 485 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 756.

(5) L'affermazione per cui l'intervento del terzo passa attraverso la stipulazione di una nuova convenzione porta a ritenere, conformemente alla dottrina maggioritaria, che l'accordo delle parti e il consenso degli arbitri sia richiesto solamente qualora l'interveniente sia estraneo all'originaria convenzione arbitrale, cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 844; GRADI M., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato, op. cit.*, p. 219, 220 § 4.3 e § 4.4; LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III, tomo II, Padova, 2009, p. 779, 780; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol II, *op. cit.*, p. 127; RICCI G.F., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Arbitrato, op. cit.*, p. 455; SALVANESCHI L., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., Padova, 2010, p. 259; Id., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, *Dell'arbitrato, op. cit.*, p. 499. *Contra* GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1, p. 295; NELA P.L., *sub art. 816 quinquies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI S., Vol. II, Bologna, 2007, p. 1751.

arbitrale *ed ora ampliata* » (6). Secondo un altro orientamento, si tratterebbe invece di una vera e propria nuova convenzione con tutti i crismi (7). È stata infine avanzata l'ipotesi che la prestazione del consenso all'intervento del terzo, anziché portare alla stipulazione di una nuova convenzione seppur *sui generis*, estenda i limiti soggettivi di quella originaria (8).

D'altro canto, si è invece negato che l'intervento del terzo implichi necessariamente l'estensione dei limiti soggettivi della clausola compromissoria (9). Difatti, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., la mancata o la tardiva proposizione dell'eccezione di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione rispetto al terzo non condurrebbe all'estensione dei relativi limiti soggettivi, bensì avrebbe un'efficacia meramente endoprocedimentale (10). In particolare, alle parti verrebbe semplicemente preclusa la facoltà di impugnare il lodo adducendo detti vizi della convenzione — salvo il caso delle controversie non arbitrabili; non sarebbe invece preclusa tale facoltà qualora lo stesso giudizio si concluda in rito; né le parti sarebbero successivamente obbligate a far decidere dagli arbitri la controversia rispetto al terzo intervenuto (11).

In verità, pur senza poter approfondire il tema, ai fini del presente studio è opportuna una precisazione. Occorre cioè scindere i due profili: il

(6) Le parole « di quella sola, specifica lite » e « di quel preciso collegio arbitrale » sono in corsivo nel testo di CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 843; in senso conforme SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 505, così anche LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2013, p. 162, 163.

(7) MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 99, la cui posizione appare in verità isolata.

(8) Cfr. SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 505 « attraverso lo scambio dei consensi si forma (...) un nuovo accordo compromissorio (...), ovvero si integra il patto compromissorio già in essere ». Sulla tematica della modificazione dei limiti soggettivi della convenzione e della configurazione di questa come contratto aperto v. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, op. cit., p. 183 e ss. e le ulteriori fonti ivi citate.

(9) RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, Vol. I, p. 682, il quale sostiene che la successiva realizzazione del litisconsorzio nel procedimento arbitrale non dipenda necessariamente dalla estensione soggettiva della convenzione arbitrale. L'A. imputa la contraria opinione alla errata identificazione dell'ambito di efficacia della convenzione arbitrale con quella del lodo tralasciando invece il meccanismo preclusivo di cui all'art. 817 c.p.c. V. anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 97 e ss.; RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 1995, fasc. 4, p. 647.

(10) PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 97 e ss.; REDENTI E., *sub* Compromesso, in *Nov. dig. it. III*, Torino, 1959, p. 800; RICCI G.F., *sub* art. 817 c.p.c. in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 330; RUFFINI G., *sub* art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., op. cit., p. 287 e ss., in particolare p. 289; ID., *sub* art. 817 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 258, § 5. *Contra* MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 99 e ss. Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 850, il quale pur ritenendo che si venga a formare una convenzione *sui generis*, le attribuisce efficacia meramente endoprocedimentale. In maniera simile LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2013, p. 162, 163.

(11) Per una ricostruzione complessiva dei corollari v. MOTTO A., op. ult. cit., p. 102 e ss.

primo attiene alla modifica della convenzione per effetto della mancata proposizione dell'eccezione di cui all'art. 817 c.p.c. comma 2°; il secondo riguarda la sorte e l'efficacia di detta modifica. Che la mancata o tardiva proposizione dell'eccezione *de qua* conduca alla modificazione dei limiti della convenzione non pare sia revocabile in dubbio. Basti infatti considerare che, per effetto della mancata proposizione dell'eccezione, un terzo estraneo alla convenzione viene legittimato a partecipare al giudizio arbitrale che ne scaturisce. Né si può ritenere che un terzo possa partecipare al giudizio altrimenti se non divenendo parte della (nuova o modificata) convenzione ⁽¹²⁾ — pena una bizzarra « ospitalità endoprocedurale ». Una modifica della convenzione quindi c'è. Che tale modifica implichi la disposizione del diritto oggetto della controversia, ovvero abbia efficacia anche al di fuori del giudizio derivante dalla convenzione cui pertiene, è cosa diversa ⁽¹³⁾. Nulla infatti pare escludere che detta modifica possa essere limitata al singolo giudizio con una efficacia meramente endoprocedimentale ⁽¹⁴⁾.

In conclusione quindi, è dato ritenere che l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. comporti la modifica della originaria convenzione arbitrale. Ciò detto è però difficile definire gli istituti di diritto sostanziale per mezzo dei quali si realizza tale modifica. A seconda che si aderisca all'una o all'altra delle tesi sopra riportate, la transizione dalla lite tra due parti: a quella litisconsortile verrebbe spiegata con la sovrapposizione del nuovo compromesso *sui generis* alla originaria convenzione; oppure con una novazione *in parte qua* della originaria convenzione ⁽¹⁵⁾; ovvero con la semplice modificazione dei limiti soggettivi di questa. Ai fini del presente studio basta però notare la sostanziale sopravvivenza del contenuto della originaria convenzione, rispettivamente, per quanto non espressamente disciplinato dalla nuova

⁽¹²⁾ Oltre a nota n. 8, cfr. FAZZALARI E., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv.*, Vol. IV, Torino, 1987, p. 396; ID., *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 305 e ss.

⁽¹³⁾ Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, *op. cit.*, p. 843; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 162, 163; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 505, la quale pur aderendo alla ricostruzione della convenzione *sui generis* ritiene che questa possa avere efficacia anche in caso di chiusura in rito dell'arbitrato. Esplicativa l'affermazione di SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 231, integralmente riportata da MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 102 per cui « è la legge che amplia l'oggetto del contratto compromissorio, perché la preclusione dell'art. 817 c.p.c. si applica anche se non fosse stato nelle intenzioni delle parti ampliare l'oggetto del processo ».

⁽¹⁴⁾ In questo senso pare orientato LUISO F.P., *op. ult. cit.*, p. 162, 163. Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, *op. cit.*, p. 844, 846 secondo il quale, anche laddove le parti espressamente prestino il consenso all'intervento del terzo, l'efficacia di detto accordo sarebbe comunque limitata al singolo specifico giudizio.

⁽¹⁵⁾ Così MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, *op. cit.*, p. 102 in riferimento alla norma di cui all'art. 817 comma 2° c.p.c.

convenzione « *sui generis* » od oggetto di modifica. Il contenuto disciplinare della convenzione, avente ad oggetto le regole di svolgimento del procedimento, continuerà allora ad avere efficacia.

Pertanto, qualora successivamente all'intervento del terzo venga meno un arbitro, posta la continuità e la perdurante efficacia della originaria disciplina del procedimento contenuta nella convenzione, è possibile postulare che la sostituzione avvenga secondo quanto ivi disposto per la nomina. Laddove quindi, ad esempio, la convenzione contenga una clausola binaria, pur dopo l'intervento del terzo, la sostituzione dell'arbitro dovrà avvenire alla stregua di detto meccanismo. Prima però di elevare questa affermazione a regola generale, si consideri la seguente ipotesi.

Si pensi al caso di un procedimento arbitrale tra due imprese, le quali abbiano demandato ad un'associazione di categoria la nomina degli arbitri. Si immagini poi che nel procedimento così instaurato, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, intervenga un terzo alieno alla categoria di riferimento. In siffatta evenienza, alla luce dell'art. 832 comma 4° c.p.c. e della natura irrinunciabile della tutela ivi disposta⁽¹⁶⁾, si ritiene che la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno non possa avvenire in base a quanto previsto nella convenzione — *i.e.* demandando la nomina ad un'associazione rappresentativa di interessi di categoria cui il terzo sia estraneo.

Vero è che, in tal caso, l'intervento del terzo estraneo all'associazione di categoria difficilmente troverebbe d'accordo le parti originarie e gli arbitri. Tuttavia ciò non lo si può escludere. Inoltre, le questioni in oggetto potrebbero porsi anche in riferimento all'intervento del litisconsorte necessario, sempre ammesso ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°.

In sintesi, sopra si è vista una prima eccezione alla pretesa regola generale per cui, posta la sostanziale continuità tra la originaria convenzione arbitrale e quella *post* intervento del terzo, la sostituzione dell'arbitro venuto meno debba necessariamente avvenire secondo quanto previsto per la nomina.

⁽¹⁶⁾ Pacificamente l'art. 832 comma 4° c.p.c. attiene all'imparzialità e all'indipendenza dell'arbitro, *ex multis* AZZALI S., *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE A. e GIOVANNUCCI ORLANDI C., Torino, 2006, p. 54; BOCCAGNA S., *sub* art. 832 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, p. 1941, § 7; OCCHIPINTI E., *sub* art. 832, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di CAPPONI B. e BRIGUGLIO A., *op. cit.*, p. 1073; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. III, *op. cit.*, p. 68. Per tale motivo si ritiene che la relativa disciplina sia irrinunciabile ad opera delle parti, significativamente in questo senso LUISE F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, fasc. 3, p. 352: « [l'art. 832 comma 4°] ha la stessa ratio della ricasazione, perché la vicinanza del designante ad uno degli interessi in conflitto impedisce la formazione di un collegio imparziale. Poiché la disposizione attiene ad un profilo indisponibile dell'arbitrato, quale la terzietà del decidente, si deve ritenere che neppure l'eventuale accordo delle parti sia in grado di superare il divieto normativo ». Così anche ROVELLI L., *Società commerciali, clausola binaria e il nuovo testo dell'art. 809 c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_37.pdf, citato da RIGANTI F., *Clausola compromissoria binaria e arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 2, p. 338 *sub* note n. 8 e 9.

2.1. È ora necessario passare all'analisi dell'intervento del terzo litisconsorte necessario pretermesso. Le ipotesi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. non determinano il mutamento della controversia devoluta alla cognizione degli arbitri, o che avrebbe dovuto essere loro devoluta (17). Ciò posto, secondo la tesi che pare preferibile, l'ingresso del litisconsorte sarebbe assistito da una presunzione assoluta di consenso ad opera delle parti originarie della convenzione (18). Se infatti le parti hanno voluto devolvere agli arbitri una controversia ma questa non può essere decisa se non nel contraddittorio con un'altra parte, si presume che i paciscenti abbiano acconsentito alla partecipazione anche di questa (19). Tanto più che nel caso inverso, qualora il litisconsorte necessario non prenda parte al giudizio, quest'ultimo sarebbe improcedibile (20).

Si ritiene inoltre che anche l'intervento *ad adiuvandum* sia assistito da una presunzione assoluta di consenso alla partecipazione del terzo al procedimento. Il consenso però viene qui « *ipostatizzato in chiave oggettiva* »(21). Anche in questo frangente si ha riguardo alla volontà delle parti di devolvere agli arbitri la cognizione circa una determinata controversia, i cui limiti oggettivi, per definizione, non vengono a mutare in ragione

(17) L'assunto pare sia pacifico, ad ogni modo così espressamente LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 788; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Riv.*, 2013, fasc. 4, p. 894.

(18) CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 848 ss.; *Id.*, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 1416, 1417; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 482 e ss.; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 248. Si ritiene poi che non sia richiesto il consenso degli arbitri in quanto intervento non innovativo del *thema decidendum* cfr. LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 784; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile, op. cit.*, p. 291, 292; RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso, op. cit.*, p. 456.

(19) CONSOLO C., *ibidem*; in senso parzialmente conforme RUFFINI G., *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1991, fasc. 4, p. 551; *Id.*, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti, op. cit.*, 681, 682; *Id.*, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, fasc. 4, p. 649. Diversa la ricostruzione fornita da CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, fasc. 3, p. 593 e ss. In particolare l'A. ritiene che, in virtù del principio consensualistico ad essere sempre ammessi non possano che essere gli interventi *ex art. 102 c.p.c. e 105 c.p.c. comma 2°* di coloro che, terzi rispetto al procedimento, siano tuttavia parti della convenzione.

(20) Cfr. CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 843 e ss. In particolare a p. 849 l'A. cita la teoria del "contraente economicamente ragionevole" in SACCO R., *Il contratto invalido*, in *Il contratto*, vol. II, a cura di SACCO R., DE NOVA G., Torino, 2004, p. 546 e ss.

(21) CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 849; CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 1414. *Contra* SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 894, 895.

dell'intervento adesivo dipendente. Ciò pure se nel caso in questione la partecipazione del terzo non è una condizione necessaria per la procedibilità dell'arbitrato. (22).

Posto quanto sopra, è dato presumere *iuris et de iure* che le parti della originaria convenzione abbiano voluto — e vogliano ancora — devolvere agli arbitri una lite avente un determinato oggetto quando questo non muta.

Ricostruito il fenomeno dell'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. nei termini che precedono, è possibile ritenere che gli intervenienti *ex art.* 102 e 105 comma 2° c.p.c. facciano ingresso nella medesima convenzione arbitrale dalla quale scaturisce il procedimento (23). Ciò posto, si è avuto modo di vedere che la continuità nel contenuto disciplinare della convenzione, *ante* e *post* intervento del terzo, non indica che la sostituzione dell'arbitro debba di per sé avvenire secondo quanto disposto per la nomina. Inoltre, nel caso del litisconsorte necessario pretermesso, diversamente dalle ipotesi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c., posta comunque la permanenza della originaria convenzione arbitrale, si deve accertare che il contenuto disciplinare della stessa rimanga effettivamente inalterato.

Sul punto, occorre aprire una breve parentesi. Si afferma difatti che, in quanto volontari, l'intervento litisconsortile, principale e adesivo dipendente equivalgano ad accettazione della convenzione arbitrale predisposta dalle parti (24). Così come si afferma altresì che non vi sarebbe alcuna ragione per sottoporre l'intervento del litisconsorte necessario, pur sempre volontario, a sorte diversa rispetto alle altre ipotesi di intervento

(22) Cfr. CONSOLO C., *ibidem*, p. 849, il quale sostiene che così si prevengono « opposizioni di terzo e nuove liti, anche ordinarie, con il terzo stesso ». Vero è però che « per i terzi acquirenti, prima o in pendenza del processo, di una situazione giuridica sostanziale legata a quella oggetto della lite da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, l'alternativa tra la sottomissione ad arbitri alla cui nomina non abbiano partecipato e l'impotente attesa del risultato del giudizio arbitrale rischia di essere assai stretta » cit. RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, *op. cit.*, p. 669, 670, il quale ulteriormente distingue a seconda del caso in cui la nomina del collegio sia rimessa ad un terzo, ovvero risulti demandata alle parti. Cfr. FESTI F., *Litisconsorzio successivo e parzialità del tribunale arbitrale*, in questa *Rivista*, 2008, fasc. 4, p. 507 e ss. la quale ritiene possibile che il terzo intervenuto possa eventualmente impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c. comma 1° n. 2, ovvero ai sensi del comma 3° del medesimo articolo per « *contrarietà all'ordine pubblico* » (processuale).

(23) Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, *op. cit.*, p. 183 e ss. già citata *sub nota* n. 8.

(24) CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, fasc. 3, p. 597; LIPARI G., *sub art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, 782; LUISE F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SALVANESCHI L., *sub Art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 260; *Id.*, *Dell'arbitrato*, *Art. 806-840*, *op. cit.*, p. 507, 508; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, *op. cit.*, p. 894. Critico verso questo approccio GRADI M., *sub art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, p. 1737, § 10, il quale cita altresì PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 129.

parimenti volontario⁽²⁵⁾. Anche la parte necessaria pretermessa infatti avrebbe la possibilità di scegliere se intervenire, quindi implicitamente accettare i termini della convenzione, ovvero non intervenire affatto. Se così è, si dovrebbe concludere che, intervenuto il litisconsorte necessario, accettata la convenzione, il contenuto di questa rimanga inalterato. Il giudizio dovrebbe allora proseguire secondo quanto originariamente stabilito, pertanto la sostituzione dell'arbitro dovrebbe avvenire secondo già disposto per la nomina.

Simile linea di pensiero non pare condivisibile. Nello specifico non si può concordare con l'equiparazione dell'intervento della parte necessaria con le altre ipotesi di intervento, a motivo della natura volontaria tanto dell'una quanto delle altre. Infatti, il litisconsorte necessario avrebbe certamente, non solo potuto, ma anche dovuto sottoscrivere la convenzione di arbitrato sin dall'origine. In ciò la posizione di quest'ultimo differisce sostanzialmente da qualunque altro terzo la cui partecipazione è, non solo volontaria, bensì anche eventuale. Sicché, le due situazioni sono ben diverse. L'intervento del terzo parte eventuale equivale ad implicita accettazione degli atti legittimamente compiuti senza di lui. All'inverso, la legittimità degli atti compiuti è tutt'altro che scontata qualora sia stato pretermesso il litisconsorte necessario. Costui infatti, una volta intervenuto nel procedimento, diversamente dagli altri, ha la facoltà di far valere la violazione del contraddittorio⁽²⁶⁾ e la conseguente nullità degli atti compiuti senza la propria partecipazione. Da ciò consegue che l'intervento di quest'ultimo, diversamente da ogni altro terzo, non equivale ad accettazione degli atti compiuti.

Se quanto detto è corretto, se ne ricava che il litisconsorte necessario pretermesso, accettata la scelta della via arbitrale, possa tuttavia sindacare la composizione del collegio. In senso parzialmente conforme si è infatti recentemente affermato che « [il litisconsorte necessario], *in quanto avrebbe dovuto essere parte dell'arbitrato sin dalla sua origine, ha un diritto paritario alla nomina congiunta degli arbitri, esattamente come lo hanno i suoi consorti in lite* »⁽²⁷⁾. Nell'estratto citato si postula così la necessità di garantire al litisconsorte necessario pari poteri rispetto a quelli spettanti alle parti originarie in base alla convenzione arbitrale. Ebbene, da un lato è pienamente condivisibile la *ratio* di equiparare la posizione del litisconsorte necessario a quella delle parti originarie — in quanto egli stesso, seppur illegittimamente pretermesso, avrebbe dovuto essere parte della

⁽²⁵⁾ In questo senso CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 858.

⁽²⁶⁾ Riguardo alla possibilità che il litisconsorte necessario pretermesso, intervenendo sani il vizio della violazione del contraddittorio v. Cass. Civ. Sez. II, 26 aprile 1993 n. 4883; Cass. Civ. Sez. I, sent. 16 settembre 1995, n. 9781; Cass. Civ. Sez. II, sent. 5 agosto 2005, n. 16504; MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 692 *sub* nota n. 589.

⁽²⁷⁾ Cit. SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 475.

convenzione. D'altro canto non persuade che al litisconsorte necessario vadano riconosciuti i poteri — e solo quelli — spettanti alle parti in base alla convenzione. In altre parole, non si ritiene che le parti originarie possano opporre al litisconsorte necessario pretermesso, estraneo alla convenzione, le previsioni e le condizioni ivi pattuite. Come sopra affermato infatti, il litisconsorte non interviene *sic et simpliciter* nel giudizio, bensì interviene nella convenzione, sanando così l'incompleta manifestazione della volontà di devolvere agli arbitri la controversia di cui egli è parte *ex necesse* (28). All'accettazione della via arbitrale però non consegue, o almeno non automaticamente, anche l'accettazione del *quo modo*. Il litisconsorte necessario potrebbe infatti contestare, non l'opzione per la via arbitrale, bensì le modalità con cui si è disposto di decidere la controversia.

Alla luce di quanto detto è « *tutto da dimostrare* » (29) che, limitatamente al caso del litisconsorte necessario, l'intervento nella convenzione comporti, oltre alla scelta per la via arbitrale, anche l'accettazione tacita delle ulteriori condizioni ivi disposte. Si pensi al caso in cui il litisconsorte necessario abbia sì interesse a vedere risolta la controversia dagli arbitri, ma non a rimettere il giudizio all'equità di questi — come invece in ipotesi potrebbe essere disposto dalla convenzione.

Ne consegue allora che il litisconsorte necessario possa eccepire l'illegittimità del meccanismo di composizione del collegio prescelto dalle parti. Ciò anche nel caso in cui le parti abbiano demandato ad un terzo la costituzione del collegio (30). Anche in siffatta ipotesi infatti, pur ponendosi il litisconsorte pretermesso sullo stesso piano delle altre parti, cionondimeno, egli potrebbe lamentare un'illegittima obliterazione delle proprie facoltà per essere stato privato della possibilità di nominare l'arbitro. Privazione alla quale egli non avrebbe in alcun modo partecipato essendo estraneo alla convenzione (31).

(28) Diversamente SALVANESCHI L., *op. ult. cit.*, p. 485: « *il litisconsorte pretermesso che non sia parte del patto arbitrale, qualora decida di partecipare al procedimento, sanandone così un vizio genetico (...)* ». Sembra di capire che il vizio genetico sanato sia quello del procedimento. V. *infra sub nota* n. 33.

(29) Così ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 96; in questo senso pare orientato anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. II, p. 130.

(30) *Contra* SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 485: « *Così, qualora il litisconsorte non compromittente intervenga in arbitrato non vi saranno problemi di sorte quando la nomina dell'intero collegio sia demandata a un soggetto terzo* ».

(31) Configurato in questi termini, l'intervento del litisconsorte necessario pretermesso nella convenzione arbitrale potrebbe trovare una giustificazione sul piano civilistico, più che nel senso dell'adesione ad un contratto aperto, come integrazione soggettiva di una fattispecie in corso di formazione, ove ad eccezione della basilare scelta di deferire la lite agli arbitri, gli altri elementi della convenzione sarebbero passibili di revisione. Sul punto tuttavia non si può che rinviare alla approfondita analisi di ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, *op. cit.*, p. 171 e ss. nonché p. 733, la quale tuttavia configura l'intervento del

Tornando ai temi oggetto della presente analisi, nel caso di intervento del litisconsorte necessario pretermesso e di successiva necessità di sostituire l'arbitro venuto meno, l'applicazione del meccanismo di nomina originariamente previsto dalla convenzione dipende dalla scelta dell'interveniente. Qualora costui non eccepisca l'illegittimità del meccanismo di costituzione del collegio, la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno potrà avvenire alla stregua di quanto originariamente previsto⁽³²⁾. Sollevata l'eccezione, si dovrà invece valutare la possibilità di procedere alla sostituzione secondo meccanismi diversi da quelli previsti in origine e, con essa, la possibilità di mutare litependente le regole di svolgimento del procedimento.

Rimane da chiarire che quanto detto per l'intervento del litisconsorte necessario non si applica all'interventore adesivo dipendente. A nulla rileva il fatto che entrambe le ipotesi di intervento siano assistite dalla presunzione assoluta di consenso di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. Diversamente dal caso appena esaminato, il litisconsorte adesivo dipendente non è una parte necessaria della convenzione arbitrale. Pertanto egli non può lamentare alcuna limitazione delle proprie facoltà per essere stato estromesso dalla stipulazione e dalla negoziazione dei termini della convenzione. In via consequenziale se ne ricava che, come per le ipotesi di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c., anche l'intervento del litisconsorte adesivo dipendente equivale ad implicita accettazione della convenzione arbitrale⁽³³⁾.

3. In breve, sin ora si sono viste le conseguenze dell'intervento del terzo sulla convenzione arbitrale, tanto nelle ipotesi di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. che del capoverso. Si è altresì visto che, in alcuni casi, la sostituzione dell'arbitro venuto meno può avvenire alla stregua di quanto disposto nella convenzione per la nomina. In altri casi ciò non è invece possibile. Così infatti qualora il litisconsorte necessario eccepisca di essere stato illegittimamente pretermesso dalla definizione del meccanismo di costituzione del collegio; ovvero se l'applicazione dell'originario meccanismo di designazione dell'arbitro rispetto alla mutata fattispecie dovesse porsi in contrasto con norme imperative. Queste considerazioni portano quindi a negare valenza assoluta alla regola per cui, nel contesto

litisconsorte necessario pretermesso in termini di « adesione al contratto compromissorio, fattispecie già perfezionata, ma ancora in formazione per quanto riguarda la sua integrazione soggettiva ».

⁽³²⁾ Fatto salvo il caso in cui l'applicazione al mutato contesto delle regole originariamente stabilite si ponga in contrasto con norme imperative, v. *supra* art. 832 comma 4° c.p.c.

⁽³³⁾ SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 513; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 594; v. *infra* nota n. 35.

dell'arbitrato sorto come bilaterale e successivamente divenuto plurilaterale, la sostituzione dell'arbitro debba necessariamente avvenire secondo quanto disposto per la nomina.

Fatte tali premesse, si può ora trattare concretamente del caso in cui, successivamente all'intervento di un terzo, si debba procedere alla sostituzione dell'arbitro in attuazione della clausola binaria inserita nella convenzione tra le parti originarie.

Come noto, grazie alla dottrina dei centri di interesse, si è ritenuto validamente costituito il collegio designato per mezzo della clausola binaria, anche in riferimento ai procedimenti litisconsortili⁽³⁴⁾. Il punto in questione però non è come procedere alla costituzione, bensì alla ricostituzione del collegio per mezzo della clausola binaria in riferimento al procedimento litisconsortile. Conviene allora prendere l'avvio chiarendo se, in attuazione della clausola binaria, il terzo intervenuto abbia, almeno in astratto, diritto di partecipare alla scelta del sostituto.

È bene precisare infatti che, spiegato l'intervento, grazie all'estensione dei limiti soggettivi della convenzione, anche l'interveniente ne è divenuto parte⁽³⁵⁾. Come tale, egli ha diritto di partecipare alla sostituzione dell'arbitro a condizioni di parità con le altre parti. La tesi per cui l'interveniente volontario accetta il collegio già costituito non pertiene infatti al caso in esame⁽³⁶⁾. Con essa ci si riferisce all'eventualità in cui la

⁽³⁴⁾ In maniera diffusa SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 163 e ss., si veda anche LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 739 e ss.; LUISSO F.P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2001, fasc. 4., p. 609; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, *op. cit.*, p. 208 §1.6 e ss.; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1725 § 5; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 580; RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 445; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 688 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1997, fasc. 4, p. 745. In giurisprudenza il principio della validità della clausola binaria anche riguardo al procedimento litisconsortile viene affermato in Cass. Sez. I, 15 marzo 1983, sent. n. 1900; Cass. Sez. I, 30 maggio 1997, sent. n. 4831; Cass. Sez. III, 19 dicembre 2000, sent. n. 15941; Cass., Sez. I, 26 giugno 2007, sent. n. 14788.

⁽³⁵⁾ Ciò per lo meno ai fini dello specifico giudizio di riferimento, cfr. *supra* note n. 5 e ss. Discorso a parte merita l'intervento *ad adiuvandum*. Anch'egli intervenendo non può che subentrare nella convenzione di arbitrato. *Contra* SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 513; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 894. Ciò posto, tuttavia, il litisconsorte adesivo dipendente non pare possa qualificarsi come parte "a tutti gli effetti" non deducendo egli in giudizio un proprio diritto. Sembra peraltro ragionevole limitare le facoltà spettanti all'interveniente *ad adiuvandum* alla mera approvazione o disapprovazione del sostituto nominato dalla parte originaria affiancata laddove, in caso di disapprovazione, in assenza di una domanda dedotta innanzi agli arbitri da parte dell'interveniente adesivo dipendente e per la conseguente impossibilità di scindere il procedimento nei di lui confronti, pare equo riconoscere allo stesso la facoltà di sortire dal procedimento. Per i problemi inerenti all'intervento *ad adiuvandum* e alla partecipazione di questi alla costituzione del collegio cfr. RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, fasc. 4, 1995, p. 669, 670.

⁽³⁶⁾ Sostengono che l'intervento volontario del terzo nel procedimento arbitrale equivalga ad accettazione del collegio ivi nominato CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, *op.*

composizione del collegio rimane invariata, nessuno degli arbitri viene quindi meno, né si deve procedere alla loro sostituzione. Dunque, come è giusto che sia, né l'interveniente ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, né men che meno l'interveniente *ad adiuvandum*, può pretendere di mutare la composizione del collegio arbitrale già costituito. Diverso invece il caso in cui si debba riconoscere all'interveniente il diritto di concorrere alla ricostituzione del collegio. In questa evenienza non rileva in alcun modo il carattere facoltativo della partecipazione del terzo, né la volontarietà del suo intervento, né il principio di non regressione. Qui infatti non si regredisce, non si discute di quanto già fatto, bensì di quanto si andrà a fare: designare un arbitro in sostituzione. Si devono allora riconoscere all'interveniente le facoltà che gli spettano per essere divenuto parte della convenzione arbitrale⁽³⁷⁾. Ciò tuttavia a condizione che, come di seguito chiarito, gli interessi di tutte le parti in causa siano equamente rappresentati in seno al collegio.

Passando dall'astratto al concreto, si consideri il caso in cui venga meno l'arbitro nominato dalla parte originaria, poi affiancata dall'interventore litisconsortile. L'attribuzione alla parte affiancata e all'interventore della facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio sbilanciato⁽³⁸⁾. La qual cosa non dipende dalla costituzione o meno di un polo unitario di interessi. Si ponga infatti l'esempio del creditore che convenga in arbitri uno dei condebitori solidali chiedendone la condanna al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento e, successivamente, intervenga un altro condebitore solidale. I condebitori potrebbero contestare entrambi la pretesa dell'attore ma, in via subordinata, affermare che l'inadempimento sia da imputare rispettivamente all'altro. In questo caso, si avrebbe un litisconsorzio semplice, senza che si sia formato un polo unitario di interessi. Ebbene, attribuire ad entrambi i condebitori la facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio sbilanciato. L'interveniente e la parte originaria avranno quindi diritto ad essere rappresentati in seno al collegio arbitrale da un solo arbitro. Pertanto, ove sia venuto meno l'arbitro nominato dalla parte affiancata, dovendosi garantire all'interventore la possibilità di partecipare alla sostituzione in condizioni di parità, la designazione del nuovo decidente dovrà avvenire di concerto tra la parte originaria e l'interventore stesso.

cit., p. 844; LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., 782; LUISSO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SALVANESCHI L., *sub Art. 816 quinquies c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., p. 260.

⁽³⁷⁾ Nuovamente, lo si ripete, discorso a parte merita il caso dell'interveniente adesivo dipendente, *cf. supra* nota n. 35.

⁽³⁸⁾ LICCI P., *La pluralità di parti nel procedimento: le soluzioni del passato, i problemi del presente*, in questa *Rivista*, 2009, fasc. 2, p. 388; POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni di arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 3, p. 538, nota a Coll. arb. 17 maggio 2006; ID., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 210, § 11, 215 § 17.

Ovviamente, se a venir meno fosse l'arbitro nominato, non dalla parte affiancata, bensì dalla controparte, il terzo interveniente in via adesiva autonoma non avrebbe alcun titolo per partecipare alla sostituzione di questi.

Ulteriore evenienza è che venga meno l'arbitro nominato congiuntamente dalle parti. Anche qui occorrere riconoscere al terzo interveniente la facoltà di partecipare alla designazione del sostituto. Costui andrà quindi scelto con l'accordo unanime delle parti, incluso il terzo. Qualora invece venga meno l'arbitro designato dai componenti superstiti del collegio, la sostituzione potrà avvenire allo stesso modo.

Posto quanto sopra, ben può accadere che la parte originaria ed il terzo non riescano a raggiungere l'accordo circa la scelta del sostituto. Le ragioni possono essere due: o non si è formato un polo unitario di interessi; oppure, d'accordo in astratto sulla nomina congiunta, le parti sono semplicemente inerti. Nel primo caso, escluso il ricorso alla sostituzione giudiziale dell'arbitro, si deve valutare la possibilità di procedere alla designazione del sostituto secondo un meccanismo diverso da quello previsto nella convenzione ⁽³⁹⁾. Nel secondo, a date condizioni, pare possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro in via giudiziale ovvero, in difetto, secondo un metodo diverso da quello previsto per la nomina ⁽⁴⁰⁾.

3.1. Merita ora un'attenta analisi la possibilità di procedere alla sostituzione dell'arbitro in applicazione della clausola binaria successivamente all'intervento principale del terzo. In particolare, occorre chiarire se l'interventore principale possa partecipare alla designazione del sostituto pur proponendo egli una domanda *ad infringendum iura utriusque competitoris*.

Alla luce dell'insegnamento tradizionale si dovrebbe negare la possibilità che il litisconsorte principale, congiuntamente alla parte originaria cui spetta, partecipi alla designazione del sostituto arbitro. Ciò in quanto la reciproca contrapposizione degli interessi delle parti di una controversia stellare escluderebbe radicalmente la possibilità dell'accordo in ordine alla designazione congiunta dell'arbitro ⁽⁴¹⁾.

In verità non pare possibile negare *a priori* che due parti, pur se attestate su posizioni contrapposte, abbiano interesse a nominare congiuntamente un arbitro. Si pensi al caso in cui, fuori dagli schemi del "gioco delle parti", siano stati nominati degli arbitri "neutri" ⁽⁴²⁾. Se così è, non

⁽³⁹⁾ V. *infra* § 4.3.

⁽⁴⁰⁾ V. *infra* § 4.2.

⁽⁴¹⁾ RUFFINI G., *op. ult. cit.*, p. 690; concorde POLINARI J., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 210, § 13. Contra SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 322, 326 e ss.; ID., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 466, 467.

⁽⁴²⁾ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 746 e ss.

si vede per quale motivo si debba negare al litisconsorte principale la facoltà di partecipare alla sostituzione di un arbitro “neutro”. Pertanto, anche se improbabile, appare assolutamente lecito che due litiganti, reciprocamente contrapposti si mettano d'accordo circa la designazione congiunta del sostituto. Sarebbe invece illecita la sostituzione unilaterale per mano della parte originaria. Così, privando l'interveniente principale della facoltà di partecipare alla sostituzione dell'arbitro, si avrebbe un collegio non egualmente rappresentativo degli interessi delle parti. Pertanto, intervenuto un terzo in via principale, esclusa la possibilità di una sostituzione unilaterale, l'unica alternativa pare la designazione del sostituto con l'accordo della parte originaria e del terzo. Come è facile immaginare però, data la contrapposizione reciproca degli interessi, all'infuori dei rari episodi di nomina “neutra”, le parti difficilmente troveranno un accordo. In tale caso, esclusa la sostituzione giudiziale dell'arbitro, rimane da valutare la possibilità di procedere alla ricostituzione del collegio per altra via⁽⁴³⁾.

Qualora invece venga meno un arbitro nominato concordemente dalle parti ovvero dagli stessi arbitri, nulla impedisce che la sostituzione avvenga secondo quanto disposto per la nomina. Pertanto, qualora l'arbitro venuto meno sia stato nominato congiuntamente dalle parti, la sostituzione dovrà avvenire con il consenso unanime delle parti — interveniente principale incluso. Ove l'arbitro venuto meno sia stato designato dagli arbitri rimasti in carica, posta comunque la neutralità della nomina, anche la sostituzione potrà avvenire secondo la stessa modalità.

3.2. Si sono viste sopra le ragioni che inducono a ritenere che l'intervento della parte necessaria, illegittimamente pretermessa, sia del tutto peculiare rispetto alle altre ipotesi di intervento volontario. Con ciò si è detto che la parte intervenuta ad integrazione del contraddittorio ha modo di sindacare la validità delle disposizioni pattizie contenute nella convenzione *sub specie* di lesione del diritto al contraddittorio. Se ne desume che il litisconsorte necessario intervenuto possa, tanto accettare il meccanismo di costituzione del collegio e con esso gli arbitri nominati, quanto opporvisi. In quest'ultimo caso, eccetta l'illegittimità della premissione del litisconsorte e l'invalidità dei meccanismi di costituzione del collegio, a logica dovrebbe ritenersi nulla la nomina di ciascun arbitro. Si dovrebbe così procedere alla ricostituzione dell'intero collegio, di ciò tuttavia in seguito. Nel primo caso invece, posta la validità del metodo di costituzione del collegio prevista nella convenzione, la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno dovrebbe avvenire secondo quanto

⁽⁴³⁾ *Infra* §. 4.3.

ivi previsto. Sicché, alla stregua della clausola binaria, si deve valutare la possibilità di procedere alla sostituzione congiunta ad opera del litisconsorte necessario e della parte che ha nominato l'arbitro venuto meno.

Occorre però fare i conti con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale nega la possibilità di procedere alla nomina congiunta dell'arbitro ogniqualvolta « *la collocazione spontanea dei litisconsorti in due soli gruppi contrapposti risulta incompatibile con lo schema legale dell'azione dedotta in giudizio, rispetto alla quale la molteplicità (e non la mera dualità) degli interessi in gioco è stata postulata inderogabilmente dalla legge* »⁽⁴⁴⁾. Laddove poi per avventura. « *nel proprium peculiare della singola lite* » » due parti si trovino a condividere gli stessi interessi, seppur *in mens legis* questi debbano essere contrastanti, al giudice spetterebbe il potere di dissociare il polo così formatosi⁽⁴⁵⁾.

La tesi esposta è stata criticata sotto un duplice punto di vista. Si è infatti negato che il litisconsorzio necessario postuli necessariamente la trilateralità della lite⁽⁴⁶⁾. Così, ad esempio la necessità del litisconsorzio potrebbe essere dovuta alla contitolarietà della situazione dedotta in giudizio⁽⁴⁷⁾. In tali casi la coincidenza degli interessi di due delle parti di un litisconsorzio necessario non sarebbe un mero accidente. Inoltre, quantanche la necessità del litisconsorzio sia invece da ricercare nella struttura dell'azione, comunque l'astratta divergenza delle posizioni delle parti non impedisce che nel concreto queste possano condividere i medesimi interessi⁽⁴⁸⁾. Si pensi infatti all'azione di responsabilità introdotta contro l'amministratore, del quale tuttavia la società voglia difendere l'operato. In consimili casi, a voler ragionare in termini meramente astratti, negando alla società e all'amministratore la possibilità di nominare congiuntamente un arbitro, il giudice si sostituirebbe alle parti scomponendo in maniera

⁽⁴⁴⁾ Cass. Sez. I, 15 marzo 1983, sent. n. 1900; Cass. Sez. I, 15 aprile 1988, sent. n. 2983; *contra* LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 740, 741; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1726 § 8; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 209, § 7 e § 8; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691 i quali contestano che al litisconsorzio necessario corrisponda sempre la trilateralità della controversia; SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 178 ss.; *Id.*, *Dell'arbitrato, Art. 806-840*, *op. cit.*, p. 460.

⁽⁴⁵⁾ V. *supra* nota n. 44.

⁽⁴⁶⁾ LIPARI G., *sub Art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 740; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, *op. cit.*, p. 582, 583; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1725, § 8; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 209, § 7 e 8; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691; più diffusamente sul rapporto tra la necessità della pluralità di parti e i diritti dedotti in giudizio v. COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 251 e ss.; MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, *op. cit.*, p. 79 e 96.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. autori *sub* nota n. 46.

⁽⁴⁸⁾ LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 741.

forzosa il polo spontaneamente sorto. È chiara la disarmonia con l'affermazione per cui al giudice non spetta il potere di sovrapporsi alle parti per creare artificialmente un polo unitario ⁽⁴⁹⁾.

Posto ciò, deve ammettersi la compatibilità della clausola binaria con il giudizio necessariamente litisconsortile e, con essa, la possibilità che il litisconsorte necessario e la parte originaria nominino congiuntamente il sostituto arbitro.

4. Sopra si sono visti i casi di impossibilità *de iure* o *de facto* di procedere alla designazione del sostituto per mezzo del meccanismo originariamente previsto dalla convenzione. Ci si interroga ora sulla possibilità di procedervi secondo un metodo diverso da quello originariamente stabilito.

Sotto questo profilo non pone problemi di per sé la possibilità di prevedere *ab origine* che la sostituzione si attui secondo meccanismi diversi dalla nomina ⁽⁵⁰⁾. Ciò che invece va accertato è se le parti possano procedere a tanto in corso di arbitrato; vale a dire se, pendente il procedimento, le parti possono accordarsi e prevedere appositamente che la sostituzione avvenga secondo un meccanismo di nuovo conio ⁽⁵¹⁾.

Ammetto però che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possano prima dettare un determinato regolamento e poi modificarlo, si potrebbe obiettare che simile potere sarebbe però limitato nel tempo.

4.1. Circa il primo punto, pare si debba ammettere la possibilità di mutare nel corso del procedimento il meccanismo di sostituzione dell'arbitro. Se si ritiene che l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° poggi sulla stipulazione di una nuova convenzione, giocoforza si deve ammettere che, estesi i limiti soggettivi ed oggettivi della convenzione, le parti possano altresì modificarne il contenuto disciplinare. Ciò perché il più implica il meno. La possibilità di modificare il contenuto necessario della convenzione — ovvero il diritto controverso e con esso le parti — implica necessariamente anche il potere di modificarne il contenuto eventuale — *id est* le modalità di nomina e sostituzione degli arbitri ⁽⁵²⁾. Alla medesima conclusione si deve giungere anche rispetto al

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *supra* nota n. 34.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. *supra* nota n. 3.

⁽⁵¹⁾ Ammettono che le parti possano deferire ad un terzo la costituzione del collegio successivamente alla stipulazione della convenzione POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1728, § 18; ID., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 213, § 5; LIPARI G., *sub Art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 749.

⁽⁵²⁾ A seguito della riforma introdotta con il d.lgs. 40/2006 sembra pacifico che le previsioni sul numero degli arbitri e sulle modalità di costituzione del collegio rientrino nel

litisconsorte necessario. Se si ammette che costui, intervenuto nella convenzione arbitrale, abbia titolo per eccepire l'illegittimità delle determinazioni pattuite senza la propria partecipazione, pare necessario riconoscere alle parti la possibilità di rideterminare *in parte qua* la disciplina del procedimento⁽⁵³⁾.

Il secondo punto involge considerazioni di ordine temporale. Si potrebbe infatti rilevare che le parti possano sì regolare e modificare il procedimento, purché lo facciano anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale (arg. *ex art.* 816 *bis* c.p.c.). Orbene, nel caso di specie, la modifica del meccanismo di sostituzione dell'arbitro avverrebbe a giudizio già iniziato. Pertanto, la modificazione delle regole di svolgimento del procedimento e di quelle concernenti la sostituzione degli arbitri sarebbe preclusa.

A tutto voler concedere, alla stregua di un simile ragionamento, ad essere limitata dall'inizio del giudizio arbitrale sarebbe la facoltà di dettare « *le norme* [e solo quelle — *adde*] *che gli arbitri debbono osservare (...)* » (art. 816 *bis* c.p.c.). Non subirebbe invece tale preclusione la facoltà di dettare le norme cui gli arbitri non sono vincolati, quali ad esempio le regole sulla loro nomina. Ragionando per tal verso, l'unico caso di limitazione del potere delle parti di procedere alla ridefinizione dei meccanismi di sostituzione sarebbe quello in cui, venuto meno un arbitro nominato dalle stesse parti ovvero da un terzo, ci si accordi affinché il sostituto venga designato dagli arbitri superstiti. Solamente in tale circostanza infatti la modifica delle regole di designazione del sostituto riguarderebbe « *le norme che gli arbitri debbono osservare* ».

In vero però, è da ritenere che le parti possano determinare successivamente alla costituzione del collegio anche le regole cui gli arbitri sono tenuti a dare attuazione. Il solo effetto conseguente alla tardività è infatti quello di consentire agli arbitri di rinunciare al mandato per giusta causa⁽⁵⁴⁾. Né vale replicare che, per tal via, l'inciso « *purché anteriormente*

contenuto eventuale della convenzione. L'eventuale mancanza di tali disposizioni non porta infatti alla nullità della convenzione arbitrale. Per tutti v. CECHELLA C., *sub art.* 809-813, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 122; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. I, p. 385; GRADI M., RUFFINI G., *sub art.* 809 c.p.c., in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1627, § 19; RUFFINI G., *sub art.* 809 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 116 § 4; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art.* 809 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 205.

⁽⁵³⁾ Per più ampie considerazioni circa il "senso" della rimessione in termini del litisconsorte necessario pretermesso cfr. COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, *op. cit.*, in particolare p. 202 e ss.

⁽⁵⁴⁾ LUISSO F.P., *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 346; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, *op. cit.*, p. 503. CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, *op. ult. cit.*, § II, p. 1771 riconosce alle parti la facoltà di "modifica della disciplina processuale anche dopo l'inizio del giudizio. In tal caso gli arbitri non possono disattendere tali regole, ma possono addurre la tardiva modifica della disciplina processuale come giusto motivo per rinunciare all'incarico".

all'inizio del giudizio arbitrale » verrebbe privato di significato⁽⁵⁵⁾. Significato invece che andrebbe ricercato nella salvaguardia dell'affidamento degli arbitri e nella natura processuale dell'arbitrato⁽⁵⁶⁾, il che a sua volta implicherebbe la « *inviolabilità della difesa che ciascuna delle parti deve ovviamente poter predisporre sulla base di una procedura predeterminata* »⁽⁵⁷⁾.

Pur ragionando nel senso della rigorosa predeterminazione delle regole di rito, tuttavia, un'applicazione eccessivamente drastica del principio condannerebbe l'arbitrato all'impraticabilità⁽⁵⁸⁾. Tant'è che si ammette comunemente la possibilità di dettare le regole di rito nel corso del giudizio — anche se non ad opera delle parti, bensì degli arbitri⁽⁵⁹⁾.

A ben vedere però, occorre analizzare le stesse fondamenta della tesi della necessaria predeterminazione delle regole di rito. Non si vede difatti come la modifica consensuale « *a gioco iniziato* »⁽⁶⁰⁾ determini una violazione del principio del contraddittorio, ovvero violi in altro modo l'ordine pubblico. Consentire alle parti, unanimemente, di mutare le regole del procedimento non equivale ad alcuna violazione del diritto al contraddittorio. Le parti infatti semplicemente mutano di comune accordo le regole attraverso le quali scelgono di attuare il contraddittorio — *id est* le regole del rito. Non viene quindi leso in alcun modo il diritto di dire e contraddire su un piede di parità; se ne muta consensualmente solo il modo.

Alla luce di quanto sopra, si sostiene che le regole di rito possano essere modificate anche successivamente all'inizio del giudizio arbitrale.

⁽⁵⁵⁾ Così GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 196.

⁽⁵⁶⁾ GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, *ibidem*; per la salvaguardia della posizione degli arbitri v. anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, *op. cit.*, p. 400 ivi ulteriori riferimenti *sub nota n.* 117.

⁽⁵⁷⁾ CECHELLA C., *Le regole dettate dall'autonomia delle parti e degli arbitri*, in *L'arbitrato*, *op. cit.*, p. 147, 148; ID., *Disciplina del processo dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, fasc. 2, p. 215 citato testualmente da Cass. Sez. I, 31 gennaio 2007, sent. n. 2201; FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, in questa *Rivista*, 2004, fasc. 4, p. 665; GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, in questa *Rivista*, 1993, fasc. 1, p. 9, 10: « *L'organizzazione della difesa non può infatti prescindere dalla previsione certa del ritmo del processo e dei possibili interventi officiosi degli arbitri* »; TOTA G., *sub art. 816 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., *op. cit.*, p. 692. In questo senso sembra essere anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, *op. cit.*, p. 393 e ss.

⁽⁵⁸⁾ BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 890.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub art. 816 bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 191, § 14; CECHELLA C., *op. ult. cit.*, p. 213; RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 393 e ss.; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 18 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Cit. CECHELLA C., *op. ult. cit.*, *ibidem*. Sulla necessaria flessibilità dell'arbitrato invece cfr. BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, *op. cit.*, p. 889, 890.

Posto ciò, si è però affermato che per l'integrazione delle regole del procedimento occorrerebbe il consenso degli arbitri⁽⁶¹⁾. Il motivo è duplice: da un lato, le parti non potrebbero « *apportare liberamente alterazioni al contenuto del mandato all'arbitro* »⁽⁶²⁾; dall'altro, costituito il collegio, la direzione del procedimento spetterebbe agli arbitri.

Sul primo punto, si ritiene che « *anche nelle ipotesi in cui sia stato predeterminato il programma gestorio, il mandante può ben imporre varianti, subordinando ad esse il puntuale assolvimento dell'incarico* »⁽⁶³⁾. Si spiega infatti che « *tutte le obbligazioni « di fare » hanno un contenuto generico (...)* »⁽⁶⁴⁾, individuato prevalentemente attraverso l'indicazione del risultato, « *giacché la tensione al risultato ha bisogno di una determinazione continua e costante, protratta nel tempo* »⁽⁶⁵⁾.

Sul secondo punto si condivide quanto detto oltremarica circa l'inopportunità di concedere « *al tribunale arbitrale l'ultima parola sulle questioni procedurali* »⁽⁶⁶⁾. Una simile soluzione infatti « *violerebbe il principio basilare dell'autonomia delle parti, ignorerebbe inoltre il fatto che le parti possono, d'accordo in ogni fase, licenziare il tribunale arbitrale e cominciare un nuovo arbitrato — ovvero risolvere la loro controversia in un modo totalmente diverso (...)* »⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶¹⁾ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665, quando ammette la possibilità dell'integrazione delle regole di rito richiede il consenso degli arbitri; CONCORDI RUFFINI G., TRIPALDI V., sub art. 816 quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

⁽⁶²⁾ FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665; CONCORDI RUFFINI G., TRIPALDI V., sub art. 816 quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

⁽⁶³⁾ SANTAGATA C., *Del mandato, disposizioni generali, Art. 1703-18709*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna, 1985, p. 512; LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 2007, Vol. 12.2, p. 498; MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1957, p. 49 et seq., in particolare p. 55.

⁽⁶⁴⁾ Cit. LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., p. 498; v. PANUCCIO V., *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, p. 91 et seq.

⁽⁶⁵⁾ Cit. LUMINOSO A., *ibidem*; v. PANUCCIO V., *ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ Traduzione da HUNTER M., *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act*, in *Arbitration International*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 346, 347.

⁽⁶⁷⁾ HUNTER M., *ibidem*; similmente PARTASIDES C., *Sections 33 and 34 of the English Arbitration Act 1996: a Potential Conflict*, in *Arb. Int.*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 418, ivi riferimenti al Departmental Advisory Opinion on Arbitration Law; così anche UNCITRAL Model Law, Art. 19(1), *Fifth Working Group*, A/CN.9/246, § 63, in HOLTZMAN H., NEUHAUS J., *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1995, p. 556, 557. Amplius PRYLES M.C., *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, fasc. 3, p. 330 e ss. ove si riportano anche le tesi averse. Suggestiva la circostanza che MORTARA L., in *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1922, Milano, p. 115, seppur in un contesto e in un periodo storico ben diversi, si esprimesse in termini sostanzialmente omogenei: « (...) le parti possono far cessare d'accordo il patto compromissorio; e lo possono anche dopo la nomina degli arbitri [corsivo in originale]. L'importanza di quest'ultima dichiarazione è solo quella di escludere il dubbio che il mandato conferito agli arbitri crei a favore di questi un diritto sottratto all'imperio della volontà delle parti ».

In conclusione si ritiene che le parti possano modificare le regole del procedimento arbitrale anche successivamente all'inizio del giudizio⁽⁶⁸⁾. Ciò anche senza il consenso degli arbitri. Questi ultimi potrebbero però legittimamente rinunciare al mandato qualora le modifiche apportate dalle parti mutino il contenuto della prestazione, rendendone più gravoso l'adempimento.

4.2. Detto quanto sopra, per vedere in quale senso le parti possano mutare l'originario meccanismo di designazione degli arbitri, occorre ricapitolare alcune considerazioni. Si è visto infatti come, con l'intervento adesivo autonomo e con l'intervento del litisconsorte necessario, si possa formare un polo unitario di interessi tra l'interveniente ed una delle parti originarie. Cionondimeno le parti potrebbero, si formare un polo unitario, ma non addivenire comunque alla designazione congiunta dell'arbitro — magari perché incerte sulla persona da designare in concreto. In questo caso, per quanto raro, le parti potrebbero accordarsi e deferire ad un terzo la nomina dell'arbitro e con ciò modificare l'originaria modalità di costituzione del collegio stabilita nella convenzione.

Diverso invece il caso in cui le parti non formino un polo unitario e perciò non procedano alla designazione in comune dell'arbitro. Qui non ha senso dire che le parti possono demandare ad un terzo la scelta del sostituto. La parte originaria e l'interveniente, non formando un centro unitario di interessi, non avranno alcun agio nel demandare ad altri la nomina congiunta di un arbitro. Ciò per la basilare ragione per cui ognuno avrà interesse ad essere rappresentato in seno al collegio da un arbitro “di parte”. In simili circostanze, tanto che il terzo intervenga in via adesiva autonoma che in veste di parte necessaria, ovvero ancora in via principale, le parti potrebbero unanimemente mutare il meccanismo di composizione del collegio e prevedere l'applicazione della cd. “clausola di Andrioli”⁽⁶⁹⁾. Sicché, se venisse meno un arbitro nominato da una delle parti originarie, si potrebbe procedere alla ricostituzione del collegio attribuendo alla parte ed al terzo la facoltà di procedere alla designazione di un arbitro ciascuno, con l'ulteriore previsione della nomina di un arbitro “neutro” aggiuntivo. Tale arbitro potrebbe essere nominato con l'accordo delle

⁽⁶⁸⁾ CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, op. cit., p. 1771; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, op. cit. p. 174, 175; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, op. cit., p. 503.

⁽⁶⁹⁾ ANDRIOLI V., sub art. 809, in *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. IV, 1964, p. 794 e ss. Cfr. RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., p. 690, sostiene la possibilità di applicare la clausola in questione alla costituzione del collegio nel contesto di una lite stellare; v. SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, op. cit., p. 324. Si ritiene che l'applicazione anche ai casi di litisconsorzio semplice di detta modalità di composizione del collegio sia resa possibile dalla presenza di due arbitri “neutri”, tali da consentire al collegio di deliberare in posizione di autonomia, cfr. SALVANESCHI L., op. ult. cit., p. 171, 181 e ss.

parti, ovvero da un terzo. Il problema sorge invece qualora le parti non riescano a nominare l'ulteriore arbitro "neutro" e si tratti di adire l'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c. Rimandando al prosieguo la disamina di detto punto, è sin d'ora possibile rilevare come l'applicazione della "clausola di Andrioli" porterebbe alla costituzione di un collegio equilibrato ed equidistante rispetto alle parti. Ciò sia nel caso di lite stellare, con la contrapposizione di tutte le parti, sia nel caso di litisconsorzio semplice — data comunque la presenza di due arbitri di nomina neutra, l'arbitro neutro aggiunto e il presidente del collegio.

Qualora invece si tratti di sostituire non l'arbitro "di parte", bensì l'arbitro di nomina neutra, si è visto come la sostituzione possa avvenire alla stregua dell'originario meccanismo previsto nella convenzione ⁽⁷⁰⁾. Se il sostituto arbitro dovesse essere stato nominato con l'accordo delle parti, la designazione dovrà avvenire all'unanimità. Qualora invece l'arbitro venuto meno dovesse essere stato nominato dagli arbitri superstiti, la sostituzione verrà loro affidata secondo lo stesso schema.

Rimane da vedere l'ipotesi in cui il litisconsorte necessario intervenga ed eccepisca l'invalidità del meccanismo di costituzione del collegio prescelto dalle parti originarie. Qualora ciò avvenga, verrebbe meno l'intero collegio nominato in esecuzione del meccanismo contestato, qualunque esso sia ⁽⁷¹⁾. Pertanto si dovrà procedere alla ricostituzione dell'intero collegio.

Ebbene, azzerato il collegio arbitrale se ne deve definire il meccanismo di ricostituzione. Se si ritiene che, nel contesto delle liti con pluralità di parti, i meccanismi di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. siano gli unici a garantire il principio di paritaria partecipazione delle parti nella composizione del collegio ⁽⁷²⁾, la risposta è agevole. Nel disciplinare *ex novo* i meccanismi di costituzione del collegio arbitrale, le parti dovranno necessariamente attenersi all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Pertanto, qualora successivamente all'intervento del terzo sia necessario procedere alla ricostituzione del collegio, indipendentemente da quanto originariamente pattuito nella convenzione arbitrale, le parti potranno (dovranno) optare per i metodi previsti dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°.

4.3. In più occasioni si è accennato alla eventuale possibilità di

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *supra* § 3.1.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *supra* § 2.2.

⁽⁷²⁾ LIPARI G., *sub art. 816 quater, op. cit.*, p. 748; NELA P.L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 1743, 1746; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, *op. cit.*, p. 1729, § 19; RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 447, 449; *contra* MARENGO R., *La procedura arbitrale*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, p. 802. Risponde tuttavia persuasivamente LIPARI G., *op. ult. cit.*: « *Sorge il dubbio che la disciplina dell'art. 816 quater comma 1 c.p.c. sia inderogabile non solo o (ma non sembra) non tanto per la sua formulazione, ma anche perché probabilmente non residuano altri possibili meccanismi di nomina cui far ricordo nella pratica* ».

procedere alla sostituzione dell'arbitro in via giudiziale. Così si è visto che, qualora le parti abbiano costituito un centro unitario di interessi ma in concreto risultino inerti nella designazione del sostituto, la scelta potrà essere demandata ad un terzo, ovvero potrà avvenire *ope iudicis*. Si è inoltre fatto cenno all'ipotesi in cui, attribuendo ad ogni parte il potere di nominare un arbitro, si debba poi procedere alla designazione di quello ulteriore. In simile fattispecie, in attuazione del principio di necessaria disparità del collegio, a guisa dell'art. 809 c.p.c., si è accennato al fatto che la nomina dell'ulteriore arbitro possa avvenire giudizialmente. Occorre ora vedere più da vicino le questioni sottese a dette vicende.

La possibilità di procedere alla designazione giudiziale dell'arbitro nell'alveo dei procedimenti con pluralità di parti viene tradizionalmente negata⁽⁷³⁾. Ciò in ragione della natura non contenziosa del procedimento di cui all'art. 810 c.p.c. e della sommarietà dell'indagine ivi compiuta⁽⁷⁴⁾. Non essendo inoltre possibile che il giudice si sovrapponga alle parti creando una bipolarità fittizia⁽⁷⁵⁾, qualora queste si rifiutino di procedere alla nomina congiunta dell'arbitro, non sarebbe possibile surrogare il mancato accordo per mezzo del procedimento *ex art. 810 c.p.c.*

Si potrebbe allora argomentare che, essendo inammissibile la nomina giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile, dovrebbe essere inammissibile anche la sostituzione. Simile equiparazione, tuttavia, non terrebbe nella debita considerazione che, un conto è la nomina dell'arbitro in fase di avvio, cosa diversa è la sostituzione a giudizio già instaurato. In fase di avvio del procedimento arbitrale non si può valutare l'avvenuta formazione del polo di interessi, essendo ciò possibile solamente *ex post* — sulla base dei *petita* delle parti⁽⁷⁶⁾. Diverso invece il caso in cui, pendente il giudizio arbitrale, formulati i rispettivi *petita*, le parti si siano polarizzate attorno a due centri unitari di interessi. In questa circostanza, il giudice adito ai sensi dell'art. 810 c.p.c. avrebbe ben modo di valutare *ex post*, sulla

⁽⁷³⁾ Cfr. POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 3, p. 541; ID., sub art. 816 quater c.p.c., in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1731, § 27; SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 187 e ss.; ID., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 469; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691.

⁽⁷⁴⁾ Sui limiti della cognizione del giudice ai sensi dell'art. 810 c.p.c., *ex plurimis*, BRIGUGLIO A., *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, p. 706, 707; GIOVANNUCCI ORLANDI C., sub art. 810 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 223 e ss.; NELA P.L., sub art. 810 c.p.c., *op. ult. cit.*, p. 1667; RUFFINI G., sub art. 810 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 126, § 3; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 226 e ss., la quale cita altresì Cass. Sez. I, 21 luglio 2010, sent. n. 17114.

⁽⁷⁵⁾ V. *supra* § 3.2.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. nota 44. Fa eccezione il caso in cui sia manifesta *ab origine* la bipolarità della lite, si pensi al caso dei comproprietari del fondo convenuti nell'*actio servitutis*, nuovamente sul punto RUFFINI G., *ibidem*, p. 691, specialmente sub nota n. 102; POLINARI J., sub art. 816 quater c.p.c., *op. ult. cit.*, p. 1732, § 32. Dello stesso avviso pare anche LIPARI G., sub art. 816 quater c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 755.

base del contegno concretamente assunto dalle parti e disponendo *si opus* la loro audizione ⁽⁷⁷⁾, l'avvenuta formazione di un polo unitario. Come il giudice adito è chiamato a valutare *inter alia* la non manifesta inesistenza della convenzione arbitrale, allo stesso modo gli può essere demandato il vaglio sulla manifesta esistenza di un polo unitario. Se così è, nonostante i limiti strutturali del procedimento di cui all'art. 810 c.p.c., si deve consentire la sostituzione giudiziale dell'arbitro venuto meno a fronte dell'eventuale inerzia delle parti costituenti il polo.

Qualora poi si ammetta che le parti consorziate, pur condividendo il medesimo nucleo di interessi, possano in buona fede rifiutarsi di nominare congiuntamente l'arbitro ⁽⁷⁸⁾, la possibilità di procedere alla sostituzione giudiziale dipenderebbe dall'estensione dei poteri del giudice. Affinché si possa avere la sostituzione giudiziale dell'arbitro, occorrerebbe demandare al giudice, oltre a quanto già visto, anche il vaglio sulla manifesta pretestuosità del rifiuto alla designazione congiunta opposto dalle parti consorziate.

In funzione diversa si è sopra fatta menzione della possibilità di procedere alla designazione giudiziale, non del sostituto in caso di inerzia delle parti, bensì dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3°. Tale possibilità viene tuttavia negata da chi sostiene che, in assenza di una specifica indicazione tesa alla nomina di un ulteriore arbitro, dovrebbero trovare applicazione le norme di cui all'art. 816 *quater* commi 2° e 3° c.p.c. con la conseguente improcedibilità dell'arbitrato litisconsortile ⁽⁷⁹⁾. Le disposizioni di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. commi 2° e 3° sarebbero difatti speciali e troverebbero quindi applicazione in luogo dell'art. 809 comma 3°

⁽⁷⁷⁾ Sulla facoltà del giudice di disporre l'audizione delle parti, tra gli altri, cfr. BERGAMINI L., *sub art. 810 c.p.c., op. cit.*, p. 596; GIOVANNUCCI ORLANDI C., *sub art. 810 c.p.c., in L'arbitrato, op. cit.*, p. 222; NELA P.L., *sub art. 810 c.p.c., in Le recenti riforme del processo civile op. cit.*, Vol. II, p. 1666; RUFFINI G., *sub art. 810 c.p.c., Commentario breve al diritto dell'arbitrato, op. cit.*, p. 128, § 16.

⁽⁷⁸⁾ Si veda, *mutatis mutandis*, la questione circa la legittimità del rifiuto della parte originaria di « condividere » con il litisconsorte necessario pretermesso l'arbitro già nominato. Sul punto, Tribunale arb. Milano, lodo 7 febbraio 2011, Pres. ALPA - Arbitri INZITARI, DE NOVA (diss.), in *Riv. dir. proc.*, 2011, fasc. 5, p. 941 con nota di SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, fasc. 6, p. 1533; GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, in *Gius. Civ.*, 2012, fasc. 11-12, p. 2863; GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1, p. 293; CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 841; CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 589 e ss.

⁽⁷⁹⁾ PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, op. cit.* Vol. I, p. 582, 583; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c., op. ult. cit.*, p. 1729, § 21; Id., *sub art. 816 quater c.p.c., in Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale, op. cit.*, p. 211, § 13; SALVANESCHI L., *sub art. 816 quater, in La nuova disciplina dell'arbitrato, op. cit.*, p. 250; Id., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 487.

c.p.c. — che si riferirebbe al diverso caso in cui una convenzione espressamente preveda che il collegio arbitrale sia costituito da un numero pari di arbitri ⁽⁸⁰⁾.

Sul punto occorre nuovamente distinguere la necessità di nominare un ulteriore arbitro in fase di avvio del giudizio dalla sostituzione di questi a procedimento già avviato. Se nel primo caso è lecito dubitare della volontà delle parti di procedere col giudizio litisconsortile, nel secondo invece vi sarebbe una chiara manifestazione in tal senso. Difatti, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, le parti hanno espressamente acconsentito all'intervento del terzo; nei casi di cui al capoverso dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. il consenso delle parti è invece oggetto di presunzione assoluta. Nessun dubbio quindi che la volontà tanto del terzo quanto delle parti sia quella di instaurare un procedimento litisconsortile.

Occorre poi valutare un altro profilo: la possibilità di procedere alla designazione dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3° alla luce della tassatività dei metodi di costituzione del collegio posti dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Ebbene, non si ritiene che la nomina dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3° sia in contrasto con detta tassatività. Le ipotesi sono due. Le parti possono nominare un arbitro ciascuno e d'accordo rimettere la designazione dell'ulteriore arbitro al giudice. Si rientra allora nel caso in cui il collegio è espressione dell'accordo di tutte le parti. Oppure, nominato un arbitro ciascuno, le parti non trovano però l'accordo circa il deferimento ad un terzo ovvero al giudice della nomina dell'ulteriore arbitro. In questo caso il collegio risulterebbe composto da quattro componenti. Neanche così però si avrebbe un contrasto con quanto disposto dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°, né si uscirebbe dalle ipotesi ivi previste ⁽⁸¹⁾. Ad essere violato sarebbe invece l'art. 809 c.p.c. e con esso il principio di disparità del collegio. Per tale violazione allora lo stesso articolo prevede, in difetto di una diversa pattuizione, la designazione dell'ulteriore arbitro per via giudiziale. Pertanto, semmai si vuol intravedere una violazione dell'art. 816 *quater* c.p.c., essa non è data dalla nomina di un arbitro ciascuno ad opera delle parti e di quello ulteriore in via giudiziale, bensì solamente da quest'ultima. Sicché, il quesito allora è se la designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro violi l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° — ovvero si ponga come modalità di designazione estranea a quelle ivi indicate. Al quesito pare si debba rispondere negativamente perché: né il ricorso al giudice rappresenta un *vulnus* ai principi di terzietà, imparzialità ed equidistanza degli arbitri cui sottende l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°; né esso ricorso

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra* nota n. 79.

⁽⁸¹⁾ Su questo presupposto si fonda invece la tesi della prevalenza delle disposizioni di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 2° e comma 3° in luogo dell'art. 809 comma 3°, cfr. *supra* nota n. 79.

costituisce un meccanismo a sé, ulteriore e pertanto inammissibile. L'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° non distingue in alcun modo i casi in cui, dopo che l'attore abbia nominato il proprio arbitro e le altre parti abbiano provveduto a nominare un egual numero di arbitri, il collegio risulti composto da un numero pari o dispari di arbitri. Ciò a ragione, in quanto il principio di disparità del collegio viene invece posto dall'art. 809 c.p.c. In questo senso si può quindi ritenere che l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° implicitamente rimandi proprio all'art. 809 c.p.c. e, con esso, alla previsione che, qualora la convenzione porti alla costituzione di un collegio composto da un numero pari di componenti, le parti possano adire il giudice al fine di nominare l'ulteriore arbitro. Si può allora ritenere che la designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c., lungi dall'essere un metodo di costituzione alieno all'elencazione fatta dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°, ne costituisca invece una naturale appendice.

Alla luce di quanto esposto nel presente paragrafo, si ritiene allora possibile procedere alla designazione giudiziale del sostituto arbitro in due occasioni: qualora le parti, d'accordo sulla nomina congiunta dell'arbitro, rimangano tuttavia inerti; ovvero laddove, nei termini sopra esposti, si debba procedere alla nomina dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c.

5. A conclusione del presente scritto si possono svolgere delle considerazioni di ordine generale sulla sostituzione dell'arbitro venuto meno successivamente all'intervento di un terzo.

Si ritiene così che la sostituzione dell'arbitro nel contesto della lite con pluralità di parti, in particolare nel procedimento sorto come bilaterale e poi divenuto litisconsortile, risponda a regole proprie — non direttamente riferibili a quanto previsto dall'art. 811 c.p.c. Da un lato è ben vero che il principio della sopravvivenza della convenzione al venire meno degli arbitri trova applicazione tanto nel caso del procedimento bilaterale che litisconsortile. D'altro canto però, altri principî di cui all'art. 811 c.p.c. non sono direttamente applicabili alla sostituzione dell'arbitro nel procedimento che sia sorto bilaterale e poi sia divenuto litisconsortile. Si è visto difatti che non sempre è possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno secondo quanto previsto nella convenzione per la nomina. Si sono poi viste le difficoltà ed i limiti insiti nella sostituzione giudiziale nel contesto dell'arbitrato litisconsortile.

L'analisi è stata condotta sulla base della considerazione che un'impostazione formale del tema non avrebbe portato a risultati soddisfacenti. Non è dicendo che l'intervento del terzo lascia inalterato il contenuto della convenzione che si può definire se la sostituzione dell'arbitro debba avvenire secondo quanto originariamente stabilito. Il problema anzi è

quello di vedere come le originarie previsioni delle parti possano trovare applicazione in relazione ad un contesto che, a causa dell'intervento di un terzo, è venuto a mutare. Si è così creduto di trovare la soluzione al problema mediante la valorizzazione del potere dispositivo delle parti, consentendo loro di modificare l'iter delle regole di svolgimento del procedimento arbitrale. Solamente per tale via, a fronte dell'intervento di un terzo e della conseguente alterazione dell'originario bilanciamento di interessi, le parti potranno definire nuovamente un valido sistema di *checks and balances* in grado di condurre all'emanazione di un lodo giusto e percepito come tale.

The author analyses the problems arising in connection with the replacement of the arbitrator in multiparty proceedings. In this perspective, some of the rules provided by Art. 811 of the Italian Code of Civil Procedure, concerning the replacement of arbitrators in bilateral disputes, seem to be applicable also to multiparty procedures. This is the case of the principle of the continuous validity of the arbitration agreement irrespective of the death, resignation or challenge of the single arbitrator. However, the application to multilateral proceedings of the rule that the replacement of the arbitrator shall take place according to the original nominating process is open to uncertainty. This is true particularly whenever, after the joinder of a third party, the appointing method set by the arbitration agreement may not be suitable to the replacement of an arbitrator in a multilateral context. Furthermore, the same procedure for the judicial replacement of an arbitrator set by Art. 811 C.C.P. is subject to specific limits if applied in respect of multiparty arbitrations. In light of the above, party autonomy in the determination of the arbitration regime, including the nomination and the replacement of arbitrators, plays a crucial role: it bridges the gap between the legal framework and parties' necessities.