

# Il Bollettino

della Corte Arbitrale Europea  
Delegazione Italiana



Luglio 2005

## IN QUESTO NUMERO:

- 1 LA NOTIZIA
- 1 IL COMMENTO: ARBITRATO VERSO UN MODELLO UNITARIO (Prof. Avv. Sergio Menchini)
- 3 ARTICOLI:  
RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA (SANITARIA) E STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE: CONTRIBUTO AD UNA RIFLESSIONE (Avv. Prof. Natale Giallongo)  
  
ARBITRO, GIUDICE, AVVOCATO E CONSULENTE (Avv. Mauro Rubino-Sammartano)  
  
DIRITTO COMUNE E DIRITTO SPECIALE DELL'ARBITRATO (SOCIETARIO E ALTRI): INQUIETUDINI LEGISLATIVE (Avv. Mauro Rubino-Sammartano)
- 18 NOVITÀ LEGISLATIVE:
- 30 GIURISPRUDENZA
- 37 NOTIZIE

## NOVITÀ LEGISLATIVE IN ARRIVO IN MATERIA DI ARBITRATO E CONCILIAZIONE

Si annunciano importanti novità in materia di arbitrato nell'ambito della riforma del processo civile. Pubblichiamo un tempestivo intervento del Prof. Sergio Menchini sulla riforma dell'arbitrato di cui all'articolo 1, comma 3, lettera b) della legge delega 80/2005 sulla competitività e – nella sezione “novità legislative” - il testo della disposizione della legge delega stessa, il testo dello schema di decreto legislativo (al 6 luglio 2005, gentilmente fornitaci dal prof. Menchini) contenente la riforma dell'arbitrato preparato dalla Commissione presieduta dal Sottosegretario On. Luigi Vitali (della quale è stato chiamato a fare parte il nostro Presidente Mauro Rubino Sammartano) e il testo della relazione. Tra le novità principali previste segnaliamo l'equiparazione del lodo arbitrale alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; la competenza degli arbitri a risolvere tutte le questioni che incidono sulla decisione della controversia, anche se riguardano materie non rientranti nella convenzione di arbitrato; la facoltà degli arbitri di chiedere al giudice l'emissione di ordinanze di comparizione di testi che si

rifiutino di comparire; la responsabilità degli arbitri per danni arrecati alle parti quando con dolo o colpa grave omettono o ritardano atti dovuti o rinunciano al mandato. Intanto anche sul fronte della conciliazione si registrano novità (Il Sole 24 Ore del 7 luglio 2005), con la previsione dell'allargamento della conciliazione dal processo in materia societaria a tutte le controversie civili e commerciali che interessano diritti disponibili comprese quelle che hanno natura internazionale (emendamento al disegno di legge sulla competitività presentato dagli On. Giorgio Benvenuto ed Enrico Buemi)

cm

## ARBITRATO VERSO UN MODELLO UNITARIO

**Prof. Avv. Sergio Menchini**, ordinario di diritto processuale civile, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Pisa

Il Parlamento nell'ambito del disegno di riforma della giurisdizione civile ormai definitivamente varato, ha ritenuto opportuno occuparsi anche dell'arbitrato: l'articolo 1, comma 3, lettera b), attribuisce al Governo delega per novellare la disciplina dell'arbitrato, inteso come strumento privato di soluzione delle liti, alternativo rispetto alla giurisdizione dello Stato. In tale modo, se la delega verrà tempestivamente esercitata dall'esecutivo, l'opera di rinnovamento di questo istituto potrà dirsi completata: accanto al nuovo arbitrato societario, si avrà l'arbitrato di diritto comune ristrutturato nei suoi connotati essenziali.

**La delega relativa all'arbitrato** (Legge 80/2005, articolo 1, comma 3, lettera b) - Ma qual è il disegno perseguito dal legislatore delegante? Sembrano emergere, principalmente, tre linee guida:

- 1) ampliamento dell'area delle controversie compromettibili e dei poteri cognitivi dell'arbitro;
- 2) superamento della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, con proposizione di un modello unitario da adottare in modo generalizzato, salva diversa volontà delle parti;
- 3) predisposizione di un rito determinato nei suoi contenuti in modo specifico dalla legge, il quale dà vita a pronunce i cui effetti sono eguali a quelli della sentenza. Ne esce una figura dai contorni chiaramente delineati: l'arbitrato si fonda sull'autonomia privata, ma è una vera e propria giurisdizione, sebbene di tipo privatistico, in quanto si svolge attraverso processi a elevato tasso formale e mette capo ad accertamenti identici per oggetto e pereficacia a quelli resi dai giudici dello Stato. Il principio informatore della legge delega è costituito dalla «razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato», allo scopo di favorire il ricorso a esso per la tutela dei diritti. I criteri direttivi, per lo più assai specifici, a volte si

prefiggono di affrontare nodi non risolti dalla normativa in vigore (si pensi alla disciplina della pluralità di parti e ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria), altre volte intendono superare interpretazioni giurisprudenziali che molto hanno fatto discutere, anche con riguardo alla compatibilità con i principi costituzionali (è questo il caso dell'ammissibilità della tutela cautelare in presenza di arbitrati irrituali), altre volte ancora compiono scelte di fondo, capaci di influenzare in maniera rilevante la ricostruzione anche dogmatica dell'istituto (si consideri l'equiparazione, in punto di efficacia, del lodo alla sentenza). Se si passa a scrutinare le direttive del parlamento, ci si avvede che l'arbitrato è rivisitato in pressoché tutti i suoi aspetti fondamentali ed è destinato a subire trasformazioni radicali; giova, allora, ripercorrere i passaggi salienti di questa operazione.

**A) Il venir meno della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato libero** - Sono attenuate, anzi tendono a venire meno, le distinzioni tra arbitrato rituale e arbitrato libero, posto che le disposizioni del codice di rito devono «trovare sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato»; è vero che «è fatta salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale», però le deroghe debbono essere espresse, così rimarcandosi l'eccezionalità della regolamentazione pattizia, e incontrano vincoli insuperabili: oltre al tradizionale rispetto del principio del contraddittorio, debbono essere assicurate «la sindacabilità della decisione per vizi del procedimento» e «la possibilità di fruire della tutela cautelare». Ciò significa che, a prescindere dal tipo di arbitrato e anche quando le parti abbiano stabilito regole speciali in punto di criteri e di efficacia della decisione, da un lato, deve sempre essere consentita la rilevazione degli *errores in procedendo*, sulla base della loro rilevanza legale, e, dall'altro lato, deve sempre essere permesso il ricorso alla tutela cautelare, restando impregiudicato, peraltro, se essa debba avvenire di fronte al giudice dello stato oppure dinanzi agli arbitri.

**B) Soppressione della disciplina dell'arbitrato internazionale** - Si stabilisce la formale soppressione della disciplina dell'arbitrato internazionale, oggi contenuta negli articoli 832 e seguenti del Cpc; tuttavia, essa è destinata a risorgere come modello cui deve ispirarsi, salvi gli opportuni adattamenti, la nuova normativa sull'arbitrato interno, con la precisazione che, in ordine a questo, non è consentita la riduzione dei mezzi di impugnazione, oggi stabilita per l'arbitrato internazionale dall'articolo 838 del codice di procedura civile.

**C) Gli effetti sull'arbitrato amministrato** - La *vis* espansiva della legge colpisce anche l'arbitrato amministrato; la potestà regolamentare degli enti che conti con una disciplina-quadro legale, la quale deve imporre, in punto di nomina degli arbitri, la sussidiarietà dell'intervento dell'istituzione arbitrale rispetto alla volontà delle parti.

**D) Le controversie compromettibili** - Di assoluta rilevanza è l'intervento in materia di controversie compromettibili: salva diversa disposizione di legge, «unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato è la disponibilità dell'oggetto»; inoltre, per la stipulazione sia di compromesso sia di clausola compromissoria, deve essere introdotto un unico criterio di capacità, riferito al «potere di disporre in relazione al rapporto controverso». Viene così eliminato, per stabilire l'arbitrabilità, il riferimento alle controversie che non possono formare oggetto di transazione, contenuto nell'articolo 806 del Cpc; con tutta evidenza, scopo del delegante è di rimuovere i limiti all'arbitrato costituiti dalla presenza di norme imperative, che soprattutto la giurisprudenza ha desunto dal combinato disposto degli articoli 1972 e 1418 del Cc. **E) I rapporti tra arbitro e giudice** - Si attribuisce al Governo la delega per disciplinare «i rapporti tra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio». Tale delega, seppure forse generica, è quanto mai opportuna, considerate le attuali incertezze in punto di litispendenza, continenza e sospensione del giudizio arbitrale, vuoi in ordine alla natura e al regime dell'eccezione di compromesso.

**F) Gli effetti del lodo** - Si prescrive all'esecutivo di prevedere

che «il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza»; quindi, si rafforza il concetto già espresso dall'articolo 823, ultimo comma, del Cpc, per il quale «il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua sottoscrizione», parificando, quanto a efficacia, il lodo, anche non omologato, alla sentenza. L'intervento legislativo è finalizzato a porre fine alla diatriba sugli effetti del lodo, di sentenza o di contratto, accogliendo la teoria giurisdizionale e rigettando quella negoziale, tornata in auge di recente a seguito di alcuni noti pronunciamenti della Suprema corte.

**G) La revisione dell'impugnazione per nullità** - Si persegue la revisione dell'impugnazione per nullità, attraverso due rilevanti modifiche: da un lato, il sindacato circa l'osservanza delle regole di diritto è consentito solo se le parti lo abbiano espressamente previsto, restando in ogni caso assicurato il controllo del rispetto «dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» (quindi, è capovolto l'attuale sistema e viene introdotta una clausola di contrarietà all'ordine pubblico); dall'altro lato, sembra, essere escluso che all'eventuale annullamento del lodo segua sempre, salva diversa volontà delle parti, la pronuncia di merito, essendo rimesso al Governo il compito di individuare le ipotesi in cui ciò debba accadere.

**H) La pluralità delle parti nel giudizio arbitrale** - Viene disciplinata la pluralità di parti nel giudizio arbitrale, imponendo al legislatore delegato di regolare la successione nel diritto controverso e la partecipazione di terzi al processo, a seguito di intervento o di chiamata; si indica pure che, in ordine alla nomina degli arbitri e alla composizione del collegio, temi che tanti problemi hanno posto proprio nei casi di arbitrati multiparte, deve essere garantito il rispetto della «volontà originaria o successiva delle parti», escludendosi così la possibilità di rimettere la nomina dell'intero collegio a terzi, quante volte ciò non sia previsto dal patto compromissorio o sia addirittura in contrasto con le scelte compiute dalle parti con tale patto.

**I) La regolamentazione legale del processo** Si accentua la regolamentazione legale del processo arbitrale; dovranno essere disciplinati per legge aspetti sino a oggi non regolamentati, quali quelli relativi all'indipendenza, all'imparzialità e alla responsabilità degli arbitri, all'istruzione probatoria, con l'innesto di adeguate forme di assistenza giudiziaria, ai termini e alle modalità per la pronuncia del lodo.

**Le luci e le ombre** - Dunque, la delega è molto ampia, in quanto l'esecutivo è chiamato a riscrivere il rito arbitrale in tutti i suoi momenti cruciali (oggetto del patto compromissorio, rito applicabile, efficacia del lodo, rimedi impugnatori), occupandosi anche di istituti che sino a oggi il legislatore ha evitato di prendere in considerazione (uno per tutti, l'arbitrato multiparte). Come sempre accade, le luci si alternano alle ombre; tuttavia, in questo caso, le prime sono assolutamente predominanti. I previsti interventi sulla compromettibilità delle controversie, sull'articolo 819 del Cpc, sui rapporti tra giudizio arbitrale e processo ordinario, sulla tutela cautelare in presenza di arbitrato libero, sulla pluralità di parti, sull'efficacia del lodo sono da valutare in modo positivo: non soltanto perché si è deciso di intervenire su tali temi, ma anche perché le direttive fornite vanno nella direzione di favorire il ricorso all'arbitrato e la circolazione del lodo. Semmai, vi è un aspetto che non convince appieno: si va verso un unico modello di arbitrato fortemente ritualizzato, in quanto caratterizzato da una articolata e dettagliata disciplina legale. La legge, in ambiti sempre maggiori, prende il posto della volontà delle parti; la regola legale, quasi sempre, opera in prima battuta, salva diversa volontà delle parti, e non più in via meramente sussidiaria, in assenza di apposita disciplina pattizia; sono, quindi, ribaltati i tradizionali rapporti, in materia di arbitrato, tra autonomia privata e disciplina legale. Ciò che non si può rimproverare al legislatore è l'assenza di un disegno; questo può piacere o meno, ma c'è ed è chiaro: l'arbitrato,

inteso in modo unitario, è giurisdizione privata, i cui svolgimenti e i cui prodotti sono analoghi a quelli della giurisdizione dello Stato; esso consiste in un processo a elevato tasso formale, che, pur svolgendosi di fronte a giudici privati, ha lo scopo di risolvere una lite mediante un provvedimento che ha natura ed effetti di sentenza.

## **RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA (SANITARIA) E STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE: CONTRIBUTO AD UNA RIFLESSIONE\***

**Prof. Avv. Natale Giallongo** – *Docente di Diritto Processuale Civile presso la facoltà di Scienze Politiche “Cesare Alfieri” di Firenze*

**SOMMARIO:** 1) *Oggetto dell’indagine;* 2) *rilevi preliminari:* a) *sulla rilevanza del contenzioso;* b) *sulle opinioni giurisprudenziali;* c) *sul costo del contenzioso;* 3) *individuazione dei (possibili) rimedi:* a) *l’attività conciliativa;* b) *l’arbitrato;* 4) *il ruolo degli istituti assicurativi;* 5) *riflessioni su alcune proposte di legge:* a) *sul concetto di responsabilità professionale medica;* b) *sugli obblighi degli istituti assicurativi;* c) *sull’azione diretta del danneggiato nei confronti delle assicurazioni;* d) *sulla disciplina dell’arbitrato;* e) *sulla legittimità della previsione dell’albo nazionale degli arbitri e dei consulenti tecnici;* 6) *riflessioni conclusive.*

§ 1) La presente indagine intende approfondire il tema degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (tentativo di definizione bonaria – conciliazione – e devoluzione della decisione a giudici privati – arbitrato-) che hanno origine nelle pretese risarcitorie conseguenti ad attività professionale sanitaria<sup>1</sup>; tali rimedi sono proponibili da utenti del servizio sanitario che assumono l’esistenza di un danno senza la necessità di adire gli organi giurisdizionali statuali<sup>2</sup>.

\* \* \*

§ 2) L’indagine necessita di alcune premesse.

A) Il contenzioso in esame ha assunto, negli ultimi anni, notevole rilevanza sia a livello quantitativo che per la consistenza economica delle richieste dedotte in giudizio.

E’ semplicistico, a mio avviso, ritenere che l’incremento delle liti sia dovuto solo ad un aumento degli errori del personale sanitario ed, in particolare, dei medici.

Con ogni probabilità, i pazienti hanno acquisito maggiore consapevolezza dei loro diritti e non intendono rinunciare alla tutela nelle sedi giudiziarie competenti (civili e penali).

Sono, peraltro, aumentate le aspettative di guarigione; l’utilizzazione sempre maggiore di nuove tecnologie d’indagine e d’intervento può avere inciso anche sul tradizionale rapporto di fiducia *intuitus personae* tra paziente e medico. In questi ultimi anni è venuto meno anche il timore reverenziale dei cittadini nei confronti della classe medica; da una probabile carenza di tutela del paziente si è pervenuti ad un’aperta critica, anche tramite i mass media, nei confronti degli operatori sanitari.

La constatazione proposta trova conferma nelle indagini pubblicate sulle riviste specializzate. Secondo le stime di alcune compagnie assicurative in Italia, ogni anno, su otto milioni di ricoveri in strutture pubbliche circa trecentoventimila pazienti (il 4%) assumono l’esistenza di danni (dei quali un quarto dovuti a colpa professionale); le richieste di risarcimento sono circa 150 mila; di queste 12 mila pendono davanti ai giudici.

La segnalazione d’errori (o di “malasanità”) pervenute al Tribunale di diritti del malato nel 2003 sono concentrate per oltre il 50% in quattro aree: Ortopedia e traumatologia (17,5%); Oncologia (13,2%); Ostetricia e ginecologia (13,1%); Chirurgia generale

(11,8%). Le richieste di indennizzo sono state quantificate in almeno 10-15 milioni di Euro<sup>3</sup>.

Le dinamiche e le cause del fenomeno sono percepibili dagli addetti ai lavori; in questa sede mi limito a prendere atto dell’esistenza di “settori caldi” dove il rischio professionale assume maggiore probabilità (anche per il rischio assicurativo).

Il dato su cui, a mio avviso, occorre riflettere è che nel nostro Paese un medico ginecologo su sette è destinato nella carriera a subire un contenzioso per danni subiti in sala parto; secondo stime, più o meno attendibili, in venti anni d’attività il ginecologo ha anche una consistente probabilità (8%) di ricevere un invito a comparire quale persona coinvolta in un processo penale<sup>4</sup>.

Dal riferimento alle statistiche consegue il timore che i medici, più o meno coscientemente, siano indotti ad interventi “cauti”, limitando al massimo i “rischi”, con le ovvie conseguenze sulla qualità dell’assistenza<sup>5</sup>.

Il proliferare costante del contenzioso e la pendenza di numerosi processi penali nei confronti dei medici costituiscono, quindi, un problema di cui il Servizio Sanitario Nazionale deve farsi carico sia per i profili economici delle pretese risarcitorie che per il rapporto di causa-effetto sulla qualità del servizio svolto a favore dell’utente.

B) La seconda constatazione è relativa alle opinioni espresse negli ultimi anni dalla giurisprudenza nel contenzioso per responsabilità professionale medica (sanitaria)<sup>6</sup>.

L’ambito di applicazione dell’art. 2236 c.c. (secondo cui la responsabilità del professionista è limitata alle ipotesi di dolo o colpa grave nei casi di problemi clinici di speciale difficoltà) si è progressivamente ridotto; dal mancato raggiungimento del risultato per interventi di facile soluzione sembra conseguire, peraltro, la presunzione della negligenza del professionista<sup>7</sup>.

Assume rilevanza sul tema la classica (e nota) distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; una recente dottrina ha proposto la diversa teoria della responsabilità per contatto sociale<sup>8</sup>.

La giurisprudenza, in caso di inesatto adempimento nei confronti del paziente, era solita ritenere sussistente la responsabilità contrattuale a carico della struttura pubblica e quella extracontrattuale nei confronti del personale sanitario.

Come rilevato da recente indagine<sup>9</sup> la distinzione non ha solo profili teorici ma assume notevole rilevanza concreta in quanto:

- l’onere della prova della sussistenza della colpa professionale grava sul sanitario in caso di responsabilità contrattuale ed, invece, sul paziente in caso di responsabilità aquiliana<sup>10</sup>;
- diversi sono i termini di prescrizione (dieci anni per la contrattuale e cinque per la extracontrattuale) e la natura dei danni risarcibili (solo quelli prevedibili al momento in cui è sorta l’obbligazione, salva la dimostrazione del dolo, ex art. 1225 c.c., nella prima ipotesi; anche quelle non prevedibili nella seconda);
- il danno c.d. morale è risarcibile solo in caso di responsabilità extracontrattuale.

La Cassazione, da alcuni anni, ha ricondotto sia la responsabilità della struttura pubblica che del medico alla natura contrattuale in quanto con la richiesta di prestazione sanitaria si costituisce un rapporto giuridico (contratto di specialità) di natura pubblicistica tra il privato e la P.A. e tale rapporto, ai sensi dell’art. 28 della Costituzione, si estende anche al medico<sup>11</sup>.

La Suprema Corte, in recepimento della ricostruzione di Castronovo, ha di recente posto a fondamento della responsabilità professionale medica una “obbligazione senza prestazione” che si concretizza in un obbligo di comportamento nei confronti del paziente che su tale professionalità ha fatto affidamento entrando in “contatto” con il sanitario: questi è soggetto agli obblighi conseguenti al proprio *status* sia nei confronti dell’ospedale che del paziente<sup>12</sup>.

Le Sezioni Unite hanno anche gravato il medico dell’onere di

provare la correttezza del proprio operato, e quindi le modalità concrete della prestazione anche nel caso d'interventi di difficile esecuzione<sup>13</sup>; è, quindi, venuta meno la distinzione con gli interventi di facile esecuzione prevista dall'art. 2236 c.c..

Lo stesso giudice ha qualificato quale obbligo di risultato, e non di mezzi, quello assunto da un medico che aveva assicurato, ad esempio, l'esito positivo dell'intervento di sterilizzazione di una donna rimasta incinta<sup>14</sup>.

Con decisione resa in tema di responsabilità penale la Cassazione ha ritenuto sussistente il nesso di causalità anche in termini di consistente credibilità (da accertare tramite la verifica e l'indagine giudiziale anche del concreto operare, nel caso, dell'esclusione delle altre possibili cause dell'evento<sup>15</sup>).

L'indagine giurisprudenziale richiederebbe i necessari approfondimenti; nell'ottica del tema affidato è sufficiente constatare che la posizione processuale del S.S.N. e del medico si è in questi ultimi anni notevolmente aggravata in quanto:

- il paziente ha (solo) l'onere di provare il danno ed il nesso causale tra questo e la prestazione;
- il medico ha l'onere di provare la correttezza della prestazione (esattezza dell'adempimento) o l'impossibilità di una prestazione diversa.

Il recente indirizzo favorevole al paziente trova fondamento, con ogni probabilità, anche in valutazioni sulle concrete possibilità di tutela del diritto del paziente<sup>16</sup>.

Secondo comune esperienza non risulta agevole per i cittadini non solo acquisire copia (e comprendere il contenuto) della cartella clinica (di frequente almeno lacunosa) ma anche dedurre prove testimoniali, spesso, di colleghi del medico convenuto; con i conseguenti problemi d'ammissibilità e d'attendibilità in quanto i testi possono essere soggetti coinvolti – a vario titolo – nella vicenda (e soggetti al potere gerarchico del primario).

La delibazione del fondamento della domanda risarcitoria richiede, di frequente, anche l'ammissione di una consulenza tecnica sulla dinamica del trattamento terapeutico e, quindi, sull'accertamento della colpa e del nesso causale (è frequente rinvenire riserve sull'attendibilità di tali accertamenti perché quando i medici sono chiamati a giudicare l'operato di colleghi possono apparire agli interessati "giudici" poco attendibili).

La perizia è destinata, peraltro, ad assumere consistente – se non decisiva - importanza ai fini della decisione in quanto il magistrato, carente di specifiche cognizioni mediche, è tenuto ad esternare congrua motivazione ove intenda discostarsi dalle risultanze alle quali è pervenuto il C.T.U. .

In sintesi: la giurisprudenza è indotta, anche nel rispetto dei principi costituzionali del diritto alla salute desumibili dall'art. 32 e del peculiare rapporto che si viene ad instaurare fra il paziente e la struttura sanitaria, a ridurre gli oneri probatori gravanti sul soggetto che propone la domanda per responsabilità professionale medica; nel contempo, tali oneri sono divenuti più gravosi a carico della struttura e del sanitario, con conseguente aumento delle probabilità d'accoglimento delle richieste risarcitorie attivate nei loro confronti.

C) La terza constatazione riguarda i costi sociali del contenzioso; intendo riferirmi non solo agli oneri economici sul Servizio Sanitario Nazionale ma anche all'aggravio di lavoro per gli organi di giustizia statale già onerati da una mole considerevole di processi (secondo le statistiche desumibili dalle annuali relazioni del Procuratore Generale presso la Cassazione sono pendenti davanti ai Tribunali italiani circa 3.500.000 cause civili e 5.700.000 processi penali; i tempi medi per pervenire ad una decisione civile in primo grado sono almeno di tre anni; la definizione del giudizio può richiedere anche sette-otto anni<sup>17</sup>; la relazione dell'anno 2003 ha previsto che nel 2010 i tempi per il solo giudizio in Cassazione non potranno essere inferiori ai sei-sette anni).

Ulteriore, non trascurabile, costo per la collettività consegue dall'incidenza del contenzioso sul rapporto di fiducia fra le strutture

sanitarie e l'utente: quando un paziente ritiene di avere subito un danno assume spesso un atteggiamento di ritorsione, di aperta conflittualità, anche personale, nei confronti dei medici e, più in generale, del Servizio Sanitario Nazionale.

Il frequente deposito di esposti-querelle davanti ai Tribunali penali e la quasi certa divulgazione tramite gli organi di informazione di dati fattuali ancora da accertare si ripercuotono negativamente sulla credibilità delle strutture, sul buon nome del medico e sul rapporto di fiducia fra il Servizio Sanitario Nazionale e gli utenti.

\* \* \*

§ 3) L'indagine sulla rilevanza e sui costi del contenzioso non presenta eccessive difficoltà; meno agevole risulta l'individuazione dei (possibili) rimedi.

Certo, in astratto, se i medici non commettessero errori non vi sarebbe ambito di contestazione dei pazienti e, quindi, di contenzioso.

Purtroppo la medicina non è una scienza esatta; un paziente può reagire ad un trattamento terapeutico – astrattamente idoneo – in senso favorevole o meno; la terapia può essere efficace per un paziente ed invece letale per altro anche per concorrenti cause non facilmente prevedibili al momento dell'intervento.

L'accertamento della colpa del sanitario e del nesso causale tra il trattamento terapeutico e l'evento dannoso, non sempre agevole, è condizionato, sovente, dalla indagine peritale.

Ogni categoria professionale non è esente da errori; quelli del medico sono, purtroppo, destinati ad assumere notevole, se non irreversibile, rilevanza per il paziente.

E' possibile, ragionevolmente, incidere sull'efficienza ed organizzazione della struttura sanitaria, sulla professionalità ed aggiornamento del personale medico e paramedico ma, certo, non può essere escluso l'errore del sanitario<sup>18</sup>.

Di recente, il legislatore ha risposto all'esigenza di accordare una tutela a favore degli utenti dei servizi pubblici che, per la sua effettività, a mio avviso, non può essere limitata ai comportamenti di diniego o limitazioni all'accesso delle prestazioni ma deve essere estesa anche alle violazioni di leggi o regolamenti da parte degli operatori.<sup>19</sup>

L'art. 14 della legge 23 ottobre 1992, n. 502, (diritti dei cittadini)<sup>20</sup> ha previsto l'adozione di una "carta dei servizi pubblici sanitari", approvata nel testo redatto dal Ministero della Sanità con D.P.C.M. 19 maggio 1995.

Nell'ambito toscano la Giunta regionale ha dato attuazione alle linee guida nazionali con l'approvazione di direttive vincolanti per la disciplina regolamentare delle Aziende Sanitarie Locali; la recente legge 8 marzo 2000, n. 22, all'art. 19, ha confermato le modalità per la partecipazione dei cittadini e la tutela dei diritti dell'utenza. Lo stesso Ente, di recente, ha istituito un "centro regionale per la gestione del rischio clinico e la sicurezza del paziente".

In applicazione della normativa vigente, e nell'ambito delle competenze attribuite alle Regioni dalla recente riforma del titolo V della Carta Costituzionale, ritengo opportuno riflettere sulla utilità dell'introduzione di un sistema di istituti alternativi di definizione delle controversie per consentire tempestiva, e quindi efficace, tutela agli utenti del servizio sanitario.

La previsione – o rafforzamento – di tali istituti, da parte del Legislatore (statale e/o regionale) potrà perseguire anche risultati deflattivi del contenzioso davanti ai tribunali, nonché l'instaurazione di un corretto rapporto di fiducia con i cittadini.

A) L'attività conciliativa.

Come già rilevato, il legislatore statale con l'approvazione della carta dei servizi (ex art. 2, d.p.c.m. 19 maggio 1995) e quello regionale con i provvedimenti di competenza hanno inteso disciplinare un sistema di tutela per il cittadino anche in ipotesi di violazione di leggi o regolamenti da parte degli operatori sanitari. La tutela (anteriore alla fase giudiziale) si concreta con la

costituzione presso le Aziende Sanitarie di un Ufficio relazioni pubbliche in prima istanza (U.R.P.) e di una commissione mista conciliativa in seconda<sup>21</sup>.

I reclami per comportamenti imputabili a soggetti preposti ai servizi (che non incidono sui termini per l'attività nelle sedi giudiziarie) sono trasmessi all'U.R.P. che è tenuto, dopo l'adeguata istruttoria, a rispondere all'utente<sup>22</sup>.

Il cittadino, se insoddisfatto (od in mancanza di risposta), ha la possibilità di adire la Commissione mista conciliativa (composta da sette membri dei quali tre dipendenti dell'azienda sanitaria e tre rappresentanti dell'associazione di volontariato, oltre il Presidente).

Nell'ambito toscano le "direttive regionali" (approvate con delibera di Giunta 17/5/04 n. 462) hanno demandato alla Commissione:

- la conciliazione fra le parti;
- la verifica della sussistenza d'eventuali profili per l'attivazione di procedimenti amministrativi, civili o penali.

La decisione viene trasmessa al Direttore Generale che può recepirlo o adottare provvedimento anche di contenuto diverso, previa richiesta di riesame della Commissione; si tratta, quindi, di attività di consulenza nei confronti del Direttore che mantiene autonomia decisionale (anche per il necessario reperimento delle risorse economiche necessarie per l'eventuale conciliazione).

Peraltro, secondo quanto previsto dalle direttive regionali, se dalla disamina dei reclami consegue una possibile responsabilità professionale degli operatori sanitari l'istruttoria del U.R.P. e della Commissione è limitata "agli aspetti relazionali ed organizzativi".

La richiesta di natura risarcitoria è trasmessa alla Direzione Sanitaria per l'inoltro all'U.O. Affari Legali.

A mio avviso il sistema vigente non è idoneo a consentire effettiva tutela per il cittadino e, quindi, prevenire efficacemente (in termini di quantità e qualità) il contenzioso, se non altro per le modalità di costituzione della Commissione e le competenze ad essa attribuite.

Esprimo perplessità anche in riferimento all'attività di Difensore Civico Regionale che ha, almeno in Toscana, solo la possibilità di intervento sulle strutture sanitarie e di acquisizione della documentazione a seguito di motivate richieste dei soggetti interessati<sup>23</sup>.

L'attività conciliativa<sup>24</sup>, già prevista dalla normativa statale e regionale anche presso le strutture sanitarie, dovrebbe essere rafforzata con specifico riferimento al contenzioso per responsabilità professionale medica; negli ultimi anni è costante il *favor* del legislatore verso l'istituto: ad esempio il D.Lgs. 80/98 ha richiesto la conciliazione quale necessario presupposto per l'instaurazione di una controversia di lavoro<sup>25</sup>; analoga scelta è stata recepita con la legge 18 giugno 1998 n. 192 che disciplina il contratto di sub fornitura industriale; il D.Lgs. 5/2003 ha previsto, all'art. 38, per le controversie societarie gli organismi di conciliazione, consentendo l'introduzione nello statuto anche di clausole che ne prevedano l'obbligatorietà<sup>26</sup> (di recente - decreto 23 luglio 2004 n. 222 - è stato emanato il regolamento per la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione degli organismi preposti); è stata presentata il 17 febbraio 1998 alla Camera dei Deputati una proposta di legge (On. Folena) che richiede il tentativo di conciliazione quale necessario presupposto per le liti giudiziarie<sup>27</sup>, nonché, altra - 5 marzo 2002 - (on. Cola) sulla promozione della conciliazione stragiudiziale professionale (la proposta è stata approvata dalla Commissione giustizia in data 11 novembre 2003)<sup>28</sup>. Il recente progetto di legge delega per la riforma del codice di procedura civile (redatto dalla Commissione Vaccarella), approvato dal Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2003, ha confermato la conciliazione - non obbligatoria - quale strumento di composizione extragiudiziale delle controversie<sup>29</sup>.

L'ordinamento ha, peraltro, disciplinato, da tempo, la conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio<sup>30</sup> in materia di

subfornitura<sup>31</sup> e per la tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti<sup>32</sup>.

Anche l'indagine comparativa conferma la validità dell'ipotesi di lavoro proposta.

Secondo quanto riferito da un recente saggio<sup>33</sup> in molti stati degli U.S.A. prima di attivare una azione risarcitoria per responsabilità professionale medica le parti sono tenute ad esperire un tentativo di conciliazione (A.D.R.).

L'attività conciliativa appare anche idonea a promuovere la cultura della cosiddetta "giustizia coesistenziale"<sup>34</sup> finalizzata a ricucire "lo strappo" fra le strutture sanitarie (ed il medico) e cittadino.

L'attività consentirebbe, con ogni probabilità, di definire con soddisfazione almeno le (micro) conflittualità che richiedono buon senso e maggiore attenzione - disponibilità - degli uffici.

Secondo comuni esperienze, alcuni pazienti sono indotti dopo l'evento dannoso ad adire le sedi giurisdizionali anche perché hanno avuto difficoltà ad acquisire copia della cartella clinica<sup>35</sup> o ritengono di non avere avuto dal personale sanitario risposte esaurienti sulle cure prestate.

L'istituzione di un efficace sportello "filtro" (e di una Commissione mista conciliativa per l'utenza), appare idonea, comunque, al ripristino di un corretto rapporto di fiducia fra struttura e l'utente.

Non intendo certo sostenere che tali organi siano sufficienti a consentire, da soli, la definizione delle richieste risarcitorie per gli eventi dannosi più gravi; a mio avviso l'attività conciliativa - sia pure non obbligatoria - consentirebbe di attivare un fruttuoso confronto dialettico fra le parti e risolvere i casi meno gravi<sup>36</sup>.

La soluzione proposta richiede - oltre che l'idonea pubblicità - anche un mutamento di cultura da parte di tutti i soggetti preposti al servizio sanitario (personale medico, infermieristico, amministrativo); è indispensabile una specifica competenza e professionalità (anche di natura psicologica, o almeno relazionale)<sup>37</sup> dei dipendenti degli uffici preposti ai contatti con il pubblico.

E' importante anche una riflessione sui rapporti fra organismi conciliativi e legale rappresentante dell'Azienda. Le modalità di costituzione e la mancanza di autonomia<sup>38</sup> dalla Commissione previste, ad esempio, dalla vigente normativa regionale toscana costituiscono consistente limite per un efficace rapporto fra paziente e struttura: i cittadini sono indotti a percorrere la soluzione conciliativa solo se affidata a soggetti terzi ed indipendenti e se sussistono concrete possibilità di definizione della lite<sup>39</sup>.

Auspico, quindi, un intervento finalizzato al rispetto di tali esigenze.

Per una proficua utilizzazione dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie è indispensabile anche dagli avvocati (e comunque dai professionisti interessati) un diverso approccio, con la maturazione delle necessarie esperienze anche in sede di formazione professionale<sup>40</sup>.

#### B) L'arbitrato.

L'attività conciliativa, anche se idonea ad incidere sul contenzioso, non consente di risolvere il problema del soddisfacimento delle pretese economiche quando la responsabilità professionale è contestata (o comunque in carenza di concrete volontà transattive).

Le richieste risarcitorie sono, peraltro, destinate a creare notevoli disagi (anche) agli utenti, stante i tempi lunghi necessari per la definizione di un processo civile (o comunque per pervenire ad un provvedimento giudiziale esecutivo)<sup>41</sup>.

La consistente attesa può indurre il paziente ad iniziative di natura penale; la pendenza del processo, non sempre di immediata utilità economica, è destinata ad incrinare ulteriormente il rapporto di fiducia dei cittadini con le strutture sanitarie anche per la divulgazione tramite i mass media di dati fattuali ancora non accertati dal giudice<sup>42</sup>.

La notizia della notifica di un invito a comparire ad un medico indagato in un processo penale suscita consistente allarme sociale; minore attenzione desta la notizia - se pubblicata - dell'archiviazione, dopo alcuni anni, dell'indagine o

dell'assoluzione in dibattimento: il danno subito all'immagine è ormai irreversibile in quanto sono stati messi in discussione il buon nome e la correttezza dell'operato del personale sanitario e della struttura.

La delibazione della sussistenza della responsabilità penale, almeno nella fase iniziale dell'indagine, consegue da consistente margine discrezionale dell'organo requirente; ad esempio, è stato richiesto il rinvio a giudizio di un primario ospedaliero, assente per ferie, per il decesso di un paziente ricoverato presso la U.O. da lui diretta perché ritenuto responsabile di insufficienze organizzative (tardiva assistenza in giorno festivo e mancato espletamento di indagini specialistiche, peraltro presso altra struttura).

I dirigenti delle unità operative sono stati ritenuti responsabili degli organi requirenti anche per mancanza di strumenti d'indagine, di farmaci o di personale, anche se segnalati da tempo alla direzione, se causa di omissioni o di ritardi che hanno procurato danni ai pazienti<sup>43</sup>. Sul medico radiologo, poi, secondo il D.Lgs. 21 febbraio 1995 n. 230, art. 111, gravano gli oneri di una diretta verifica della qualità, obsolescenza ed eventuale pericolosità delle apparecchiature.

I lunghi tempi necessari per la definizione del giudizio civile e l'esigenza di disincentivare il percorso penalistico confortano la prospettiva di privilegiare l'arbitrato quale strumento alternativo di risoluzione delle controversie che trovano titolo nella responsabilità professionale medica<sup>44</sup>.

L'utilizzazione dell'istituto consentirebbe, con ogni probabilità, una diminuzione del contenzioso davanti ai Tribunali in materia di responsabilità medica, dei costi della sanità, nonché di quelli giudiziari e assicurativi per le aziende e per i soggetti coinvolti.

Come si sa, il nostro ordinamento consente di demandare a giudici privati la possibilità di definire una controversia<sup>45</sup>, previo accordo (contratto di compromesso) fra le parti interessate<sup>46</sup>.

E' demandata agli arbitri l'emanazione di una decisione (lodo) alla quale l'ordinamento attribuisce, dopo la delibazione del Tribunale sulla sussistenza dei soli requisiti formali richiesti dal codice di rito, la stessa efficacia esecutiva di una sentenza.

E' consentito anche alle parti disciplinare il procedimento – arbitrato amministrato<sup>47</sup> - tramite il rinvio recettizio ad un regolamento approvato da un'istituzione (che per il contenzioso in esame potrebbe essere, ad esempio, la Camera Arbitrale da costituire presso ogni Regione)<sup>48</sup>.

L'istituto ha il consistente vantaggio di consentire entro breve tempo la risoluzione della controversia da parte di giudici privati dotati di competenza su argomenti, quale la responsabilità medica, che richiedono specifiche professionalità.

Nessuna situazione ostativa consegue dalla pretesa patrimoniale risarcitoria di cui il paziente richiede la tutela, in quanto diritto disponibile.

Sono consapevole che l'efficace utilizzazione dell'arbitrato richiede i necessari approfondimenti ed intese al fine di limitare i costi per il funzionamento del collegio e gli esborsi degli istituti assicurativi (in ogni caso sussistenti anche nei processi davanti al giudice statale); costituisce, a mio avviso, ipotesi di lavoro su cui riflettere proficuamente.

I problemi tecnici da approfondire concernono:

- le modalità per la formazione delle volontà compromissorie (sottoscrizione della polizza da parte della struttura e/o del personale o, solo dopo l'evento dannoso, quindi con il consenso del danneggiato);

- l'efficacia delle volontà compromissorie nei confronti del danneggiato, se estraneo, (che comunque ha la possibilità di aderire ad esse anche successivamente; intervenire in giudizio, quale titolare di una posizione riflessa)<sup>48bis</sup>;

- il ruolo degli istituti assicurativi, se estranei alla volontà compromissoria (v. infra il § 4);

- i rapporti con il processo penale<sup>49</sup>, se già pendente: un'eventuale sospensione dell'arbitrato<sup>50</sup>, in attesa della definizione del giudizio penale, ridurrebbe, di molto, l'utilità concreta dell'istituto.

L'approfondimento di tali delicate tematiche non è compatibile con

l'economia dell'intervento in quanto richiede attenta disamina, fra l'altro, della natura del giudizio arbitrale e del concetto di pregiudizialità-dipendenza.

Per quanto attiene l'ultimo profilo ritengo che dal contesto normativo siano desumibili alcuni principi:

a) la mancanza di espressa previsione che obblighi l'arbitro alla sospensione per pregiudizialità penale: l'art. 819 c.p.c. si limita a prevedere la sospensione solo quando nel procedimento sorge una "questione che non può costituire oggetto del giudizio arbitrale" ed il giudizio affidato ai giudici privati dipende dalla definizione di tale questione". E' almeno dubbio che la norma possa trovare applicazione nel giudizio arbitrale<sup>51</sup> anche per la cognizione di questioni connesse con i giudizi penali per meri fatti. Né è applicabile l'art. 819bis in quanto la disposizione, introdotta dal legislatore del 1994, è finalizzata a superare l'indirizzo giurisprudenziale che riteneva sussistente una *vis attractiva* della controversia pendente davanti al giudice togato civile in riferimento alla lite pendente davanti agli arbitri<sup>52</sup>;

b) il testo vigente dell'art. 295 c.p.c. – anche ove applicabile al giudizio arbitrale – non prevede espressamente l'obbligo della sospensione del processo civile, almeno per quanto attiene la connessione per meri fatti, dopo l'abrogazione del riferimento alla pregiudizialità penale<sup>53</sup> (in coerenza alla disciplina introdotta nel 1988 dall'art. 3 e 185 del codice di procedura penale);

c) l'obbligo di sospensione degli arbitri viene, quindi, meno ove non si ritengano applicabili alla pregiudizialità penale l'art. 819-819bis c.p.c. né la disciplina prevista dal novellato art. 295, o se si vuole dall'art. 337, secondo comma, c.p.c.<sup>54</sup>. Peraltro, l'art. 819 potrebbe indurre alla sospensione solo nell'ipotesi in cui l'accertamento del giudice penale della sussistenza del fatto reato costituisca elemento della fattispecie risarcitoria demandata agli arbitri;

d) la disciplina dell'efficacia del giudicato penale nel processo civile è desumibile dal titolo I del libro decimo del codice di rito penale ed, in particolare, dagli artt. 651 e ss. Tale efficacia è limitata alle decisioni già rese nelle azioni di restituzione e di risarcimento danno promosse nei confronti del condannato e del responsabile civile citato o intervenuto (tale limite consegue dall'esigenza di rispettare il principio del contraddittorio);

e) in tema di responsabilità medica, ex art. 2043 c.c., l'accertamento della colpa (intesa in senso penalistico) non costituisce, a mio avviso, "questione" pregiudiziale per la decisione demandata ai giudici privati. Dalla riforma del 1998, chi ha intenzione di richiedere il risarcimento danni (ad esempio un paziente per lesioni colpose o dolose subite durante un trattamento terapeutico) ha la possibilità di adire il giudice civile, in via autonoma, senza che l'accertamento derivante dal processo penale, nel frattempo instaurato anche *ex officio*, possa produrre effetti. I principi proposti sono applicabili a maggior ragione anche al giudizio arbitrale, per la peculiare natura e struttura, in quanto è almeno contestata l'automatica applicabilità ad esso delle disposizioni dettate dal codice di procedura civile e penale<sup>54bis</sup>;

f) l'accertamento del fatto-reato, e quindi della responsabilità penale, rimangono, senza dubbio, demandati alla competenza esclusiva del giudice statale in quanto rapporto non disponibile per le parti private.

g) non sussiste, peraltro, l'obbligo degli arbitri di denuncia e trasmissione all'organo requirente, ove ritengano configurabili gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio<sup>55</sup>.

Dalle pregresse constatazioni consegue, quale diretto corollario, la carenza di situazioni ostative all'attività cognitiva (dei giudici) e degli arbitri sui profili risarcitori se il processo penale non è stato attivato.

Ove invece sia pendente, le modifiche introdotte al rito penale e l'abbandono del principio (di natura ideologica) della prevalenza del processo penale (e dell'obbligo della vincolatività in altri giudizi dei fatti ivi accertati) consentono di esprimere perplessità –

se non escludere - la necessità della sospensione del giudizio (arbitrale) in attesa della definizione di quello (penale) pregiudiziale. Dal vigente art. 75 del c.p.p. consegue la conferma dell'atmeno tendenziale separazione dei due processi statuali, con possibilità di autonoma prosecuzione.

Le uniche eccezioni sono previste dal terzo comma della disposizione nell'ipotesi in cui sia stata già proposta l'azione civile nel processo penale ed emessa sentenza di primo grado.

Ai fini di evitare la sospensione del giudizio arbitrale, a mio avviso, potrebbe essere considerato sufficiente, ove il reato sia perseguibile solo ad istanza di parte, la previsione di rinuncia o la dichiarazione di remissione della querela del danneggiato in sede di sottoscrizione del compromesso arbitrale (o di estensione al paziente).

Anche nel caso in cui il reato sia perseguibile d'ufficio (lesioni personali dolose) potrà essere prevista ugualmente la rinuncia all'azione civile.

Peraltro, dopo le modifiche introdotte dalla legge 353/90 il processo penale ed il processo arbitrale (o civile) perseguono esigenze diverse; non è quindi configurabile il pericolo della contraddittorietà dei giudicati. La prospettiva dell'accertamento della responsabilità penale non coincide necessariamente con quello della responsabilità civile; lo stesso comportamento può assumere rilevanza solo ai fini risarcitori e non per l'applicazione della pena<sup>56</sup> (un'eventuale provvedimento di patteggiamento, ad esempio, non è destinato a produrre effetti nel giudizio arbitrale, né tantomeno quello di archiviazione).

L'interpretazione proposta è confortata da un recente studio<sup>57</sup> secondo cui gli inconvenienti dovuti alla sospensione del giudizio arbitrale potrebbero conseguire solo dall'applicazione dell'art. 211 disp. att. c.p.p. che richiede la sussistenza del requisito della pendenza del processo penale, e quindi la necessità di attendere una decisione idonea a creare il possibile contrasto tra giudicati in quanto il reato è pregiudiziale rispetto al diritto controverso; in mancanza, la questione viene demandata - sia pure *incidenter tantum* - agli arbitri, così come previsto dall'art. 819, secondo comma.

Nelle controversie risarcitorie per responsabilità professionale sanitaria, ove la parte abbia rinunciato (in sede di sottoscrizione del compromesso) alla costituzione di parte civile, il danneggiato non potrà essere "parte" del processo penale, o almeno, l'eventuale pronuncia non è idonea a produrre effetto nei suoi confronti.

Non sembrano, quindi, sussistere situazioni ostative alla prosecuzione dell'arbitrato avente ad oggetto pretese risarcitorie anche in pendenza di un processo penale che non è destinato a produrre effetti almeno sul responsabile civile; l'istituto assicurativo è, infatti, parte estranea dopo le disponibilità espresse con la sottoscrizione del patto compromissorio o della clausola arbitrale.

\*\*\*

§ 4) Come già rilevato è decisivo nel contenzioso il ruolo delle assicurazioni.

Dal contesto normativo sembra conseguire l'obbligo della copertura assicurativa da parte delle strutture sanitarie al fine di ridurre i costi dei premi.

Il secondo comma dell'art. 28 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 prevedeva la possibilità per le A.S.L. di garantire il personale dipendente per responsabilità civile verso terzi senza diritto di rivalsa, con esclusione dei casi di colpa grave e dolo; secondo l'art. 24 del D.P.R. 14 febbraio 1992, n. 218 l'A.S.L. "provvede ad assicurare" i medici per i danni da responsabilità professionale verso terzi (con massimale di 1,5 miliardi per morte o invalidità permanente e L. 70.000 giornalieri di invalidità temporanea assoluta).

Secondo un'indagine - invero non recentissima - nel 1995 risultavano assicurati il 50-60% dei malati e la quasi totalità delle strutture sanitarie; dall'area medica conseguivano il 6,6% dei premi della responsabilità civile e l'esborso del 14,5%; la spesa per gli istituti assicurativi era stata stimata in 360 miliardi. L'anno successivo i premi sono aumentati a 250 miliardi e le somme risarcite a 750 miliardi.

Il rapporto sinistri-premi negli anni successivi è stato superiore (109% nel 1999) per le strutture e di poco inferiore per le coperture dei medici.<sup>58</sup>

La risoluzione della complessa problematica della responsabilità sanitaria richiede la necessaria collaborazione delle assicurazioni (soggetti obbligati, con ogni probabilità, all'immediato soddisfacimento delle pretese risarcitorie<sup>59</sup>).

L'incremento del contenzioso ha comportato, inevitabilmente, l'aumento dei premi; gli ingenti costi non possono gravare solo sugli istituti tenuti, secondo calcoli statistici, a valutare il rischio e quindi a quantificare il corrispettivo del contratto stipulato con la struttura (e/o con il sanitario)<sup>60</sup>; ad esempio, secondo una recente indagine<sup>61</sup>, negli Stati Uniti, dove le cause risarcitorie sarebbero numerose, il *quantum* risarcitorio è raddoppiato tra il 1995 e il 2000, con aumento per ogni evento da \$ 500,00 a \$ 1.000,00; in tale periodo la media nazionale delle indennità è aumentata da €350,00 a €500,00; i medici e le strutture sanitarie sono costretti a pagare premi sempre più onerosi; in alcuni Stati le assicurazioni hanno richiesto agli oncologi aumenti pari al 340 per cento nell'arco di cinque anni; nel 2002 si sono verificati numerosi scioperi di centri ospedalieri per l'eccessivo costo della copertura assicurativa o per il rifiuto di medici di prestare assistenza nelle sale parto.

Nel precedente paragrafo ho ritenuto necessario il coinvolgimento degli istituti assicurativi anche nel giudizio arbitrale in quanto (probabili) soggetti obbligati al soddisfacimento delle pretese risarcitorie.

I profili che assumono rilevanza per una proficua utilizzazione dell'istituto non attengono, almeno secondo la vigente normativa, solo alla verifica delle condizioni della polizza stipulata dalla struttura sanitaria ma anche a quella del singolo medico; i due centri d'interesse potrebbero anche essere titolari di situazioni non coincidenti sia per quanto riguarda l'accertamento delle responsabilità del soggetto assicurato che per le previsioni contrattuali (il tema sarà approfondito nel successivo paragrafo).

Anche tale constatazione conferma la necessità, per la risoluzione del problema, di una stretta collaborazione e di intese preventive con le imprese assicurative; ritengo anche indispensabile, per la riduzione del costo delle polizze, una corretta indagine e gestione del "rischio sanitario", nonché concreti interventi (linee guida) finalizzati al recupero dell'efficienza delle strutture sanitarie<sup>62</sup>.

Parimenti indispensabile per la concreta utilizzazione dell'arbitrato nelle controversie di responsabilità professionale medica appare la preventiva verifica della disponibilità degli istituti assicurativi ad accettare la sottoscrizione di una clausola compromissoria in sede di stipula del contratto assicurativo, o comunque di un compromesso dopo l'evento dannoso (con il necessario consenso del paziente).

Una soluzione potrebbe conseguire dalla previsione nelle polizze stipulate dalla A.S.L. del rinvio alle norme procedurali previste dalle Camere Arbitrali (che potrebbero essere attivate presso ogni Regione per i danni procurati dal personale sanitario).

Analoga raccomandazione potrebbe essere recepita in sede di stesura degli accordi collettivi per il personale sanitario.

\* \* \*

§ 5) Ai fini di una riflessione sulla disciplina dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie appare utile una riflessione anche su alcuni recenti progetti di legge in tema di responsabilità professionale medica e di assicurazione obbligatoria<sup>63</sup>.

Il primo è stato presentato alla Camera dei deputati dall'on. Scalise l'11 ottobre 1995 (n. 3244); il secondo al Senato dall'on. Tomassini (che svolge attività di medico) il 3 luglio 1996 e, di nuovo, il 6 giugno 2001<sup>64</sup>; l'ultimo disegno, esaminato dalla 12° Commissione permanente (Sanità) con le modifiche comunicate alla presidenza il 21 maggio 2002, è all'esame della Camera.

I testi sono desumibili dalle riviste<sup>65</sup>; mi limito, quindi, ad alcune

riflessioni sulla disciplina prevista.

a) La proposta Scalise prevede che la responsabilità del danno è posta a carico di chi esercita l'attività sanitaria "se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitarlo" (art. 1).

Le proposte Tomassini prevedono, invece, che la responsabilità civile per danni a persone causata da personale medico (e non medico) in struttura ospedaliera pubblica o privata è posta sempre (e solo) a carico della struttura stessa; il 3° comma dell'art. 1 consente alla P.A. la possibilità di attivare il procedimento disciplinare nei confronti del dipendente responsabile "solo quando il fatto sia avvenuto con dolo o colpa grave accertati e la relativa sentenza sia passata in giudicato". Ed ancora "solo in caso di dolo può essere avviata azione di rivalsa nei confronti dei sanitari responsabili".

La proposta di Scalise appare più rispettosa dei principi generali in materia di obbligazioni; l'approvazione del testo Tomassini consentirebbe una sorta di immunità, almeno patrimoniale, del personale sanitario anche in caso di consistenti (gravi) colpe professionali.

Sono consapevole delle difficoltà dell'attività e delle scelte demandate in sede di trattamenti terapeutici o di interventi chirurgici; tuttavia dalla approvazione della previsione che la responsabilità per i danni a persone è posta solo a carico della struttura conseguirebbe, a mio avviso, ingiustificabile disparità di trattamento – almeno patrimoniale – rispetto ai criteri di responsabilità generali previsti dall'ordinamento a carico dei dipendenti degli enti pubblici<sup>65bis</sup>.

Ad esempio, la legge 13 aprile 1988 n. 117 – art. 7- ha previsto nei confronti dei magistrati – ai quali è demandata attività non meno delicata e soggetta a critiche di quella dei sanitari – l'obbligo dello Stato dell'azione di rivalsa dopo la formazione del titolo giudiziale o stragiudiziale; la rivalsa, nei limiti previsti dall'art. 8, è proponibile dopo l'accertamento giudiziale sul dolo ed anche colpa grave (solo a carico dei giudici di pace e popolari – magistrati non togati – l'azione è limitata ai casi di dolo).

Rimango perplesso sulla legittimità di esclusione dell'azione di rivalsa non solo nell'ipotesi di colpa grave ma anche della previsione della mera facoltà in caso di dolo del personale sanitario (rischio questo, peraltro, difficilmente assicurabile).

Il problema non si risolve, certo, con una logica di "trasferimento" dei danni provocati alla sola struttura e con la "deresponsabilizzazione" del personale sanitario.

Rimane, poi, da riflettere sulla rilevanza della previsione che esclude la responsabilità patrimoniale nell'eventuale giudizio attivabile dalla Procura della Corte dei Conti per i danni procurati alla P.A..

b) Entrambe le proposte prevedono l'obbligo per tutte le strutture ospedaliere pubbliche (e private) di una copertura assicurativa secondo premi e condizioni approvate con emanando decreto del Ministro per le Attività Produttive ed inserite *ex lege* nei contratti.

Come già proposto, l'obbligo assicurativo da parte delle strutture sanitarie pubbliche è già desumibile dalla normativa vigente; condivido l'estensione dell'obbligo anche a quelle private.

c) Sia la proposta Scalise (art. 3) che quella Tomassini (art. 3) riconoscono a favore del danneggiato, entro i limiti della copertura, azione diretta per il risarcimento nei confronti dell'assicuratore che, entro un termine dal ricevimento della richiesta corredata dalla necessaria documentazione, è obbligato a formulare una proposta di definizione stragiudiziale del risarcimento del danno.

Secondo la proposta Tomassini ove maturi il consenso sulla richiesta del paziente l'assicuratore deve provvedere al pagamento entro 90 gg. dal ricevimento dell'accettazione; identico obbligo è previsto anche nel caso in cui l'offerta sia inferiore alla richiesta<sup>66</sup>.

Anche tale disciplina appare condivisibile in quanto finalizzata a consentire una tempestiva tutela al danneggiato secondo la tecnica recepita dall'ordinamento in tema di risarcimento danni da infortunistica stradale dall'art. 18 della l. 24 dicembre 1969, n. 990.

d) Entrambi i disegni di legge prevedono che le controversie per responsabilità sanitaria possano essere devolute alla cognizione di un collegio arbitrale; il testo Scalise (art. 5) si limita (saggiamente) al rinvio alla disciplina del codice di rito per le modalità di formazione delle volontà del contratto di compromesso e di nomina degli arbitri; quello del Senatore Tomassini prevede – art. 4 - (se si è ben inteso) espresso obbligo del danneggiato ("deve") di manifestare la volontà di deferire ai giudici privati il contenzioso (e dell'assicurazione di accettare) già in sede di richiesta del risarcimento; il rinvio al codice è limitato al procedimento di nomina dei primi due arbitri.

Le proposte consentono di richiedere la decisione arbitrale secondo equità anche se, con previsione di dubbia legittimità, non prevedono alcuna impugnazione avverso le relative decisioni<sup>67</sup> (come è noto nell'attuale sistema dell'arbitrato la previsione ha il significato di escludere l'impugnabilità del lodo solo per *errores in iudicando* e non per la deduzione di eventuali *errores in procedendo*).

La cognizione arbitrale delle controversie che trovano titolo nella responsabilità professionale medica non è, invero, esclusa dal vigente ordinamento. L'espressa previsione normativa costituirebbe solo una conferma della possibilità di privilegiare l'opzione a favore dei giudici privati.

e) La proposta Tomassini e il testo della Commissione si differenziano per quanto attiene la disciplina del previsto Albo nazionale degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio per le vertenze di responsabilità medica.

Il secondo (art. 6) prevede la costituzione dell'Albo presso ogni Regione, demandando ad essa la disciplina delle modalità per la costituzione e l'aggiornamento "avendo cura di garantire una idonea e qualificata rappresentanza di esperti di tutte le specializzazioni mediche e delle professioni sanitarie non mediche anche con il coinvolgimento delle relative società scientifiche".

Il testo Tomassini si limita, invece, a prevedere la costituzione di un Albo nazionale, con rinvio per le modalità ad un emanando decreto del Ministero della Sanità.

Il terzo comma dell'art. 6 della proposta Tomassini – soppresso, come i successivi, nel parere della Commissione permanente – consente l'iscrizione all'albo solo agli specializzati in medicina legale; ogni altro candidato – medico, se si è ben compreso - privo di tale titolo è sottoposto al giudizio di una Commissione "che ne accerterà le specifiche esperienze e competenze in ambito medico-legale e peritale" (è evidente, a mio avviso, l'errore di prospettiva in quanto la proposta, con ogni probabilità, equivoca sui requisiti necessari per l'attività peritale e quelli necessari – conoscenza delle regole processuali – per svolgere funzioni arbitrali).

L'art. 8 del testo Tomassini e della Commissione Sanità prevedono che in tutti giudizi di responsabilità dei sanitari la nomina del terzo arbitro e dei consulenti tecnici "deve essere effettuata tra le persone iscritte all'albo".

La proposta della Commissione consente, al secondo comma, la possibilità di nomina con l'accordo delle parti anche di soggetti non iscritti ad alcun albo regionale; richiede, però, l'autorizzazione del Presidente del Tribunale competente per territorio sulla sussistenza dei "fondati motivi" della scelta.

In entrambe le proposte la composizione del collegio è demandata, con il rinvio alla disciplina del codice di rito civile, a tre arbitri e ciascuna parte (o gruppo omogeneo di interessi) ha il diritto alla nomina del proprio (modello c.d. binario); la concreta applicazione dell'istituto (ove non sia esclusa *ex lege* la responsabilità patrimoniale anche del sanitario) darebbe luogo a consistenti difficoltà in quanto, nel contenzioso, le parti interessate possono essere più di due (il paziente che assume l'esistenza di un danno – attore -: struttura(e) sanitaria(e), medico(i), assicurazione(i); - convenuti -: ciascuno di questi soggetti potrebbe essere titolare di un centro d'interessi non omogeneo; ad esempio il medico può assumere la responsabilità della struttura; questa invece può

assumere la responsabilità diretta ed esclusiva del medico<sup>68</sup>; le due – diverse - assicurazioni possono assumere una posizione a favore dell'uno o dell'altro; il paziente, come spesso accade, può essere stato ricoverato in più ospedali). Se le posizioni sono più di due sussiste una difficoltà a costituire il Collegio in quanto ciascun soggetto legittimato passivo (medico(i), struttura(e) sanitaria(e), assicurazione(i)) ha diritto a partecipare alla nomina di un arbitro quale titolare di centro d'interessi autonomo. La Corte di Cassazione, da tempo, ha sanzionato con nullità la clausola arbitrale che non consente, appunto, a ciascun soggetto titolare di situazione disomogenea di partecipare con pari dignità alla costituzione del collegio<sup>69</sup>; di recente, il legislatore statale con il D.Lgs. 5 del 2003 – art. 34, secondo comma - ha, in tema d'arbitrato societario, inteso rispettare tale principio prevedendo che la nomina di tutti gli arbitri del collegio arbitrale possa essere demandata ad un soggetto terzo rispetto alla società<sup>70</sup>.

Esprimo riserve sul testo Tomassini anche nella parte in cui, almeno in prima battuta, demanda la nomina del terzo arbitro soltanto all'interno dei nominativi iscritti all'Albo Nazionale degli Arbitri e dei Consulenti Tecnici d'Ufficio. Tale scelta non mi pare condivisibile per molti profili, non solo di natura giuridica. La credibilità d'immagine a favore degli utenti del Servizio Sanitario Nazionale non consente che il terzo arbitro, destinato a svolgere un ruolo determinante, se non decisivo, nell'assunzione della decisione, sia (sempre e solo) un medico. A minori critiche si espone il testo della Commissione che, anche alla luce delle modifiche costituzionali recentemente intervenute, demanda alle Regioni la disciplina delle modalità di costituzione dell'Albo. In tale contesto riterrei necessario prevedere la nomina del terzo arbitro anche a favore di altre categorie professionali in quanto (spesso) i medici non sono in possesso delle competenze, soprattutto di natura giuridica, necessarie per presiedere il collegio arbitrale; la specializzazione in medicina legale, a mio avviso, non è sufficiente in quanto il corso di studi non richiede, a quanto consta, la conoscenza anche dei principi processualcivili. Peraltro, la decisione resa (anche se di equità o dichiarata dalle parti non impugnabile) è soggetta al gravame davanti alla Corte d'Appello costituita da giudici togati. Riterrei indispensabile che la redazione del lodo, demandata abitualmente al Presidente, debba essere affidata ad un professionista in possesso delle cognizioni e competenze tecniche necessarie e, in ogni caso, comuni ed omogenee a quelle dei soggetti che potranno conoscere il contenzioso in sede d'impugnazione.

In altre parole: esprimo perplessità sull'opportunità che un medico con specializzazione in medicina legale possa essere l'ago della bilancia per la decisione di una controversia risarcitoria attivata nei confronti dei colleghi; il sanitario ha, senza dubbio, acquisito esperienze specifiche sugli accertamenti sulla validità o meno di una terapia per il paziente; sull'esistenza del nesso causale fra danno ed evento<sup>71</sup>; ma è difficile ritenerlo in possesso anche delle competenze necessarie per la gestione di un contenzioso e per la redazione di un lodo (principi dell'onere della prova; rispetto delle regole procedurali previste per il giudizio arbitrale; etc.). Esprimo dubbi ancor più consistenti sulla legittimità dell'obbligo di scelta del terzo arbitro nel contesto degli iscritti all'albo, sia pure con limiti previsti dal testo approvato dalla Commissione. Di recente, il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità di una norma regolamentare -art. 150 DPR 21.12.94 e disposizioni collegate- sul funzionamento della Camera Arbitrale per i Lavori Pubblici<sup>72</sup> (istituzione richiamata espressamente nella relazione della proposta Tomassini). I Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittima la facoltà delle parti della nomina del proprio arbitro tra i professionisti di particolare esperienza nella materia dei lavori pubblici; illegittima, invece, la disposizione che attribuiva alla esclusiva competenza della Camera Arbitrale la nomina del terzo componente del collegio alla luce della natura volontaria dell'arbitrato e del mancato rispetto dei principi

enucleati dalla Corte Costituzionale. Secondo i giudici amministrativi deve essere consentita alle parti la facoltà – diritto – di nominare anche un terzo arbitro con l'esclusivo limite del rispetto dell'ordine pubblico<sup>73</sup>; solo in mancanza di consenso fra le parti<sup>74</sup> l'adempimento può essere demandato ad un soggetto terzo (Consiglio direttivo di una istituzione nell'arbitrato amministrato o Presidente del Tribunale). L'autonomia delle parti prevista dagli artt. 1321 c.c. non può essere limitata alla scelta dell'istituto ma deve consentire, ove maturi il consenso, anche l'individuazione di tutti i componenti del collegio<sup>75</sup>; tale facoltà, che anche secondo il Consiglio di Stato non può essere compressa, è finalizzata, tra l'altro, a garantire l'imparzialità degli arbitri. Dalla proposta di legge Tomassini conseguirebbe un consistente limite all'autonomia delle volontà delle parti in tema di scelta del terzo arbitro ristretto – se si è ben inteso - all'ambito dei professionisti (medici) inseriti nell'apposito Albo. Confermo quindi – in caso di approvazione del testo proposto dalla Commissione - la necessità che le Regioni, in tema di disciplina per la costituzione, prevedano la possibilità, previa le opportune verifiche sulle capacità acquisite, di iscrizione all'Albo anche a categorie professionali diverse da medici ed esperti in materie giuridiche; nonché, ove maturi il consenso, il diritto alla scelta delle parti anche di nominativi non inseriti nell'elenco. Ogni diversa disciplina darebbe adito a consistenti dubbi di legittimità, anche costituzionale, del contesto normativo.

\*\*\*

#### **§ 6) Dall'indagine proposta conseguono alcune riflessioni conclusive.**

La responsabilità professionale medica e gli errori appartengono agli esseri umani e quindi anche ai sanitari: per limitare l'entità ed il costo a carico del S.S.N. del contenzioso è possibile (e necessario) intervenire sull'efficienza delle strutture e sull'aggiornamento professionale del personale ed, in particolare, sull'organizzazione delle Unità Operative con auspicabile diminuzione dei casi produttivi di danni. In tale senso, peraltro, è stata costituita presso il Ministero della Salute (con decreto D.M. 5 marzo 2003) la Commissione tecnica sul rischio clinico che ha fornito riflessioni e raccomandazioni utili agli operatori<sup>76</sup>. Ai fini deflattivi del contenzioso, e per ripristinare un corretto rapporto di fiducia fra utenti e strutture, è auspicabile un intervento del Legislatore sulla costituzione (o rafforzamento) di collegi di conciliazione, con ogni probabilità facoltativi, già previsti dalla normativa statale e regionale; gli organismi devono, per la loro credibilità, possedere i requisiti di terzietà richiesti dalla ragionevolezza e, sia pure in diverso ambito, dal Protocollo della Comunità Europea<sup>77</sup>. Anche la previsione della devoluzione delle controversie di responsabilità professionale alla cognizione di un collegio arbitrale è idonea a contribuire ad una deflazione per il contenzioso sia civile che penale; è necessaria la sottoscrizione di una clausola compromissoria (o un compromesso) tra le parti interessate nel rispetto dei principi generali, così da consentire idonea tutela a tutti i soggetti interessati titolari del diritto alla nomina degli arbitri e alla verifica della professionalità richieste (anche nel rispetto del principio di imparzialità). Le preventive intese con gli istituti assicurativi costituiscono presupposto indispensabile per un'efficace utilizzazione dello strumento arbitrale. L'ipotesi di lavoro richiede i necessari approfondimenti anche per quanto riguarda la disciplina della costituzione dell'Albo degli arbitri e dei consulenti d'ufficio e dei requisiti professionali richiesti. La scelta degli arbitri, ed in particolare del Presidente del Collegio, non può essere limitata a laureati in medicina ma deve essere estesa ad altre categorie professionali in possesso delle necessarie esperienze, previa la necessaria verifica. Deve essere garantito alle parti il diritto, ove maturi il consenso, di individuare gli arbitri anche tra professionisti non iscritti agli Albi costituenti. Appare opportuna anche la predisposizione di regole procedurali compatibili

(arbitrato amministrato) con la peculiare natura del contenzioso. Alla luce delle proposte di legge formulate dall'on. Scalise e dal Senatore Tomassini-nel testo emendato dalla Commissione Sanità – suggerisco la costituzione di una Camera Arbitrale presso ogni Regione, previa verifica della sussistenza di effettive garanzie di autonomia e terzietà rispetto alle parti interessate<sup>78</sup>.

#### NOTE:

<sup>8</sup> Lo scritto riproduce, con note e aggiornamenti, la relazione svolta al convegno "La responsabilità del medico: professionale, penale, clinica e sociale"svoltasi il 4.3.2004 presso l'Auditorium del Consiglio Regionale della Toscana a cura dell'Azienda U.S.L. n. 7 di Siena e Azienda 10 di Firenze.

<sup>1</sup> Cfr. sul tema, di recente, le raccolte dei saggi a cura di G. VETTORI, *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, ed. in particolare, l'intervento di Antonio GORGONI, I danni alla persona, 607-1002, con ampi riferimenti giurisprudenziali e il completo intervento di P. PROTO PISANI, L'onere della prova nella colpa medica, 1345-1434; nonché la raccolta di G. COMANDE' – G. TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, ed. in particolare, la parte prima (La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali) con gli interventi di R. BREDA (Interessi del paziente e regimi di tutela strettamente applicabili; Regimi di tutela e presupposti applicativi: contratto o responsabilità civile?; L'ibrido regime di tutela creato nella giurisprudenza) e di L. NOCCO (Recenti evoluzioni sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria; Centralità delle strutture sanitarie; La responsabilità delle e nelle strutture); cfr. anche sul tema, di recente, BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova (IV ed.), 2001; A. FIORI, *La medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999.

<sup>2</sup> L'argomento è stato già esaminato da I. PAGNI, *Verso metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia di responsabilità medica*, in *Professione - Cultura e pratica del medico di oggi* - 4, 2003, 36 ss..

<sup>3</sup> I dati proposti sono desunti dall'articolo Imputato dottore, pubblicato sul Corriere Salute del 14 dicembre 2003; dati omogenei sono offerti da R. BREDA, *Prospettive di riforma della responsabilità in ambito sanitario: il disegno di legge n. 108 del 6 giugno 2001*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 431-434. L'Autrice cita a conforto le indagini di Rischio e Sanità n. 1 – giugno 2001 e di F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 871 ss.

<sup>4</sup> Anche tali dati sono desunti dal primo articolo citato alla nota precedente.

<sup>5</sup> La giurisprudenza, peraltro, ha costantemente confermato l'obbligo dei medici, al fine di evitare procedimenti penali a loro carico, di esperire ogni tentativo per salvare la vita dei pazienti.

<sup>6</sup> Fonte di responsabilità non è l'errore in genere, ma solo quello colpevole, determinato da negligenza, imprudenza ed imperizia o da inosservanza di leggi e di regolamenti, ivi compreso il codice deontologico; sussiste il dovere del medico di informare il paziente sulla natura dell'intervento; il codice deontologico richiede "l'effettività dell'informazione e del consenso, in quanto quest'ultimo deve essere espressione di una piena volontà del paziente e non di semplice adesione alla decisione o al consiglio del medico espresso". A puro titolo esemplificativo, si possono configurare elementi di colpa per indagini diagnostiche insufficienti; per abnorme uso dei mezzi diagnostici strumentali; per inadeguato apprezzamento dei risultati; per impiego erroneo degli strumenti diagnostici; per indagini errate; per mancata previsione di complicazioni; per mancata previsione di mutamenti e conseguenti provvedimenti; per trattamento farmacologico inadeguato; per trattamento chirurgico inadeguato; per prescrizione farmacologica materialmente inadeguata; per errata esecuzione di terapia chirurgica; per errori nel trattamento post-chirurgico; per mancata prevenzione; per errore nelle tecniche riabilitative. Per una completa disamina dell'argomento v. l'indagine di T. GUALANO, *Il danno ingiusto nell'evoluzione giurisprudenziale* (nella raccolta a cura di G. VETTORI, *Il danno*, op. cit., vol I, 281-348) che esamina il tema della natura della responsabilità medica, dell'elemento soggettivo, dell'onere probatorio, del dovere di informazione e del nesso di causalità; nonché la rassegna di FIORI, BOTTONE, D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza nella responsabilità medica*, Milano, 2000.

<sup>7</sup> Cfr., sul punto, oltre i saggi già citati nella prima nota, FRANZONI, *La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato*, in *Responsabilità comunicazione e impresa*, 1997, 317 e ss. ed. in particolare, 325-326.

<sup>8</sup> Il riferimento è a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 191 ss.

<sup>9</sup> Intendo riferirmi al saggio di P. PROTO PISANI, *L'onere della prova*, op. cit., 1349 ss.

<sup>10</sup> V. sul punto, in particolare, P. PROTO PISANI, *L'onere della prova*, op. cit., ed. in particolare, 1392 ss.; nonché M. BENEDETTI, *Natura della responsabilità del medico e ripartizione dell'onere della prova*, in *Danno e Responsabilità*, 1997, 100 ss.; G. GIANNINI, *Onere della prova e responsabilità professionale*, in *Riv. civ. prev.*, 1992, 177-184.

<sup>11</sup> V., fra le altre, Sez. III, 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro. It.*, 1988, I, 2296 ss..

<sup>12</sup> La sentenza (sez. II, 22 gennaio 1999, n. 589) è reperibile in *Giust. Civ.*, 1999, I, 999

con nota di G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o <<transtipica>>*; in *Foro It.*, 1999, I, 3333 con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; v. sull'argomento anche l'indagine di V. GHERGHI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi operatori* (con particolare riferimento alla responsabilità civile del medico ospedaliero), in *Nuova Rassegna*, 1999, 1012 e ss..

<sup>13</sup> Le S.U. 30 ottobre 2001 n. 13533 hanno esteso l'applicazione del principio anche quando si lamenti l'inesatto inadempimento.

<sup>14</sup> S.U. 10 settembre 1999 n. 9617, in *Guida al Diritto* 1999, n. 48, 75 ss. Secondo la decisione: "nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegata dall'altra parte per conseguirla".

<sup>15</sup> Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328 in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss., con nota di DE MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotta omissiva tra probabilità, certezze e accertamento*.

<sup>16</sup> Come ritenuto dalla dottrina (PONTONIO, *La responsabilità professionale medica nella prospettiva europea*, in *Rass. Civ. prev.*, 1993, 42 ss.) il paziente, in sede di tutela della pretesa di risarcimento, "si trova a competere con una controparte, non solo provvista di risorse economiche, e in genere di reazione sicuramente superiori alle proprie, ma indefinibile nella sua complessa organizzazione di mezzi e di persone.... Quest'assorbimento della singola prestazione in quella globale, pur nel trasferimento di responsabilità dal singolo all'ente ospedaliero dal quale egli dipende, rende problematico e particolarmente difficile al danneggiato il superamento della prova".

<sup>17</sup> I dati sono desunti dalle relazioni sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2002 e 2003 che possono essere lette sul sito [www.Giustizia.it](http://www.Giustizia.it) del Ministero della Giustizia.

<sup>18</sup> E' stata costituita, di recente, presso il Ministero della Sanità una Commissione Tecnica sul rischio clinico che ha già redatto un documento (v. infra la nota 76).

<sup>19</sup> Cfr. sull'argomento l'indagine a cura di A. CORPACI, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, ed. in particolare gli interventi di M.P. CHITI (Sulla forma di tutela degli utenti dei servizi pubblici) che esamina pregi e limiti delle forme di tutela alternative alla giurisdizione (39-42); di W. GASPARRI, (Gli istituti alternativi di composizione delle liti); l'autore ricorda (216-217) che la legge 14 novembre 1996 n. 481 ha previsto l'introduzione nell'ambito dei servizi pubblici degli istituti alternativi di composizione delle liti davanti alle autorità di regolamentazione (è demandata ai regolamenti l'individuazione dei "criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio") nonché, con diretto riferimento al tema in esame, di A. TORRICELLI, *La tutela non giurisdizionale degli utenti del Servizio Sanitario Nazionale dal quale sono desumibili i precedenti normativi* (311-317).

<sup>20</sup> Il primo comma demanda al Ministero, di concerto con le Regioni, la predisposizione di "un sistema di indicatori di qualità dei servizi e delle prestazioni sanitarie relativamente alla personalizzazione e umanizzazione dell'assistenza, al diritto all'informazione...."

<sup>21</sup> V. sullo specifico tema le riflessioni di A. TORRICELLI, *La tutela*, op. cit., che riferisce della presentazione dell'Azienda Ospedaliera di Careggi di oltre cinquecento reclami relativi, in gran parte, a modalità e agli esiti di prestazioni professionali (l'autore ha acquisito diretta esperienza quale presidente della Commissione mista conciliativa dell'Ente).

<sup>22</sup> Sul procedimento, si rinvia al saggio di TORRICELLI, op. cit., 317-326.

<sup>23</sup> La normativa (l.r.t. 4/1994) non prevede espressamente la possibilità del Difensore Civico di attivare un tentativo di conciliazione; non sembrano sussistere, comunque, preclusioni che tale attività venga esperita anche davanti l'ufficio; comunque quando il paziente presente un reclamo al Difensore Civico, questi è tenuto a trasmetterlo all'U.R.P.

<sup>24</sup> V., solo di recente, l'intervento di F. P. LUISO, *Il futuro della conciliazione: la conciliazione nel diritto societario e nella riforma del codice di procedura civile*, in *La via della conciliazione* (a cura di S. GIACOMELLI), Ipsa, 2003, 227-244; nella stessa raccolta sono stati pubblicati anche gli interventi di Giovanni COSI (Perché conciliare) e di Ana UZQUEDA (Come conciliare); nonché, (a cura di G. ALPA-R. DANOVÌ), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, che esamina, anche in un'ottica comparatistica, le problematiche relative agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie; segnalò, in particolare, i saggi di V. DENTI, *Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative* (già in *Impresa e Stato* n. 34, 1996); di S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale* (in *Riv. dir. proc.* 2000, 450 ss.); di M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse* (in *Riv. trim. dir. proc.* 1999, 779), di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale struttura e funzioni* e di E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie* (già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1, 321); v. anche il contributo di R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di A.D.R.*, in *Foro It.*, 2003, I, 165 ss. e di E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie*, Napoli, 2003 e di G. VERDE, *La giustizia italiana nel 2000*, in *F. It.* 2000, V, 47 ss. e..

<sup>25</sup> V. F.P. LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 375 ss.; A. PROTO PISANI, *La giustizia di lavoro dopo il D.Lgs. 80/98*, in *Foro It.* 1999, V, 57-65; G. TRISORIO LUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 948-1005. Sia consentito il rinvio sul tema anche a N. GIALONGO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al giudice del lavoro*, in *Toscana Giur.*, 1999, 975 ss.

<sup>26</sup> Cfr., sull'argomento, (a cura di G. COTTINO), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, vol. II, 3000-3020 con il commento alla disposizione di S. SANZO e E. MIGLIACIO; GALLETTI, *La conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto*

societario, in *La risoluzione stragiudiziale*, op. cit., 371-404; P. BARTOLOMUCCI, *La risoluzione stragiudiziale*, ivi, 405-510; Luiso, *Il futuro*, op. cit., 229-239; E. MINERVINI, *La conciliazione*, op. cit., 61-76.

<sup>27</sup> Sull'iter parlamentare e genesi della proposta, v. E. SILVESTRI, in *La risoluzione*, op. cit., p. 175, in nota 46; nonché S. CHIARLONI, ivi, op. cit., 181-184 che critica il progetto per la previsione della obbligatorietà; id. *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale contro l'obbligatorietà del tentativo*, in *Giur. It.*, 2000, I, 210 ss..

<sup>28</sup> Lo stato dell'arte è desumibile dal saggio di C.L. FAVA, *Brevi note sui recenti progetti legislativi all'esame del Parlamento*, in *La risoluzione*, op. cit., 611 ss. La relazione, individua le situazioni ostative alla diffusione della cultura conciliativa nella mancanza di una specifica cultura professionale e nella insufficienza delle proposte presentate per disciplinare il fenomeno della risoluzione alternativa della controversia.

<sup>29</sup> Nella relazione si legge "Tutti concordano sul fatto che occorre prevedere forme di risoluzione consensuale delle controversie, favorita dall'intervento di un terzo (conciliatore o, come si dice in altre lingue, mediatore) che sia in grado di condurre le parti fino ad un punto di incontro soddisfacente per entrambe".

<sup>30</sup> V. sul tema R. CAPONI, La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio, in *La via della conciliazione*, op. cit., 147-149; id., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di Commercio in Italia*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 663 ss.; MINERVINI, La Camera di Commercio e la conciliazione delle controversie, in *La Risoluzione*, op. cit., 339 ss..

<sup>31</sup> Si rinvia per gli approfondimenti ad A. BIANCHI-M. IPPOLITO, in *La via della conciliazione*, op. cit., La sub fornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di Commercio secondo la legge 18 giugno 1998 n. 192, 175-183.

<sup>32</sup> Cfr., anche per i profili comunitari, I. PAGNI, La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, in *La via della conciliazione*, op. cit., 203-213. L'argomento è stato affrontato *amplius* in Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3 l. 30 luglio 1998 n. 21), in AA.VV., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. BARBA, Napoli, 2000.

<sup>33</sup> Mi riferisco allo studio di COMANDE'-TURCHETTI, op. cit., ed, in particolare, l'intervento su *La responsabilità sanitaria d'impresa tra crisi e pacificazione*, ivi, 741 ss.; v. sull'argomento anche I. PAGNI, *Verso metodi alternativi*, op. cit..

<sup>34</sup> La terminologia è di M. CAPPELLETTI; REMO CAPONI in premessa al suo saggio, *La conciliazione amministrata*, op. cit., 145, riporta il pensiero dell'illustre Autore: "La decisione giudiziaria resa "in sede contenziosa" si presta perfettamente a risolvere - "definire" rapporti isolati e meramente individuali: essa si rivolge ad un episodio del passato che non è destinato a perdurare. La giustizia mediativa e coesistenziale, al contrario, è intesa non a trincerare, a dividere e definire, ma piuttosto a "rammendare" (...); rammendare una situazione di rottura e di tensione in vista della preservazione di un valore più durevole, la pacifica convivenza di soggetti che fanno parte di un gruppo o di una relazione complessa, a cui essi difficilmente potrebbero sottrarsi".

<sup>35</sup> Cfr. sulla rilevanza ed effetti di tale documentazione, A. BASSI, *La cartella clinica come atto amministrativo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1992, 753 ed in particolare 761-763 sui soggetti legittimati a richiedere la copia; FARNETI, *Riflessioni medico-legali sulla cartella clinica*, in *Diritto ed economia della assicurazione*, 1992 729 ss.; A. POLETTI di ZUMAGLIA, *Profili civilistici e assicurativi della cartella clinica*, ivi, 1992, p. 741-751.

<sup>36</sup> L'ipotesi conciliativa è già stata espressamente prevista dal Legislatore nell'ambito sanitario dall'art. 3, co. II, della legge 25 febbraio 1992 n. 10 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complacenze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati) che prevede l'individuazione di criteri di definizione delle transazioni sulla base delle conclusioni raggiunte da un gruppo tecnico.

<sup>37</sup> Si rinvia per la tematica a G.P. MUNTONI, *Dinamiche psichiche nel tentativo di conciliazione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 607. Lo studio, che consegue dall'esperienza dell'Autore di oltre trenta anni di magistrato del lavoro e di una formazione come psicanalista, è stato oggetto di una relazione in un incontro di studio di aggiornamento per i magistrati organizzato dal Consiglio Superiore; secondo l'Autore "Da un certo punto di vista che la psicoanalisi conosce il tentativo di conciliazione ha successo quanto si riesce a <<riscrivere>> la storia della relazione delle parti".

<sup>38</sup> V., sul punto, S. CHIARLONI, *La risoluzione*, op. cit., 196, che cita (nota 35) il documento di lavoro redatto dalla Commissione Europea in data 17 marzo 2000 presentato dal Consiglio dei Ministri della C.E. tenuto il 15 aprile 2000 secondo cui l'attività conciliativa nei rapporti tra impresa e consumatori deve rispondere ai principi di indipendenza, di trasparenza, del contraddittorio, di efficacia, di legalità, di libertà e di rappresentanza. In particolare l'indipendenza è stato così individuata: "Essa deve essere garantita in modo da assicurare l'imparzialità dell'organo e comporta l'adozione di alcune misure, come, ad esempio, l'irrevocabilità del mandato, il non aver svolto i componenti attività lavorativa nel corso dei tre anni precedenti la sua entrata in funzione per le associazioni professionali e le imprese chiamate a designarlo, la rappresentanza paritaria di consumatori e professionisti nel caso di organi collegiali".

<sup>39</sup> Non ritengo, quindi, possibile (come sembra ipotizzare I. Pagni, *La disciplina*, op. cit., 215 ss.) che la conciliazione "amministrata" possa essere gestita da una istituzione creata ad hoc presso l'Ordine dei Medici o Federazione degli ordini o, al più, presso la Camera di Commercio (la stessa Autrice riconosce che i primi due organismi non sono "certo in posizione di maggiore equidistanza dalle parti in lite").

<sup>40</sup> Sullo specifico argomento vedi le riflessioni di Ana UZQUEDA, in *La risoluzione*, op. cit., 228 e ss..

<sup>41</sup> V., supra, quanto già rilevato al § 1.

<sup>42</sup> Secondo l'indagine di F. INTRONA ed A. RAIMONDO (*E' possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per responsabilità professionale sanitaria?* in *Riv. It. Med. Legale*, 1997, 1121 ss. ed, in particolare, 1126) l'iniziativa del paziente in sede

penale sarebbe finalizzata a "fare pendere sui medici la spada di Damocle di un condanna e mercanteggiare con l'assicuratore un indennizzo per poi ritirare la costituzione di parte civile".

<sup>43</sup> V. in questo senso M. BARNI, *La responsabilità medica verso il difficile approdo dell'assicurazione obbligatoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 830 ss. ed, in particolare, 831.

<sup>44</sup> Secondo quanto risulta dall'articolo di C. CASTELLANI, *Dottore si trovi un avvocato*, a Trento è già attiva una "Camera Arbitrale di conciliazione" che consente al paziente di esporre il caso davanti ai rappresentanti dell'ordine dei medici e delle associazioni che tutelano i cittadini.

Non sono, peraltro, desumibili dall'articolo le modalità di funzionamento di una precedente, autonoma, fase conciliativa, né le garanzie di terzietà (v. infra nota 37).

<sup>45</sup> V. sull'arbitrato, senza pretesa di completezza, (a cura di) ALPA, *Arbitrato. Profili Sostanziali*, vol. I e II, Torino, 1999; BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; (a cura di) F. CARPI, *Arbitrato*, Bologna, 2001; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, (rist.) Milano, 1999; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000; REDENTI, v. *Compromesso*, in *Noviss. dig. It.*, III, Torino, 1959; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931; SCHIZZEROTTO, *Sull'arbitrato*, Milano, 1988; TARZIA, LUZZATO, E. RICCI, L. 25 gennaio 1994 n. 25, Padova, 1995; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971; (a cura di) VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2° ed..

<sup>46</sup> Cfr., di recente, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, che, fra l'altro, esamina l'inquadramento giuridico della convenzione (p. 1-142); v. anche BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 404 ss. che a p. 422-430 esamina la forma e validità del patto; F. TIZI, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, nel sito [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>47</sup> V. sull'argomento, oltre alle opere citate nella precedente nota, AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc* (a cura di Alpa), op. cit., 809 ss.; BERNARDINI A.M., *L'arbitrato amministrato; il modello della Camera di Commercio Internazionale*, Padova, 1996; CAPONI, *L'arbitrato amministrato*, op. cit.; CARPI E ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile, Bologna, 2001, 68 ss.; N. GIALONGO, *L'arbitrato amministrato e il regolamento dell'Associazione Giustizia Arbitrale di Firenze*, in corso di pubblicazione; E. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1 ss..

<sup>48</sup> Nell'ambito toscano, ad esempio, con il decreto 13 giugno 2002 n. 2764 (in B.U.R.T. n. 28 del 10.7.2002) la Regione ha dettato le procedure "tecniche" per la risoluzione semplificata delle controversie in agricoltura relative ai finanziamenti comunitari. Il provvedimento richiama la delibera di Giunta n. 387 del 22.4.2002 per "i principi vincolanti cui devono ispirarsi le procedure di risoluzione semplificata delle controversie".

Il decreto, individuato le finalità per la semplificazione ed accelerazione delle procedure di risoluzione delle controversie, disciplina le "procedure arbitrali", la "deontologia", il "funzionamento del collegio arbitrale" (che le parti possono nominare di comune intesa, il "procedimento", il "lodo", nonché la "procedura di conciliazione" e l'"elenco degli arbitri").

<sup>48bis</sup> V. sul punto, le recenti riflessioni di ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., 740 ss..

<sup>49</sup> Cfr. sull'argomento, ZUMPANO, *Arbitrato e giurisdizione penale*, in *Riv. arb.* 2002, 237 ss.; F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato*, Padova, 1999, p. 160-175; GROSSI, *La sospensione dell'arbitrato per pregiudizialità penale*, nota di Coll. Arb. Roma I aprile 1993, in *Riv. arb.* 1995, 331 ss.; Sulla pregiudizialità penale nel processo civile v. CIVININI, *Sospensione del processo civile per c.d. <<pregiudizialità penale>>: questioni teoriche e riflessi pratici*, in *Foro It.* 1991, V, 363; MERLIN, *Sospensione per pregiudizialità ed effetti civili dipendenti dalla pretesa giuridica*, in A.A. V.V., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, 159 ss.; I. PAGNI, *Sospensione del processo civile per pendenza di un processo penale influente*, in *Corriere Giuridico*, 1997, 1407 ss.; SPANGHER, *Nuovi profili sui rapporti fra processo civile e processo penale*, in *Atti del convegno di Trento del 1993*, Milano, 118-154; TRISORIO LIUZZI, *Riforma del processo penale e sospensione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 529; id.; *Sull'abrogazione della sospensione del processo per <<pregiudizialità penale>>*, in *Foro It.*, 1997, I, 1762 ss.; id., *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, in *Foro It.*, 2000, 1970 ss. e di recente la completa indagine di ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000; v. sul tema della pregiudizialità nel giudizio civile CANNELLA, *La sospensione del processo civile nella giurisprudenza della cassazione dopo le modifiche dell'art. 295 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1998, 1441 ss.; (l'autrice esamina anche il profilo della pregiudizialità penale); MENCHINI, *Sospensione del processo civile di cognizione*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Milano, 1990, XLIII, 46; sulla normativa anteriore alla l. 353/90: leggi anche N. GIALONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 616 ss..

<sup>50</sup> V. sul tema, BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 195; id., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 409 ss.; F. DANOVI, op. cit., 455-468; NELA, *Le questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1995, 171 ss.; VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 488 ss. ed in particolare 460; VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 137 ss.

<sup>51</sup> Così ZUMPANO, *Arbitrato*, Rapporti, op. cit., 244-247.

<sup>52</sup> V., sul punto, A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, op. cit., 142; F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DALLA PIETRA, N. RASCIO, VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997, 197; VINCRE, op. cit., 450 ss.; ZUMPANO, *Arbitrato*, op. cit., 240-242.

<sup>53</sup> Secondo CONSOLO, (*Sull'abrogazione tacita della sospensione per pregiudizialità penale del giudizio amministrativo* - nota a Tar Lombardia, Sez. Brescia, 28 giugno 1990 n. 770, in *Dir. proc. am.*, 1990, 518 ss.) il nuovo codice di procedura penale ha tacitamente abrogato l'istituto della sospensione di pregiudizialità penale del processo amministrativo, senza che assuma rilevanza l'art. 211 disp. di attuazione e coordinamento al c.p.p.; tale

interpretazione, a mio avviso, è applicabile non solo per il processo civile statale ma anche per il giudizio arbitrale; v. sull'argomento anche ZUMPANO, *Rapporti*, op. cit., 247 ss.

<sup>54</sup> V. in questo senso, VINCRE, op. cit., 455 ss.

<sup>54bis</sup> Così, con chiarezza, ZUMPANO, *Arbitrato*, op. cit., all'inizio del § 6, 250: "Le controversie che gli arbitri possono decidere senza dover affermare o negare il reato quale effetto giuridico autonomo non corrispondono al presupposto indicato dal primo comma dell'art. 819..... perché uno o più fatti semplicemente comuni ad una fattispecie penale, anche se rilevanti rispetto al giudizio affidato agli arbitri, non configurano – di per sé – oggetti incomprometibili".

<sup>55</sup> Così ZUMPANO, *Arbitrato*, op. cit., 252-253.

<sup>56</sup> Sulle soluzioni espresse dalla giurisprudenza in tema di sospensione per pregiudizialità è utile la disamina delle sentenze della Corte di Cassazione (Sez. I Civile, 13 maggio 1997 n. 4179; Sezione Lavoro, 7 maggio 1997 n. 3992; Sezione Lavoro 27 febbraio 1996 n. 1509) F. It. 1997, I, 1757 e commentate da TRISORIO LIUZZI, *Sull'abrogazione*, op. cit.; l'Autore dà atto dell'opinione intervenuta, almeno prevalente, sull'autonomia ed indipendenza della giurisdizione civile, amministrativa e tributaria – e quindi anche arbitrale –, da un lato, e penale dall'altro con la sola eccezione delle tassative ed eccezionali ipotesi previste dall'art. 75, 3° comma, c.p.p.

<sup>57</sup> ZUMPANO, *L'arbitrato*, op. cit., 264 ss. L'Autrice ha posto a fondamento del lavoro l'individuazione dei nessi fra le situazioni sostanziali dedotte in giudizio e la verifica delle specifiche discipline processuali previste dal legislatore. Tale disciplina si differenzia ove l'elemento in comune sia costituito da un mero fatto, o invece si tratti di un effetto giuridico autonomo.

<sup>58</sup> Secondo R. BREDA, *Prospettive*, op. cit., 433. "In particolare, risultano in deciso incremento i risarcimenti connessi al danno alla salute, passati da un'incidenza del 9,9% sul totale dei danni r.c. nel 1991 al 15,4% nel 1999". V. sull'argomento anche M. BARNI, *La responsabilità medica*, op. cit., in *Resp. civ. prev.*, 2000, 830 ss..

<sup>59</sup> V. lo studio del Censis, *Rischi ed errori nella sanità italiana*. La gestione della responsabilità nelle politiche assicurative per la salute, Roma, 21 febbraio 2001. Sui rapporti fra Enti pubblici ed assicurazioni (a cura di D. SORACE), *La responsabilità pubblica in pratica. Studio di casi e analisi di documenti giurisprudenziali*, Bologna, ed, in particolare, l'indagine di C. PICCIOLI, *L'assicurazione delle responsabilità in alcune pubbliche amministrazioni (451-487)*; cfr. sull'argomento anche ANTONIAZZI, *Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria*, in *Assicurazioni*, 1984, I, 44 ss.; LETTA, *L'assicurazione della responsabilità civile del chirurgo estetico*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1992, 417-504; nonché la parte terza dell'indagine a cura di TURCHETTI e LABELLA (*La gestione del rischio*) *La responsabilità sanitaria*, op. cit., pag. 223-284.

<sup>60</sup> Cfr. l'intervento di M. GAGLIARDI, *Contratto di assicurazione e dinamiche assicurative: informazioni e clausole contrattuali*, in *La responsabilità sanitaria*, a cura di COMANDE'-TURCHETTI op. cit., 170-191; TURCHETTI e LABELLA, *Valutazione del rischio e assicurazione*, op. cit., 223-284; nonché il saggio di A.D. CANDIAN, *Riflessione sul rischio e responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. Econ. Ass.*, 2002, 539-563, 54 ss..

<sup>61</sup> *La responsabilità sanitaria*, a cura di COMANDE'-TURCHETTI, op. cit., 193.

<sup>62</sup> V. sul punto, in *Responsabilità sanitaria*, op. cit., il contributo di S. TURCHETTI e B. LABELLA, *La gestione del rischio* che cita (284-288) le specifiche esperienze maturate nell'ostetricia ospedaliera e nel consultorio del distretto di Carpi e nella AUSL Roma; nonché i risultati della Commissione costituita presso il Ministero (cfr. infra la nota 76).

<sup>63</sup> V., sul punto, M. BARNI, *La responsabilità*, op. cit., 830 ss.; BREDA, *Prospettive*, op. cit., in *Danno resp.*, 2003, 431-434; F. INTRONA e RAIMONDO, op. cit., 1121-1138.

<sup>64</sup> Nella relazione si legge: "Partendo dalle considerazioni sopra esposte e dalle continue pressioni delle società scientifiche interessate, il disegno di legge che viene qui presentato si pone modesti ma significativi obiettivi che possono essere così riassunti: attenuare la pressione psicologica e l'animo a volte vendicativo del paziente nei confronti dei sanitari; accelerare la soluzione delle vertenze giudiziarie, afflitte dal generale rallentamento della macchina giudiziaria civile italiana; garantire, nelle vicende giudiziarie, che gli esperti chiamati ad esprimere un parere spesso determinante in tema di responsabilità medica (arbitri e consulenti tecnici d'ufficio) siano all'altezza della situazione. Nonostante alcuni apprezzabili tentativi intrapresi da alcune delle società scientifiche maggiormente interessate al problema per clamorose vicende giudiziarie che hanno colpito alcuni degli associati (ginecologia e ostetricia, chirurgia plastica, radiologia) si ritiene che il raggiungimento degli obiettivi sopra illustrati presupponga alcune innovazioni legislative.....".

<sup>65</sup> Si rinvia a *Riv. it. med. leg.*, 1997, 1121 ss. (in premessa al commento di INTRONA e RAIMONDO, op. cit.); il testo della seconda proposta di Tomassini e di quello approvato dalla Commissione può essere letto sul sito [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

<sup>65bis</sup> BREDA, op. cit., 443; il progetto si espone ad un possibile sospetto di legittimità costituzionale in riferimento alla disciplina dei liberi professionisti che sono soggetti ai generali criteri di responsabilità civile.

<sup>66</sup> Sulla possibilità di formazione dei titoli esecutivi di natura stragiudiziale e relative tematiche, v., di recente, A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro It.*, 2003, V, e 117 ss. ed, in particolare, § 4, 5 e 6.

<sup>67</sup> Sull'argomento, v. F.P. LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, 500 ss.

<sup>68</sup> La giurisprudenza ha contestato la sussistenza di un diretto rapporto fra la colpa del sanitario e responsabilità della struttura, con possibilità di una autonoma responsabilità di questa. V., sul punto, S. COPPARI, *Riflessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente*, nota a Tribunale Lucca 18 gennaio 1992, 264 ss. in *Foro It.*, 1993, I, 264.

<sup>69</sup> Il principio è già desumibile dalla decisione 15 marzo 1983 n. 1900, in F. It. 1983, I, 823; per le sentenze più recenti ed il relativo dibattito è sufficiente il rinvio a SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 458 ss; id. *L'arbitrato con pluralità di parti*, Milano, 1999; F.P. LUISO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.* 2001, 607 ss..

<sup>70</sup> V. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 473 ss. ed, in particolare, 487-490.

<sup>71</sup> V. sul punto BONSIGLIA, *Il ruolo del medico legale nell'accertamento del nesso di causalità materiale*, in *Danno e Resp.*, 2004, 224-228.

<sup>72</sup> Sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335, in *Cons. St.*, 2002, 2223 ss.; la sentenza è stata commentata da LUISO. Il Consiglio di Stato interviene sull'arbitrato dei lavori pubblici, in *Riv. arb.*, 2003, 75 ss.; G. CAMPAGIANI-C. PAPI, *L'arbitrato amministrato in materia di Lavori Pubblici. Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2004, 345 ss.; da G. VERDE, *L'arbitrato nelle controversie in materia di opere pubbliche: un problema ancora in cerca di soddisfacente soluzione*, in *Corr. Giur.* 2004, 5, 22 ss.

<sup>73</sup> FAZZALARI (*L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss.) ha prospettato il dubbio sulla legittimità delle disposizioni normative che prevedano eliminazione o limitazioni del potere delle parti di nomina degli arbitri in quanto si potrebbe pervenire ad una "giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato, con possibili pregiudizi per il futuro dell'istituto.

<sup>74</sup> Secondo il Consiglio di Stato "l'arbitrato è tale sia per la scelta di esso compiuta dalle parti in luogo dei rimedi ordinari che per la scelta degli arbitri fatta liberamente dalle parti stesse, tanto che, se i componenti di un collegio siano designati con criteri diversi da quelli della libera scelta delle parti, si tratterebbe di un vero e proprio organo di giurisdizione speciale (come tale illegittimo)".

<sup>75</sup> La dottrina (v. per tutti LUISO, *La Camera Arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2000, 411, id. *Il Regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2001, 1 ss.) aveva espresso critiche al sistema per la definizione delle controversie relative ai lavori pubblici già prima della decisione del Consiglio di Stato; secondo Luiso con la costituzione della Camera Arbitrale e l'emanazione del regolamento "o si è voluto creare un meccanismo di controllo del modo di risoluzione delle controversie in materia di lavori pubblici; o si è voluto creare un meccanismo di distribuzione degli incarichi di arbitro. Forse tutti e due insieme"; v. sul tema anche i contributi di BORGHESI, *La Camera Arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr. giur.* 2001, 682 ss.; id., *Il regolamento di procedura della Camera Arbitrale per i lavori pubblici* in *Corr. Giur.*, 2001, 944 ss.; FAZZALARI, *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 813 ss.; RUFFINI, *Volontà delle parti e arbitro nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2001, 643 ss.; VERDE, *Le Funzioni <<paragiurisdizionali>> della Camera Arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.* 2000, 150 ss.

<sup>76</sup> Il documento "Risk management in Sanità. Il problema degli errori", reperibile presso il sito del Ministero della Salute, prende in esame alcuni dei numerosi aspetti critici dell'assistenza sanitaria. Secondo l'indagine, svolta nell'esclusiva ottica medica, "il Risk management in sanità rappresenta l'insieme di varie azioni complesse messe in atto per migliorare la qualità delle prestazioni sanitarie e garantire la sicurezza del paziente, sicurezza basata sull'apprendere dall'errore. Dobbiamo, infatti, considerare l'errore, componente eliminabile della realtà umana, come fonte di conoscenza e miglioramento per evitare il ripetersi delle circostanze che hanno portato l'individuo a sbagliare e mettere in atto iniziative, a vari livelli istituzionali garanti dell'assistenza sanitaria (Aziende sanitarie, Regioni, Ministero della Salute), che riducano l'incidenza di errori. Il Risk management, perché sia efficace, deve interessare tutte le aree in cui l'errore si può manifestare durante il processo clinico assistenziale del paziente: solo una gestione integrata del rischio può portare a cambiamenti nella pratica clinica, promuovere la crescita di una cultura della salute più attenta e vicina al paziente ed agli operatori, contribuire indirettamente ad una diminuzione dei costi delle prestazioni ed, infine, favorire la destinazione di risorse su interventi tesi a sviluppare organizzazioni e strutture sanitarie sicure ed efficienti".

<sup>77</sup> V. supra la nota 38.

<sup>78</sup> Su tali prospettive è in corso di elaborazione da parte della Regione Toscana un progetto con la collaborazione della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze.

## ARBITRO, GIUDICE, AVVOCATO E CONSULENTE

**Avv. Mauro Rubino Sammartano** *Presidente della Corte Arbitrale Europea* (relazione al Seminario tenutosi ad Agrigento il 22 gennaio 2005)

Caro Presidente, colleghi e colleghe...

avvocato, magistrato e consulente da un lato, arbitro, avvocato e consulente dall'altro sono gli attori indispensabili di quella rappresentazione drammatica che è stata definita con garbo come il Teatro della Giustizia. Poiché il loro ruolo è parallelo, è inevitabile registrare una serie di contiguità che cercherò di mettere in evidenza. Per alleggerire il tema, col quale iniziamo questa seduta pomeridiana, prenderò lo spunto da qualche riscontro comparatistico. Anzitutto quanto al ruolo di chi giudica. E' stato giustamente centrata la nostra attenzione sul ruolo del pubblico ministero. Non si può a mio avviso non essere d'accordo con la battaglia che conducono i penalisti per abbattere il tabù dell'appartenenza dell'accusa all'ordine giudiziario che dà vita a una contiguità inopportuna tra giudice e p.m. che è l'opposto dell'equidistanza. In Inghilterra come sapete non esiste il pubblico

ministero e al suo posto vi sono funzionari del Ministero dell'Interno e il sistema giudiziario britannico non va certo peggio del nostro. Chi è portato ad accusare non può essere portato a giudicare, così come nelle partite di calcio un ottimo attaccante non è assolutamente detto che sia un buon arbitro e viceversa. Da qui la necessaria separazione netta tra i due ruoli. Anche chi non è penalista non può, chiamato su un argomento importante, astenersi dall'esprimersi con chiarezza.

Un altro tema – messo in ombra dal precedente ma altrettanto grave è quello della scelta del giudice. E' infatti inutile assicurare l'equidistanza del giudice se non si assicura anche che egli sia idoneo a svolgere le proprie funzioni. Evitando approfondimenti che possono non essere idonei in questa sede, desidero solo richiamare che noi abbiamo un sistema di nomina di giudici, simile peraltro a quello degli altri Stati del Continente Europeo, che per mancanza di raffronti comparatistici può sembrare buono e naturale mentre a mio avviso non lo è affatto. Ciò in quanto il criterio di selezione attraverso un esame può essere idoneo per scegliere un burocrate, ma non lo è affatto per scegliere un giudice. Anche qui il grande esempio britannico vuole che non vi possa essere alcun esame per diventare giudici ma debba essere usato un altro criterio basato sulla prova che il candidato abbia dato attraverso la sua vita professionale, delle sue capacità, equilibrio e rettitudine. Si tratta di semplici spunti, prima di passare all'arbitro che normalmente è scelto dalle parti, mentre il giudice viene nominato per designazione di organi direttivi o per rotazione. Nell'ipotesi in cui ciascuna parte designi il proprio arbitro, e si debba poi nominare il terzo arbitro, le parti delegano a volte la nomina ad una istituzione arbitrale, salvo poi a volte lamentarsi della scelta da essa effettuata. Se a volte la critica è dovuta solo al fatto che tale parte è risultata soccombente, in altre occasioni forse la scelta non era stata opportuna.

Il procedimento arbitrale è una grande occasione per l'avvocato perché, mentre nel processo dinanzi al giudice ordinario, seguendo l'esempio sportivo di cui prima, si contrappongono attacco e difesa gli avvocati svolgono qui tutti i ruoli, anche di decisione e in quest'ultimo portano un tesoro di esperienza di vita vissuta, che il giovane nominato giudice non ha e che non può più acquistare perché una volta nominato la sua vita prende una direzione diversa (e in ciò sta la grande differenza tra il nostro e il sistema britannico).

L'avvocato può svolgere e svolge così nella procedura arbitrale il ruolo giudicante. Ciò con buona pace della Corte di Cassazione che da qualche anno ha messo in discussione la funzione di giudicante dell'arbitro ed è giunta ad affermare che lo stabilire se una questione possa essere sottoposta ad un giudice o ad un arbitro è una questione di merito, tesi audace come poche e senza speranza, trattandosi manifestamente di una pregiudiziale di rito e al cui riguardo la dottrina, con Ricci<sup>2</sup>, Consolo<sup>3</sup>, chi vi parla<sup>4</sup> e altri, ha preso una posizione nettamente critica.

L'avvocato quindi, a seconda dell'incarico che riceve, può difendere, attaccare o giudicare. Nell'ambito di un corso di formazione può essere utile ricercare i valori fondamentali che l'avvocato è chiamato a testimoniare attraverso la sua vita e nell'esercizio di tali funzioni. Diceva il presidente dell'Ordine di Parigi nell'ultima inaugurazione dell'anno giudiziario che, malgrado i cambiamenti epocali che si sono registrati nella nostra professione e nella nostra società, questi valori sono i valori di sempre, ossia l'indipendenza, il segreto professionale, la probità, l'umanità, la dignità, la competenza, la lealtà, la devozione e l'aiuto ai più deboli. Questi valori potrebbero apparire una vuota enunciazione di principio, peggio ancora essere visti come dei privilegi. Invece costituiscono i nostri doveri. Se vi è un nostro privilegio, esso è di poter aiutare i deboli. Questo è il titolo di nobiltà della nostra professione. Come durante il MedioEvo il debole che subiva un sopruso, ad esempio dal suo feudatario, poteva contare solo sul cavaliere errante (non certo sul sovrano o

sul grande feudatario che tendeva ad occuparsi dei propri interessi). Nel mondo di oggi, così diverso, la nostra vocazione, il nostro privilegio è di aiutare chi ha bisogno di noi. Per completezza e poiché possiamo, dato il tempo ristretto a disposizione, parlare solo per sommi capi di questi argomenti, corre anche l'obbligo di accettare che non siamo in grado di coprire l'intero scibile giuridico e che quindi dobbiamo rinunciare al volo di Icaro, al sogno impossibile di dominare l'intera materia. Ciò comporta la necessità di seguire solo o principalmente alcune materie specifiche e dall'altro di dare una struttura al nostro studio, punto sul quale noi paesi di diritto scritto siamo certamente molto più deboli dei paesi di *common law* che sono arrivati ad avere degli studi di circa 1000-2000-3000 avvocati, delle autentiche *officine giuridiche*. Noi, con tutto il nostro bagaglio di principi e le eccellenti teorie che abbiamo elaborato, non siamo in grado di reggere a questo confronto. Ma una riduzione dei costi, una maggiore strutturazione, una migliore efficienza sono degli obiettivi moderatamente raggiungibili.

Un altro appuntamento che non possiamo mancare è quello dell'aggiornamento obbligatorio. In paesi molto progrediti l'aggiornamento è un obbligo ed è reale, mentre da noi è un argomento che ci limitiamo a sfiorare. Come iscritto all'Ordine di Parigi, mi è stato comunicato che è stata introdotta la regola di venti ore all'anno di aggiornamento. Tornando all'arbitrato, l'avvocato ha un'occasione nuova, cioè di giudicare, ossia di non doversi limitare a prospettare tesi nella speranza di essere ascoltato e di essere compreso ma di mettere a disposizione delle parti che si rivolgono a lui, un tesoro di esperienze di cui il giudice di carriera molto spesso – come sopra discusso - non dispone. Ciò gli dà anche la possibilità di disegnare le regole del procedimento. Questo è un punto molto importante perché è opinione diffusa che l'arbitro debba applicare le regole del procedimento dinanzi al giudice ordinario, mentre è vero esattamente l'opposto. Salvo che le parti glielo abbiano imposto, l'arbitro è libero di scegliere delle regole diverse. Un esempio splendido di questa opportunità spesso perduta è quello della prova. Noi viviamo a mio avviso in un sistema processuale che sul piano del diritto della prova è molto antiquato. La parte non ha possibilità di acquisire i documenti più importanti dell'altra perché ciascuna parte può produrre solo i documenti che le giovano.

Quindi i documenti veramente importanti non si vedranno mai e si resta sulla superficie del materiale probatorio scritto. Quanto alla prova orale tra capitolazione riduzione delle liste dei testi nuovi e interrogatorio solo da parte del giudice, anche qui il diritto alla prova a mio avviso è gravemente *mutilato*.

L'arbitro non è soggetto a tutto questo. I regolamenti arbitrali, ad esempio quello della Corte Arbitrale Europea, si guardano bene dal seguire questo *modus operandi* e attribuiscono, secondo il sistema britannico, alle parti il diritto alla prova. Se la parte ha l'onere della prova essa deve avere il diritto di assolverla. Essa non può essere soggetta ad una capitolazione che costringe la realtà in un letto di Procuste al punto che spesso un capitolo di prova finisce necessariamente a essere un grappolo di circostanze. Ciò in quanto il giudice non ama di regola trovarsi di fronte a molti di capitoli di prova, né sentire quindici, venti testimoni. Del resto in Francia non li vuol sentire del tutto, in Belgio pure. Spesso, in un momento in cui il giudice non conosce ancora bene la causa, lo Spirito Santo lo aiuta a determinare che sette testi sono troppi, che tre sono sufficienti e a volte lo Spirito Santo gli indica addirittura i nomi dei testimoni che è opportuno sentire. Siamo le mille miglia al di fuori della retta via che è quella, dicevo prima, che chi ha l'onere della prova deve poterla assolvere. Se questo succedesse dinanzi a un giudice inglese egli sarebbe rimosso senza la minima esitazione perché interferirebbe in quello che si chiama il *due process*. L'arbitro ha questa possibilità, ma spesso non se ne rende conto.

Qualche regolamento, come quello della Corte Arbitrale Europea, si diceva, lo prevede.

Parliamo se volete anche del consulente. Certamente è stato molto

ben detto dal Prof. Buongiorno che bisogna evitare consulenze tecniche che abbiano fini esplorativi. E' vero. Io vorrei però dire che a mio parere la grande differenza tra il nostro sistema giuridico e quelli di *common law* consiste non tanto nel fatto che nel sistema britannico ciascuna parte porta il proprio testimone anche sulla questione tecnica, (il cosiddetto *expert witness*). Questo potrebbe apparire un grosso cambiamento. Ma ancora più importante è che il giudice, (mi riferisco all'esempio inglese perché è l'ordinamento con il quale ho avuto nel tempo contatti più approfonditi) non delega minimamente la decisione al consulente. E' questo che ci viene rimproverato dagli ordinamenti di *common law*. Il Giudice deve capire ed è quello che faccio anch'io, quando dico al consulente "tenga presente che io devo capire il problema, non basta che lei faccia una bella relazione; se non è chiara Lei me la dovrà rispiegare fino a quando la capirò". E' importante per noi riflettere su questa profonda diversità perché il raffronto è di regola fonte di arricchimento. In quel modo il giudice si autoconstringe a decidere egli stesso, senza abdicare a questo potere che l'ordinamento non vuole che venga esercitato da un terzo (anche se di fiducia del giudice). Vi è infine il discorso relativo ai rapporti tra le parti della rappresentazione drammatica del processo. La prima domanda è se avvocato, arbitro, giudice, consulente dialogano fra loro. Non sono certo che essi dialoghino. Il giudice e il proprio consulente sì. (Ma è un dialogo tra chi è o dovrebbe essere il detentore di quella che viene definita la verità scientifica e un altro che non ne capisce molto e che ha rinunciato in partenza a capire) con un atto di umiltà che all'apparenza merita ammirazione). Avvocato e giudice dialogano?

Sento dire che a Sciaccia (isola felice) regna un rapporto idilliaco tra le due funzioni. Nei grandi centri il rapporto è spesso pessimo, cioè un *dialogo tra sordi*; in altri luoghi intermedi forse sarà un dialogo limitato. Ora, se gli attori del dramma non si parlano, sarà difficile ottenere il risultato auspicabile. L'ultima domanda, che pongo a me stesso e mi permetto di porre anche a voi è se avvocati e magistrati (e per via del parallelo tra i due procedimenti, avvocati e arbitro) si capiscono? Avvocato e arbitro possono dialogare.

Ad esempio il regolamento della Corte Arbitrale Europea prevede l'obbligo dell'arbitro di creare un *dialogo costruttivo* con le parti, non di limitarsi ad ascoltare e a veder passare i treni come un capostazione. Per poter comprendere occorre dialogare. Non è sufficiente un solo scambio di scritti. Esso evidenzia una patologia. E come se in un rapporto tra marito e moglie ci si scrivesse solo. Alcuni decenni fa mentre ero in Inghilterra, ricordo di aver letto una lettera di un lettore del Times (usanza tipicamente britannica) che lamentava che da sei mesi parlava con la moglie solo per iscritto. Ho trovato tale soluzione affascinante perché da noi probabilmente il marito avrebbe strozzato la moglie o la moglie avrebbe avvelenato il marito.

A mio avviso anche nel dramma processuale i protagonisti devono poter parlare, devono cercare di capirsi. Se non vi è dialogo, non vi è da stupirsi che il prodotto dell'operare dei tre personaggi avvocato, magistrato e consulente non sia di regola soddisfacente.

Nel mondo dell'arbitrato i rapporti sono migliori. Questo è un altro elemento positivo dell'arbitrato. Al professionista tradizionale si presenta una scelta tra il ricorso a un procedimento dinanzi al giudice ordinario (che mediamente sul territorio nazionale dura tre o quattro anni in primo grado) e l'arbitrato dal quale si può ottenere delle decisioni rapide, (entro un anno), da parte di un giudice che può capire meglio e che può e deve dialogare. Questo è per sommi capi il velocissimo e quindi sommario raffronto che ho inteso presentarvi. Quando io partecipo ad un convegno, spero sempre di rientrare con un'idea nuova. Ove voi abbiate la stessa aspettativa,

#### NOTE:

a partire da Comune di Cinisello Balsamo c. Azienda energetica Municipale S.p.A. Cass. Sez. Un. 3 agosto 2000 n. 527, *Foro pad.* 2001 - I, 42

<sup>2</sup> E.F. RICCI *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo. Parlano le Sezioni unite.* in *Riv.dir.proc.* 2001, 259

<sup>3</sup> CONSOLO-MARINELLI *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia,* in *Corr.giur.* 2003 3/6, 825

<sup>4</sup> M.RUBINO-SAMMARTANO *Vittoria di tappa, un sogno impossibile,* in *Foro Pad.* 2001, 42, i.d. *Ma Dio (o quantomeno la Corte Costituzionale) è davvero con loro?* in *Foro pad.* 2002, F, 454

## DIRITTO COMUNE E DIRITTO SPECIALE DELL'ARBITRATO (SOCIETARIO E ALTRI): INQUIETUDINI LEGISLATIVE

Avv. Mauro Rubino Sammartano, Presidente della Corte Arbitrale Europea

**SOMMARIO:** 1. *L'evolversi del diritto dell'arbitrato* - 2. *Diritto speciale dell'arbitrato* - 3. *Diritto speciale dell'arbitrato societario* - 4. *Non coerenze* - 5. *Recupero dell'unitarietà.*

### 1. L'EVOLVERSI DEL DIRITTO DELL'ARBITRATO

La disciplina dell'arbitrato, ha atteso come è noto oltre quarant'anni per ottenere con la Novella del 1983 solo alcuni ritocchi, registrando così un andamento lento.

Tale movimento si è accelerato con l'introduzione nel 1994 della Riforma, che costituisce il frutto di un'autonoma elaborazione, anziché consistere - come in altri ordinamenti - in una semplice adozione o rielaborazione della Legge Modello dell'Uncitral.

L'attenzione degli studiosi dell'arbitrato era all'epoca concentrata sulla disciplina generale della materia, senza che le disposizioni dettate per alcuni settori specifici attirassero più di tanto l'attenzione.

### 2. DIRITTO SPECIALE DELL'ARBITRATO

Su questo *tronco comune* della disciplina dell'arbitrato si sono peraltro gradualmente innestate, sotto forti spinte settoriali, varie discipline speciali dell'arbitrato che hanno acquistato crescente consistenza.

#### 2.1 In materia di lavoro

Così, nella materia del lavoro, ad una radicale esclusione dell'arbitrato è gradualmente subentrata l'autorizzazione a sottoporla, seppure a ben precise condizioni, all'arbitrato, all'epoca ritenuto rituale. Sulla previsione di un arbitrato "senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria", è stato innestato un arbitrato irrituale "ordinario", ove previsto dalla legge o dai contratti e accordi collettivi<sup>2</sup> e infine ha preso corpo un arbitrato irrituale organizzabile "tramite le organizzazioni sindacali"<sup>3</sup> dotato di caratteristiche a dir poco singolari. Tra di esse la possibilità di contestazione della sua "validità" (linguaggio proprio dell'arbitrato irrituale, che ne prevede l'impugnazione dinanzi al Tribunale), la qualificazione del Tribunale quale *giudice unico* (previsione estranea sia all'arbitrato rituale che irrituale), la facoltà di deposito della decisione per attribuirle l'esecutorietà *solo* in caso di mancata impugnazione (o alla conclusione di essa), strumento riservato all'arbitrato rituale, (ma in cui il deposito prima costituiva una condizione per l'impugnazione e poi con la Riforma non la condizionava più).

Al termine di questo dispiego di originalità, il legislatore ha ritenuto di poter qualificare tale *ibrido* come irrituale. E' stato così ritenuto in dottrina che<sup>4</sup> si sarebbe così dato vita a ben tre procedure di arbitrato:

- un arbitrato rituale (ex art. 808)
- un arbitrato irrituale ordinario (ex art. 5 comma 1, L. 533/1963)
- ed un arbitrato irrituale organizzato sindacalmente (ex D. Lgs. 387/1998).

La imposizione della qualificazione come irrituale appare tuttavia

non condivisibile ed è, ad avviso di chi scrive, inidonea a caratterizzarlo come tale, trattandosi o di un arbitrato rituale anomalo o di un sorprendente *tertium genus*.

Sembra così preferibile<sup>5</sup> ridurre *ad unum* tale frammentaria normativa, ritenendo che il legislatore ha in definitiva inteso optare per un solo modello di arbitrato, quello del 1998 la cui disciplina crea peraltro le perplessità interpretative sopra manifestate.

Benché la materia appaia poco coordinata, resta fermo che è stata data vita ad un *diritto speciale* dell'arbitrato in materia di lavoro.

## 2.2 Negli appalti pubblici

Con altrettanto slancio<sup>6</sup> il legislatore, dopo un ondeggiare tra soluzioni diametralmente opposte<sup>7</sup>, ha posto mano ad una normativa speciale per l'arbitrato in materia di opere pubbliche non solo costituendo una Camera Arbitrale per i Lavori Pubblici ma disciplinandone<sup>8</sup> lo svolgimento in via obbligatoria, sicché chi, per risolvere una di tali controversie, ricorra ad arbitrato è costretto ad osservare una disciplina minuziosamente regolata dal legislatore. È nato così un *diritto speciale* dell'arbitrato in materia di opere pubbliche.

Il legislatore ha così alla fine optato non tanto per imporre la soluzione all'arbitrato, ma per costringere chi ricorra ad esso a sottostare ad una procedura speciale (dando in tal modo vita a perplessità sulla legittimità di tale scelta e sulla costituzionalità della imposizione del presidente del collegio arbitrale<sup>9</sup>).

Non pago di aver dato vita a specificità non solo non necessarie ma anche discutibili, il legislatore ha voluto intervenire nuovamente sulla disciplina degli appalti.

Infatti, poco dopo l'introduzione dell'arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera Arbitrale dei Lavori Pubblici, è stato da esso regolamentato diversamente il settore delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale.

Per tali controversie le parti sono libere<sup>10</sup> di avvalersi del diritto comune dall'arbitrato quasi come se la Camera Arbitrale Speciale non esistesse, con un'unica eccezione che consiste nella nomina del terzo arbitro, qualora le parti non si siano accordate, da parte di detta Camera nella persona di un magistrato amministrativo o contabile o in un avvocato dello Stato. Né la Camera Arbitrale né la *camicia di forza* della sua procedura si applicano pertanto agli appalti più grandi. La deroga al diritto speciale ha così *riportato al diritto comune* o quasi. Tuttavia proprio l'unica eccezione, ad esso voluta dal legislatore, riporta in zona di conflittualità, posto che l'avvocato dello Stato non può essere equidistante tra Stato e appaltatore e comunque l'appaltatore estero è costretto ad avere un presidente del collegio arbitrale che non è di nazionalità neutrale. La volontà del legislatore di assicurarsi un magistrato, nella specie amministrativo, come presidente del collegio arbitrale è riaffiorata recentemente del resto quanto alle controversie relative ai contratti stipulati dall'amministrazione della difesa<sup>11</sup>.

## 2.3 Nascita di vari diritti speciali

Seguendo tale tendenza il legislatore<sup>12</sup> ha disciplinato autonomamente l'arbitrato in materia societaria, il quale costituirà l'oggetto prevalente del presente esame.

Prima di procedervi è d'obbligo rilevare in via conclusiva che, a fianco di un diritto comune dell'arbitrato, il legislatore ha così indicato una chiara tendenza a dare vita in vari settori ad un diritto speciale dell'arbitrato.

Se da un lato le specificità dei singoli settori possono giustificare, là dove sussistano esigenze particolari una integrazione della disciplina generale, un'eccessiva settorizzazione appare inopportuna soprattutto quando essa avvenga al prezzo di lacerazioni del tessuto normativo generale.

Il rischio di tale *vulnus* non è purtroppo solamente teorico. Ad esempio la individuazione da parte del legislatore delegato della

costituzione del collegio arbitrale quale momento introduttivo del procedimento arbitrale in materia di lavori pubblici<sup>13</sup>, coniuga la non necessità di un siffatto allontanamento dalla disciplina comune con una probabile illegittimità per eccesso di potere poiché la cadenza dell'inizio del procedimento è dettata dalla notifica dell'atto introduttivo ed appare assai incerto che il legislatore possa modificare la realtà.

## 2.4 Favor et sfavor

Se a un lato il legislatore ha abbandonato l'atteggiamento ostile verso l'arbitrato ed ha recentemente avvertito una forte attrazione verso la conciliazione, stanti le sue prospettive deflative del contenzioso, dall'altro esso si è scagliato, ben al di là delle indicazioni comunitarie<sup>14</sup> contro l'arbitrato nelle controversie con i consumatori, qualificando la clausola compromissoria come vessatoria e pertanto priva *ex lege* di efficacia<sup>15</sup>.

Ed infine, nel disciplinare la subfornitura<sup>16</sup> il Legislatore ha ingabbiato l'arbitrato in un poco verosimile obbligatorio "termine massimo di sessanta giorni a decorrere dal primo tentativo di conciliazione" (momento di decorrenza tra l'altro non univoco e fortemente discutibile).

## 3. DIRITTO SPECIALE DELL'ARBITRATO SOCIETARIO

### 3.1 Semplice facoltatività del ricorso all'arbitrato

Corre l'obbligo di rilevare in primo luogo che il diritto speciale dell'arbitrato societario non prevede alcun *obbligo* delle parti di ricorrere all'arbitrato. Avendo il legislatore delegato tenuto a precisare che gli statuti della società *possono* prevedere la devoluzione ad arbitri di varie o di tutte le controversie societarie (per tali intendendo le controversie tra soci, tra soci e la società così come le controversie promosse da amministratori, sindaci, liquidatori o contro di essi), esso è facoltativo. D'altro lato, ove venga per esse effettuato il ricorso all'arbitrato, la disciplina legislativa non appare derogabile.

### 3.2 Ambito della disciplina speciale dell'arbitrato societario

L'ambito della disciplina in esame appare costituito dalle società di capitali. Essendo la riforma diretta solo ad esse non si riscontrano elementi che indichino che il legislatore abbia inteso estenderlo anche alle società di persone. Ciò non impedisce, peraltro, che esse lo adottino volontariamente.

È stata invece esclusa espressamente la categoria delle società che fanno ricorso al capitale di rischio, definizione che, come è noto, abbraccia le società le cui azioni sono quotate in mercati regolamentati così come quelle il cui azionariato è diffuso tra il pubblico.

Devono essere espresse perplessità circa tale esclusione. Essa ha verosimilmente come scopo di limitare l'ambito della disciplina speciale a formazioni societarie non troppo ampie onde evitare di imporla a soggetti troppo distanti dal momento di formazione della società. Tale obiettivo sembra tuttavia già *non* raggiunto nell'ambito della disciplina attuale e potrebbe comunque non essere sufficiente a giustificare una forte diversità di disciplina tra da un lato società non quotate e dall'altro società quotate e società a larga diffusione. Occorre inoltre tener presente che in tal modo viene esclusa l'utilizzabilità del ricorso all'arbitrato speciale proprio quanto alle società di più grandi dimensioni.

Si discute in dottrina se la disciplina speciale in esame si applica anche ai patti parasociali. La risposta sembra dover essere negativa, ove nulla sia previsto al riguardo nell'atto costitutivo e nello statuto, con facoltà peraltro delle parti di sottoporre anche essi volontariamente a tale diritto speciale o al diritto comune dell'arbitrato.

Altre perplessità derivano da come il legislatore ha gestito il requisito del consenso, ossia se veramente la semplice accettazione della carica da parte di amministratori, sindaci e liquidatori, o l'acquisto di azioni in borsa da parte di un socio, possano essere interpretate come accordo di sottoporre tali controversie all'arbitrato speciale. Ciò benché Ricci<sup>17</sup> rilevi, giustamente, che il nuovo arbitrato societario mira a creare delle *regole di gruppo*.

Sembra così legittimo domandarsi se il requisito dell'accordo delle parti circa la soluzione della controversie mediante arbitrato possa essere sostituito dagli artt. 35.1ter e 34.4 del decreto delegato. La soluzione positiva non appare soddisfacente. Sembra a tal fine necessario un recepimento per *relationem perfettam*, contenuto in un atto scritto di accettazione da parte di amministratori, sindaci, liquidatori e soci non fondatori. In tale assetto l'accettazione specifica potrà, seguendo un modello non lontano da quello adottato per l'arbitrato interno di sottotipo internazionale, non essere necessaria, restando peraltro ferma la necessità che la volontà di compromettere risulti espressamente.

#### **Ambito oggettivo**

La legge delega aveva previsto che divenissero compromettibili anche le controversie attinenti a diritti indisponibili. Tali innovazioni investivano uno dei pilastri della disciplina dell'arbitrato. Da qui il dubbio sollevato da larga dottrina circa la sua legittimità costituzionale per violazione dell'art. 102 n. 1 della Costituzione. E' stato infatti rilevato che, essendo l'arbitrato legittimo solamente ove sia il frutto di una convenzione tra le parti, esso non è configurabile ove riguardi diritti non disponibili. Il legislatore delegato non ha fortunatamente approfittato di tale facoltà.

Le controversie tra soci e società sono così dichiarate dal decreto delegato compromettibili purché relative a diritti disponibili, eccetto là dove l'intervento del pubblico ministero sia obbligatorio. Questa premessa non incontra dunque obiezioni.

Il decreto delegato consente peraltro agli arbitri di conoscere incidentalmente di questioni non compromettibili.

E' stato così lamentato che – benché confinata ad una valutazione incidentale – tale facoltà abbia in qualche modo fatto breccia nel sistema.

Il legislatore ha poi espressamente incluso tra le controversie compromettibili quelle relative alla *validità* delle delibere assembleari, nozione per la quale il legislatore delegato si è allontanato dalla ben acquisita nozione di inesistenza della delibera. I confini tra nullità e annullabilità, appaiono altresì forzati attraverso l'inserimento nell'una di ipotesi di invalidità che confluirebbero nell'altra.

L'ostacolo della disponibilità sussisteva, secondo una ampia dottrina, ove fosse in gioco un interesse collettivo. Non poteva ad esempio discutersi della nullità di una delibera assembleare tra la società ed uno dei soci coinvolgendo essa l'interesse di tutti gli altri soci. A tale smagliatura ha peraltro rimediato il legislatore delegato introducendo non solo l'intervento volontario, come previsto nella prima redazione del decreto delegato, ma addirittura l'intervento coatto, di tal che ogni volta che la controversia interessa tutti i soci essi possano e debbano essere chiamati in causa nella loro qualità di litisconsorti. Aggiustamento intelligente ma forzato ed estraneo ai canoni sistematici.

#### **Convenzione arbitrale**

La disciplina speciale dell'arbitrato opera ove prevista da clausola compromissoria contenuta nello statuto.

Si discute in dottrina se la disciplina inderogabile del procedimento arbitrale voluta dal legislatore delegato produca o meno l'effetto di impedire alle parti di stipulare clausole compromissorie in base al diritto comune dell'arbitrato.

La risposta a tale quesito deve prendere le mosse, ad avviso di chi scrive, dal rilievo che l'art. 34 della nuova disciplina, prevedendo che gli atti costitutivi possono, mediante clausole compromissorie; prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune o di tutte le controversie in materia societaria, non rimuove alcun divieto. Esso sembra dover

essere letto nel senso che se viene inserita nell'atto costitutivo o nella statuto una clausola compromissoria, tale arbitrato è obbligatoriamente amministrato.

Non sembra peraltro conseguire, da questo primo rilievo, una impossibilità delle parti di ricorrere all'arbitrato comune.

Se, infatti, tale strada è sbarrata dalla organizzazione obbligatoria dell'arbitrato (da clausola compromissoria<sup>18</sup>) voluta dal Legislatore delegante, la possibilità di ricorrere ad un arbitrato di diritto comune sembra rimanere per la sottoposizione della controversia all'arbitrato mediante compromesso.

Non solo, ma attraverso tale strumento le parti sembrano poter ricorrere anche all'arbitrato irrituale, posto che ad esso - sia pur per inciso - lo stesso legislatore delegato fa riferimento<sup>19</sup>.

#### **Norme regolamentari**

Il legislatore delegato ha regolato sotto vari profili l'arbitrato speciale societario con una disciplina vincolante.

Per la *nomina dell'arbitro* è stato esplicitato il criterio, già ampiamente acquisito su un piano di corretta organizzazione dell'arbitrato, che la nomina dell'arbitro deve essere effettuata da un soggetto estraneo alla società.

Data la possibilità di intervento volontario o coatto, l'equidistanza di un organo endosocietario che venga officiato per la scelta dell'arbitro non è, infatti, configurabile. Sarebbe forse stato preferibile prevedere addirittura la nomina di un arbitro unico.

#### **Il deposito della domanda di arbitrato presso il registro societario**

L'obbligo di depositare la domanda di arbitrato presso il registro della società appare opportuno per far sì che i soci possano venirne a conoscenza.

#### **Intervento volontario e coatto**

L'intervento non solo facoltativo ma coatto, ogni qual volta si profili un interesse di altri componenti della sfera societaria; costituisce lo strumento per consentire di decidere nei casi in cui si verta in tema di interesse collettivo.

E' stato peraltro rilevato che il legislatore delegato ha usato un linguaggio diverso, in tema di interventi, distinguendo tra l'intervento volontario consentito "a terzi" e l'intervento coatto al cui riguardo esso fa riferimento a "altri soci". Probabilmente si tratta di una imprecisione. In ogni caso non sembra potersi escludere l'intervento coatto della società affinché la decisione sia vincolante per essa, senza lesioni al diritto di difesa che, in caso contrario, come sopra discusso, si verificherebbe.

Anche l'eliminazione, per l'arbitro in materia societaria, del divieto (vigente, invece come è noto per l'arbitro di diritto comune) di conoscere *incidenter tantum* di questioni non compromettibili può essere condivisibile, per consentire la soluzione arbitrale della controversia, con il ricorso ove del caso all'espedito di allargare il novero dei contendenti, per rendere la controversia, come sopra discusso, arbitrabile.

#### **Sospensione della delibera assembleare**

L'attribuzione all'arbitro del potere di adottare la misura cautelare, consistente nella sospensione della delibera assembleare, appare opportuna non solo sul piano della rapidità dell'intervento nella controversia ma anche sotto un profilo generale che si tratterà qui di seguito.

#### **Decisione secondo diritto**

La previsione che l'arbitro, quando abbia conosciuto sia pur incidentalmente di questioni non compromettibili o la controversia abbia per oggetto la validità di una delibera assembleare debba decidere secondo diritto, trova la propria *ratio* nella necessità di applicare, come ha sottolineato Ricci, le stesse regole.

#### **Effetti delle decisioni arbitrali nei confronti della società**

Sorprende che il legislatore delegato abbia voluto precisare che la decisione arbitrale produce effetti per la società. Ove essa sia stata parte del procedimento, si tratta infatti di conseguenza ovvia. Se invece essa non sia stata parte del procedimento, né all'origine né per effetto di un intervento volontario o coatto, tale previsione

sembra voler far sì che la decisione produca effetti nei confronti di una parte che non sia stata messa in grado di svolgere in tale procedimento le proprie difese. Il legislatore sembra in tal caso essere incorso in illegittimità costituzionale.

#### **Impugnazione**

La disciplina speciale consente sempre per tali controversie le varie impugnazioni contro la decisione arbitrale, abbandonando il regime privilegiato concesso all'arbitrato interno di sottotipo internazionale.

#### **Effetti della disciplina societaria sulla qualificazione dell'arbitrato**

La riforma del diritto societario non solo apre un'importante breccia nel divieto all'arbitro di emettere provvedimenti cautelari, tenacemente mantenuto dal diritto comune dell'arbitrato, ma attribuisce all'arbitro uno strumento processuale ulteriore.

Così pure la facoltà di intervenire o di fare intervenire terzi va al di là dell'angusto ambito negoziale e rinforza ancor di più l'impianto processuale del procedimento arbitrale.

Ricci<sup>20</sup> mette in evidenza che la compromettibilità anche di controversie su diritti non disponibili nonché l'efficacia della decisione arbitrale nei confronti dell'intero gruppo fa sì che la decisione, che costituisce il prodotto del procedimento arbitrale speciale societario, produca effetti ancor più equivalenti a quelli delle decisioni del giudice ordinario. Né esso, sottolinea Ricci, può costituire un effetto privilegiato riservato ai gruppi societari, ma in ogni controversia deve essere a disposizione dei contendenti.

#### **3.3 Arbitrato irrituale**

L'arbitrato irrituale è assente dalla disciplina speciale dell'arbitrato societario, eccetto un inciso là dove si tratta del ricorso alla tutela cautelare. Un vero e proprio inciso dovuto al desiderio del legislatore, rafforzando il recente orientamento giurisprudenziale finalmente permissivo, di mettere *en passant* la parola fine all'interpretazione giurisprudenziale che escludeva la possibilità, per chi avesse stipulato convenzione arbitrale irrituale, di ricorrere alla tutela cautelare.

L'effetto di un richiamo incidentale non sembra poter essere che la disciplina di un arbitrato, nato come mandato negoziale, divenga processuale e che colui, cui è affidata la composizione della divergenza, possa non solo sospendere la deliberazione assembleare ma addirittura in talune situazioni decidere su diritti non disponibili ed emettere una decisione impugnabile per nullità dinanzi alla Corte d'appello. Se così fosse si sarebbe sì verificata l'unificazione dei due tipi di arbitrato processuale ed irrituale ma nel senso di un *totale assorbimento* dell'arbitrato irrituale nell'unico vero arbitrato – quello processuale – residua in tale scenario uno spazio per il termine "irrituale" per individuare l'arbitrato in cui venga richiesto agli arbitri, rituali, di non applicare la disciplina processuale quanto allo svolgimento del procedimento.

#### **3.4 Risoluzione di contrasti sulla gestione delle società**

Dopo varie emozioni dovute a tanta inquietudine legislativa, gli studiosi dell'arbitrato non si attendevano davvero l'ultima disposizione, introdotta dal legislatore delegato, che mira alla risoluzione di contrasti nella gestione della società.

Mediante essa il legislatore ha voluto attribuire, a uno o più terzi, la facoltà di definire contrasti circa le decisioni da adottare nella gestione della società nonché su questioni *collegate* con quelle espressamente definite. Espressione quest'ultima tutta così ampia da apparire impalpabile e che richiede, dunque, uno studio più approfondito.

Sembra peraltro vertersi in tema di mandato avente per oggetto solo una composizione, spesso fondata non su considerazioni di ordine giuridico ma di natura gestionale ed amministrativa.

Anziché un'attribuzione, ad opera delle parti, ad un terzo della delega a determinare un elemento di una decisione da esse *sin dall'inizio* riservato a tale successiva decisione, lo strumento abbozzato dal legislatore delegato sembra avere la diversa finalità di risolvere una divergenza già insorta componendola.

Anche il reclamo ad un, non meglio precisato, collegio contro le decisioni di tali arbitri concorre, ad avviso di chi scrive, a qualificare tale mandato come un arbitrato irrituale ossia come un mandato a comporre sul piano solo negoziale, piuttosto che un arbitraggio come una parte sia più autorevole della dottrina ha ipotizzato nei suoi primi commenti.

#### **4. NON COERENZE**

La produzione legislativa non si è arrestata - come si è visto - di fronte alle non coerenze che si sono manifestate a vari livelli.

Così nella avvenuta regolamentazione di settori arbitrali specifici in contrasto con il diritto comune dell'arbitrato, anziché a suo completamento, benché ciò non sia giustificato da esigenze settoriali.

Così nella diversa disciplina dell'arbitrato in tema di appalti di grandi infrastrutture, diversa da quella degli altri appalti pubblici, benché non vi siano perciò giustificazioni sistematiche.

Così nella creazione di quella creatura davvero anomala che è l'ultima versione dell'arbitrato in materia di lavoro.

Così infine nello stridente contrasto tra da un lato il *favor arbitratus* e la imposizione della conciliazione (che ne costituisce il preambolo) e dall'altro la proclamazione della vessatorietà ed inefficacia delle clausole compromissorie nelle controversie tra "professionista" e "consumatore".

Scelta di campo tanto più sorprendente che il legislatore comunitario, al quale la disciplina interna dei contratti con i consumatori ha inteso dare attuazione, non aveva affatto inteso bollare il ricorso ad arbitrato in modo negativo.

#### **5. RECUPERO DELL'UNITARIETA'**

Le numerose non coerenze sopra discusse inducono a sottolineare la necessità di un riordino della materia all'insegna della coerenza, che proceda secondo due direttrici, da un lato il rispetto della coerenza sistematica, dall'altro la traduzione dei principi generali comuni in specificità applicative settoriali solo là dove ciò sia necessario.

#### **NOTE:**

\**Presidente della Corte Arbitrale Europea*

Le opinioni espresse riflettono il punto di vista personale dell'autore e non impegnano necessariamente la Corte Arbitrale Europea.

art. 308, 2° comma c.p.c.

<sup>2</sup> art. 5, L. 533/1963

<sup>3</sup> D. Lgs. 80/1998 e D. Lgs. 387/1998

<sup>4</sup> CECHELLA, *L'arbitrato nel rapporto di lavoro*, in AA.VV. *L'arbitrato, Profili sostanziali* (a cura di Alpa), Torino 1999, 960, condivisa da chi scrive in *Il Diritto dell'arbitrato*, 3° ed. Cedam 2002

<sup>5</sup> C.PUNZI *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Riv. arb. 2001, 389

<sup>6</sup> L. 11 febbraio 1994 n. 109 modificata con la Merloni-ter (L. 18 novembre 1998 n. 415)

<sup>7</sup> M.RUBINO-SAMMARTANO *Fulmini sull'Arbitrato ed obbligazioni*, Foro pad. 1996

<sup>8</sup> DPR 21 dicembre 1999 e DM 19 aprile 2000 n. 145

<sup>9</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato* (3° ed) Cedam 2002;

BORGHESI, *La Camera Arbitrale per i lavori pubblici, dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, Corriere giur. 2001, 5, 682

<sup>10</sup> art. 12 D.Lgs 20 agosto 2002 n. 190 (Le Leggi 2002, 3187)

<sup>11</sup> D.M. 14 aprile 2000 n. 200

<sup>12</sup> D. Lgs. 5/2003

<sup>13</sup> art. 12

<sup>14</sup> Direttiva 93/13/CEE

<sup>15</sup> art. 1469 in cod. civ.

<sup>16</sup> L. 18 giugno 1998 n. 192 (G.U. n. 143 del 22 giugno 1998)

<sup>17</sup> E.F. RICCI, *Il ricorso all'arbitrato societario*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2003, 517

<sup>18</sup> così felicemente definita da BORGHESI *La Camera Arbitrale per i Lavori Pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Cor. Giur.*

2001, 682

<sup>19</sup> art. 35.5.

<sup>20</sup> E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, Riv. trim. dir. proc. civ. 2003, 517

<sup>21</sup> Corte Cost. (ord.) 5 luglio 2002, Riv. arb. 2002, 503

<sup>22</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 3° ed. Cedam 2002, 99.

## **NOVITA' LEGISLATIVE**

**Articolo 1, comma 3, lettera b) della legge 14 maggio 2005, n. 80** "Riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo: la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge; che, per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso; una disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, che garantisca nella nomina degli arbitri il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti, nonchè relativa alla successione nel diritto controverso ed alla partecipazione dei terzi al processo arbitrale, nel rispetto dei principi fondamentali dell'istituto; una disciplina specifica finalizzata a garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri; una disciplina unitaria e completa della responsabilità degli arbitri, anche tipizzando le relative fattispecie; una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria; che gli arbitri possano conoscere in via incidentale delle questioni pregiudiziali non arbitrabili, salvo che per legge sia necessaria la decisione con efficacia di giudicato autonomo; una razionalizzazione della disciplina dei termini per la pronuncia del lodo, anche con riferimento alle ipotesi di proroga degli stessi; una semplificazione e una razionalizzazione delle forme e delle modalità di pronuncia del lodo; che il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza; una razionalizzazione delle ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità secondo i seguenti principi: 1) subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'articolo 829 del codice di procedura civile alla esplicita previsione delle parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, 2) disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità, 3) disciplinare in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio; una disciplina dell'arbitrato amministrato, assicurando che l'intervento dell'istituzione arbitrale nella nomina degli arbitri abbia luogo solo se previsto dalle parti e prevedendo, in ogni caso, che le designazioni compiute da queste ultime siano vincolanti; la soppressione del capo dedicato all'arbitrato internazionale, con tendenziale estensione della relativa disciplina all'arbitrato interno, salvi gli opportuni adattamenti, con esclusione di quanto previsto dall'articolo 838 del codice di procedura civile; che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare".

DECRETO LEGISLATIVO .....

**Modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato.**

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

VISTI gli articoli 76 e 87 della Costituzione;  
VISTA la legge 14 maggio 2005, n. 80, concernente delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile di cui al regio decreto 28 ottobre 1940, n.1443, in materia di giudizio in cassazione e di arbitrato;  
VISTI il regio decreto n.1443 del 1940, recante Approvazione del

Codice di procedura civile ed il regio decreto 18 dicembre 1941, n.1368, recante Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie;  
VISTA la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del .....;  
ACQUISITI il parere dell'Assemblea generale della Corte suprema di cassazione a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge n.80 del 2005;  
ACQUISITI i pareri delle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;  
VISTA la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del .....;  
Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze;

Emana

il seguente decreto legislativo:

### **CAPO I**

*(Modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica)*  
*[omissis]*

### **CAPO II**

*(Modificazioni al codice di procedura civile in materia di arbitrato)*

#### **Art. 20**

*(Modifiche al capo I, titolo VIII, libro IV)*

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo I è sostituito dal seguente:

### **CAPO I DELLA CONVENZIONE D'ARBITRATO**

#### **806. (Controversie arbitrabili)**

Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.

Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.

#### **807. (Compromesso)**

Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia.

La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telex, teletipo, telefacsimile o messaggio telematico.

#### **808. (Clausola compromissoria)**

Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria.

La clausola compromissoria contenuta in condizioni generali di contratto oppure in moduli o formulari non è soggetta alla approvazione specifica prevista dagli articoli 1341 e 1342 del codice civile.

**808-bis.** (*Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*)

Le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati. La convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

**808-ter.** (*Arbitrato irrituale*)

Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo.

Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:

- 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825.

**808-quater.** (*Interpretazione della convenzione d'arbitrato*)

Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

**808-quinquies.** (*Efficacia della convenzione d'arbitrato*)

La conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito, non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato.”.

**Art. 21**

(*Modifiche al capo II, titolo VIII, libro IV*)

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo II è sostituito dal seguente:

**CAPO II  
DEGLI ARBITRI**

**809.** (*Numero degli arbitri*)

Gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari. La convenzione d'arbitrato deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli. In caso d'indicazione di un numero pari di arbitri, un ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. Se manca l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordano al riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.

**810.** (*Nomina degli arbitri*)

Quando a norma della convenzione d'arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato per iscritto, rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare per iscritto, nei

venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero.

Le stesse disposizioni si applicano se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione d'arbitrato all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi ha provveduto.

**811.** (*Sostituzione di arbitri*)

Quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quanto è stabilito per la loro nomina nella convenzione d'arbitrato. Se la parte a cui spetta o il terzo non vi provvede, o se la convenzione d'arbitrato nulla dispone al riguardo, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente.

**812.** (*Incapacità di essere arbitro*)

Non può essere arbitro chi è privo della piena capacità legale di agire.

**813.** (*Accettazione degli arbitri*)

L'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione.

Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

**813-bis.** (*Decadenza degli arbitri*)

Se le parti non hanno diversamente convenuto, l'arbitro che omette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni, può essere sostituito d'accordo tra le parti o dal terzo a ciò incaricato dalla convenzione d'arbitrato. In mancanza, decorso il termine di quindici giorni da apposita diffida comunicata per mezzo di lettera raccomandata all'arbitro per ottenere l'atto, ciascuna delle parti può proporre ricorso al presidente del tribunale a norma dell'articolo 810, secondo comma. Il presidente, sentiti gli arbitri e le parti, provvede con ordinanza non impugnabile e, se accerta l'omissione o il ritardo, dichiara la decadenza dell'arbitro e provvede alla sua sostituzione.

**813-ter.** (*Responsabilità degli arbitri*).

Risponde dei danni cagionati alle parti l'arbitro che:

- 1) con dolo o colpa grave ha ommesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo;
  - 2) con dolo o colpa grave ha ommesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli articoli 820 o 826.
- Fuori dai precedenti casi, gli arbitri rispondono esclusivamente per dolo o colpa grave entro i limiti previsti dall'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, commi secondo e terzo.

L'azione di responsabilità può essere proposta in pendenza del giudizio arbitrale soltanto nel caso previsto dal primo comma, n. 1.

Se è stato pronunciato il lodo, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta.

Se la responsabilità non dipende da dolo dell'arbitro, la misura del risarcimento non può superare una somma pari al triplo del compenso convenuto o, in mancanza di determinazione convenzionale, pari al triplo del compenso previsto dalla tariffa applicabile.

Nei casi di responsabilità dell'arbitro il corrispettivo e il rimborso delle spese non gli sono dovuti o, nel caso di nullità parziale del lodo,

sono soggetti a riduzione.  
Ciascun arbitro risponde solo del fatto proprio.

#### **814. (Diritti degli arbitri)**

Gli arbitri hanno diritto al rimborso delle spese e all'onorario per l'opera prestata, se non vi hanno rinunciato al momento dell'accettazione o con atto scritto successivo. Le parti sono tenute solidalmente al pagamento, salvo rivalsa tra loro.

Quando gli arbitri provvedono direttamente alla liquidazione delle spese e dell'onorario, tale liquidazione non è vincolante per le parti se esse non l'accettano. In tal caso l'ammontare delle spese e dell'onorario è determinato con ordinanza dal presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, su ricorso degli arbitri e sentite le parti.

L'ordinanza è titolo esecutivo contro le parti ed è soggetta a reclamo a norma dell'articolo 825, quarto comma. Si applica l'articolo 830, quarto comma.

#### **815. (Ricusazione degli arbitri)**

Un arbitro può essere ricusato:

- 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti;
- 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa;
- 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori;
- 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia notoria con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;
- 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti;
- 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.

Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina.

La ricusazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione. Il presidente pronuncia con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro ricusato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni.

Con ordinanza il presidente provvede sulle spese. Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense.

La proposizione dell'istanza di ricusazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri. Tuttavia, se l'istanza è accolta, l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso è inefficace.”.

#### **Art. 22**

*(Modifiche al capo III, titolo VIII, libro IV)*

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo III è sostituito dal seguente:

### **CAPO III DEL PROCEDIMENTO**

#### **816. (Sede dell'arbitrato)**

Le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri.

Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma.

Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero.

#### **816-bis. (Svolgimento del procedimento)**

Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa.

Le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori. In mancanza di espressa limitazione, la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo. In ogni caso, il difensore può essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione.

Le parti o gli altri arbitri possono autorizzare il presidente del collegio arbitrale a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento.

Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.

#### **816-ter. (Istruzione probatoria)**

L'istruttoria o singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi.

Gli arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono.

Se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione davanti a loro.

Nell'ipotesi prevista dal precedente comma il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza.

Gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici. Possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti.

Gli arbitri possono chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio.

#### **816-quater. (Pluralità di parti)**

Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati

con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina.

Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile.

**816-quinquies.** (*Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*)

L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario.

Si applica l'articolo 111.

**816-sexies.** (*Morte, estinzione o perdita di capacità della parte*)

Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento.

Se nessuna delle parti ottempera alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possono rinunciare all'incarico.

**816-septies.** (*Anticipazione delle spese*)

Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte.

Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale.

**817.** (*Eccezione d'incompetenza*)

Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza.

Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento.

La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile.

La parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo.

**817-bis.** (*Compensazione*)

Gli arbitri sono competenti a conoscere dell'eccezione di compensazione, nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato.

**818.** (*Provvedimenti cautelari*)

Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.

**819.** (*Questioni pregiudiziali di merito*)

Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni

rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.

Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti.

**819-bis.** (*Sospensione del procedimento arbitrale*)

Ferma l'applicazione dell'articolo 816 sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata nei seguenti casi:

1) quando il processo dovrebbe essere sospeso a norma del comma terzo dell'articolo 75 del codice di procedura penale, se la controversia fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria;

2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato.

3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Se nel procedimento arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il secondo comma dell'articolo 337.

Una volta disposta la sospensione, il procedimento si estingue se nessuna parte deposita presso gli arbitri istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri stessi o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione.

Nel caso previsto dal primo comma, numero 2), il procedimento si estingue altresì se entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'autorità giudiziaria.

**819-ter.** (*Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*)

La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice.

La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43.

L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia dedotta in giudizio.

Nei rapporti tra arbitrato e processo giudiziario non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295.

In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato.”

#### **Art. 23**

(*Modifiche al capo IV, titolo VIII, libro IV*)

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo IV è sostituito dal seguente:

#### **CAPO IV DEL LODO**

**820.** (*Termine per la decisione*) Le parti possono, con la convenzione di arbitrato o con accordo anteriore all'accettazione degli arbitri, fissare un termine per la pronuncia del lodo.

Se non è stato fissato un termine per la pronuncia del lodo, gli arbitri debbono pronunciare il lodo nel termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina.

In ogni caso il termine può essere prorogato:

- a) mediante dichiarazioni scritte di tutte le parti indirizzate agli arbitri;
- b) dal presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri; l'istanza può essere proposta fino alla scadenza del termine. In ogni caso il termine può essere prorogato solo prima della scadenza.

Se le parti non hanno disposto diversamente, il termine è prorogato di centottanta giorni nei casi seguenti e per non più di una volta nell'ambito di ciascuno di essi:

- a) se debbono essere assunti mezzi di prova;
- b) se è disposta consulenza tecnica d'ufficio;
- c) se è pronunciato un lodo non definitivo o un lodo parziale;
- d) se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico.

Il termine per la pronuncia del lodo è sospeso durante la sospensione del procedimento. In ogni caso, dopo la ripresa del procedimento, il termine residuo, se inferiore, è esteso a novanta giorni.

#### **821. (Rilevanza del decorso del termine)**

Il decorso del termine indicato nell'articolo precedente non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza.

Se la parte fa valere la decadenza degli arbitri, questi, verificato il decorso del termine, dichiarano estinto il procedimento.

#### **822. (Norme per la deliberazione)**

Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità.

#### **823. (Deliberazione e requisiti del lodo)**

Il lodo è deliberato a maggioranza di voti con la partecipazione di tutti gli arbitri ed è quindi redatto per iscritto. Ciascun arbitro può chiedere che il lodo, o una parte di esso, sia deliberato dagli arbitri riuniti in conferenza personale.

Il lodo deve contenere:

- 1) il nome degli arbitri;
- 2) l'indicazione della sede dell'arbitrato;
- 3) l'indicazione delle parti;
- 4) l'indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti;
- 5) l'esposizione sommaria dei motivi;
- 6) il dispositivo;
- 7) la sottoscrizione degli arbitri. La sottoscrizione della maggioranza degli arbitri è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo;
- 8) la data delle sottoscrizioni.

#### **824. (Originali e copie del lodo)**

Gli arbitri redigono il lodo in uno o più originali.

Gli arbitri danno comunicazione del lodo a ciascuna parte mediante consegna di un originale, o di una copia attestata conforme dagli stessi arbitri, anche con spedizione in plico raccomandato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del lodo.

#### **824-bis. (Efficacia del lodo)**

Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

#### **825. (Deposito del lodo)**

La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato.

Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto.

Del deposito e del provvedimento del tribunale è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti dell'articolo 133, secondo comma.

Contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza.

**826. (Correzione del lodo)** Ciascuna parte può chiedere agli arbitri entro un anno dalla comunicazione del lodo:

- a) di correggere nel testo del lodo omissioni o errori materiali o di calcolo, anche se hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo pure se relativa alla sottoscrizione degli arbitri;
- b) di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'articolo 823, numeri 1), 2), 3), 4).

Gli arbitri, sentite le parti, provvedono entro il termine di sessanta giorni. Della correzione è data comunicazione alle parti a norma dell'articolo 824.

Se gli arbitri non provvedono, l'istanza di correzione è proposta al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato.

Se il lodo è stato depositato, la correzione è richiesta al tribunale del luogo in cui è stato depositato. Si applicano le disposizioni dell'articolo 288, in quanto compatibili.

Alla correzione può provvedere anche il giudice di fronte al quale il lodo è stato impugnato o fatto valere.”.

#### **Art. 24**

*(Modifiche al capo V, titolo VIII, libro IV)*

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo V è sostituito dal seguente:

#### **“CAPO V DELLE IMPUGNAZIONI**

#### **827. (Mezzi di impugnazione)**

Il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo.

I mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo.

Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.

#### **828. (Impugnazione per nullità)**

L'impugnazione per nullità si propone, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

L'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione.

L'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione; tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

**829. (Casi di nullità)**

L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti:

- 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso;
- 5) se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'articolo 823;
- 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821;
- 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata;
- 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento;
- 9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio;
- 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;
- 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie;
- 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.

La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa:

- 1) nelle controversie previste dall'articolo 409;
- 2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.

Nelle controversie previste dall'articolo 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.

**830. (Decisione sull'impugnazione per nullità)**

La corte d'appello decide sull'impugnazione per nullità e, se l'accoglie, dichiara con sentenza la nullità del lodo. Se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, dichiara la nullità parziale del lodo.

Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo. Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde

richiesta.

Quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia.

Su istanza di parte anche successiva alla proposizione dell'impugnazione, la corte d'appello può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, quando ricorrono gravi motivi.

**831. (Revocazione ed opposizione di terzo)**

Il lodo, nonostante qualsiasi rinuncia, è soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1), 2), 3) e 6) dell'articolo 395, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo.

Se i casi di cui al primo comma si verificano durante il corso del processo di impugnazione per nullità, il termine per la proposizione della domanda di revocazione è sospeso fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla nullità.

Il lodo è soggetto ad opposizione di terzo nei casi indicati nell'articolo 404.

Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo si propongono davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo.

La corte d'appello può riunire le impugnazioni per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo nello stesso processo, se lo stato della causa preventivamente proposta consente l'esauriente trattazione e decisione delle altre cause.”.

**Art. 25**

*(Modifiche al capo VI, titolo VIII, libro IV)*

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo VI è sostituito dal seguente:

**CAPO VI  
DELL'ARBITRATO SECONDO REGOLAMENTI  
PRECONSTITUITI**

**832. (Rinvio a regolamenti arbitrali)**

La convenzione d'arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale preconstituito.

Nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato. Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio.

Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi.

Il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e ricasazione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge.

Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo.”.

**CAPO III  
(DISPOSIZIONI FINALI)**

**Art. 26**

*(Modifiche all'articolo 23 della legge 23 novembre 1981, n.689)*

1. All'articolo 23 della legge 23 novembre 1981, n.689 sono apportate le seguenti modifiche:

- a) le parole: “ricorribile per cassazione” sono sostituite dalla seguente: “appellabile”;
- b) l'ultimo comma è abrogato.

**Art. 27**

*(Disciplina transitoria)*

1. Gli articoli 1 e 19, comma 1, lettera f), si applicano ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Tuttavia, ai provvedimenti del giudice di pace pubblicati entro la data di entrata in vigore del presente decreto si applica la disciplina previgente.
2. Le restanti disposizioni del Capo I si applicano ai ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli altri provvedimenti pubblicati a partire dalla data di entrata in vigore del presente decreto.
3. Le disposizioni dell'articolo 20 si applicano alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo l'entrata in vigore del presente decreto.
4. Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente all'entrata in vigore del presente decreto.
5. Le disposizioni dell'articolo 26 si applicano alle ordinanze pronunciate ed alle sentenze pubblicate a partire dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

**Art. 28**  
*(Abrogazioni)*

1. Alla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogati gli articoli 833, 834, 835, 836, 837, 838 del codice di procedura civile.

**Art. 29**  
*(Copertura finanziaria)*

1. Dall'attuazione del presente decreto non derivano nuovi e maggiori oneri a carico dello Stato.

**RELAZIONE ILLUSTRATIVA**

La legge 14 maggio 2005, n. 80, contiene una duplice delega al Governo per la modifica delle regole che disciplinano il processo civile, modifica orientata, da un canto, al recupero ed alla valorizzazione della funzione di nomofilachia tradizionalmente esercitata dalla Suprema Corte di cassazione e, dall'altro, alla razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato.

Il presente decreto si compone di tre capi. Il primo dedicato alla modifica della disciplina del processo di cassazione in funzione nomofilattica, il secondo dedicato alla riforma in senso razionalizzatore della disciplina dell'istituto dell'arbitrato ed il terzo contenente le disposizioni finali.

*[omissis]*

Viene, infine, introdotto, un nuovo art. 134 bis, che, specie alla luce del recentissimo orientamento delle Sezioni unite della Corte in ordine agli adempimenti delle cancellerie nelle ipotesi di morte dell'unico difensore domiciliatario, prevede che i difensori all'atto del deposito del ricorso, controricorso o memoria debbano dichiarare il luogo di residenza o la sede della parte.

Venendo, poi, al capo secondo dedicato alla riforma in senso razionalizzatore della disciplina dell'istituto dell'arbitrato, la nuova formulazione dei capi da I a VI del titolo VIII del libro IV c.p.c. realizzano una riforma complessiva dell'intera materia secondo i principi espressi nella legge di delega. In primo luogo, la razionalizzazione della disciplina è perseguita con l'individuazione della disponibilità dell'oggetto quale unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge. Si è quindi risolta nel senso più coerente con gli approdi della giurisprudenza e della dottrina più accreditata la problematica dei presupposti delle "controversie arbitrabili" (così la rubrica del nuovo articolo 806). La disponibilità dell'oggetto

come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato sposta quindi l'angolo visuale dalle "questioni" che possono essere decise dagli arbitri ai "diritti" controversi. La conseguenza praticamente più rilevante è la tendenziale irrilevanza della circostanza che gli arbitri nel percorso logico della decisione, debbano affrontare questioni relative a diritti indisponibili; in tal caso, gli arbitri decideranno anche se la decisione riguardi questioni che vertono su materie che non possono formare oggetto di arbitrato, a meno che, come prevede la delega, la questione pregiudiziale non debba essere decisa con efficacia di giudicato in base ad una espressa previsione di legge (art. 819); in quest'ultimo caso, è prevista la sospensione del procedimento (art. 819-bis comma 1 n.2). La nuova intitolazione del capo I ("della convenzione d'arbitrato") sottolineano il ruolo dell'autonomia negoziale, da cui derivano numerose conseguenze di seguito illustrate. Le parti possono prevedere espressamente una convenzione d'arbitrato sia in materia contrattuale (art. 808-ter) che in materia non contrattuale (art. 808-bis); per evitare incertezze nell'interpretazione dell'accordo, e per incentivare il più possibile il ricorso all'arbitrato rituale, l'art. 808-ter pretende una chiara esternazione (per iscritto) della volontà di dirimere il contenzioso mediante arbitrato irrituale, rafforzando la volontà delle parti mediante l'annullabilità del lodo contrattuale pronunciato in violazione delle domande e delle regole stabilite dalle parti stesse.

Il rispetto della volontà delle parti e le esigenze di economia processuale sono anche alla base della regola sull'interpretazione del contratto di arbitrato e sulla efficacia della convenzione nel caso in cui il procedimento si concluda senza pronuncia nel merito. Il decreto legislativo razionalizza le norme in materia di arbitri (capacità, nomina e sostituzione, decadenza, terzietà e responsabilità) mediante una disciplina più completa ed articolata rispetto a quella precedente. Viene infatti individuato il requisito fondamentale di capacità degli arbitri (possesso della piena capacità legale di agire), le modalità delle nomine ed i casi di sostituzione e di decadenza, con l'importante precisazione che l'accettazione dell'incarico non comporta l'assunzione della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. Viene quindi tracciato un quadro relativo alla responsabilità dell'arbitro, incentrato su condotte dolose o gravemente colpose produttive di danno, e munito di una clausola di riserva che limita la responsabilità per dolo o colpa grave ai sensi della legge sulla responsabilità dei magistrati (art. 2 legge 13 aprile 1988 n. 117). Sono inoltre previsti limiti specifici per evitare che la proposizione dell'azione di responsabilità sia piegata a fini indebiti, sia in pendenze del giudizio che dopo la pronuncia del lodo (art. 813-ter), a garanzia della terzietà del giudice, l'art. 815 disegna un sistema tendenzialmente completo di fattispecie in cui le parti possono ricusare gli arbitri, scoraggiando manovre dilatorie o strumentali attraverso la previsione della condanna al pagamento di una somma a seguito di istanze manifestamente inammissibili o infondate. I casi di ricusazione elencati nell'art. 815 corrispondono in gran parte a quelli previsti dall'art. 51 c.p.c., opportunamente integrati e rivisitati alla luce delle peculiarità del procedimento arbitrale e dei contesti in cui questo può avere luogo. Vengono anche regolati i diritti degli arbitri (art. 814) introducendo la reclamabilità dell'ordinanza con cui il Presidente del Tribunale determina spese ed onorari quando le parti non accettino la liquidazione effettuata dagli arbitri. Per quanto riguarda il procedimento arbitrale, le nuove norme, stabilite qual'è la sede dell'arbitrato (art. 816), prevedono le norme fondamentali per lo svolgimento del procedimento, assegnando un ruolo determinate alla volontà delle parti, le quali possono sostanzialmente prevedere le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento; in tale sede vengono anche previsti i limiti della procura ai difensori e la forma (ordinanza revocabile non soggetta a deposito) con cui gli arbitri decidono le questioni su cui non devono adottare provvedimenti di contenuto decisorio. Durante l'istruzione probatoria gli arbitri possono avvalersi dell'assistenza giudiziaria nelle forme previste dall'art. 816-ter, nominare consulenti tecnici (non solo persone fisiche) e richiedere

informazioni scritte alla p.a. Viene quindi disciplinato l'intervento di terzi e la successione del diritto controverso, e alcune conseguenze della morte, estinzione o perdita di capacità della parti; per queste ultime vicende, la norma attribuisce agli arbitri il potere di prendere le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio, temperando altresì l'interesse delle parti alla prosecuzione del giudizio con quello degli arbitri di non rimanere vincolati senza limiti (806-sexies comma secondo). In relazione alle questioni di competenza che possono insorgere nel procedimento arbitrale, le nuove norme riaffermano il principio consolidato secondo cui gli arbitri decidono sulla propria competenza, se questa è contestata dinanzi a loro. Inoltre, in applicazione del principio di lealtà processuale e di autoreponsabilità, le nuove norme prevedono rigidi termini di decadenza per eccepire l'incompetenza. Viene ribadita l'estraneità della tutela cautelare al giudizio arbitrale, e previsti espressamente i casi di sospensione del procedimento arbitrale (819-bis). In relazione alle questioni di merito, viene innanzitutto precisato che gli arbitri possono conoscere dell'eccezione di compensazione nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato (817-bis); viene poi prevista la normale conoscibilità da parte degli arbitri delle questioni pregiudiziali di merito anche se relative a materie che non possono formare oggetto di convenzione (819). L'art. 819-ter disciplina i rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria. Per quanto riguarda il termine per la decisione, le nuove norme razionalizzano i tempi pur mantenendo in parte l'assetto normativo previgente. In mancanza di specifico accordo tra le parti, la legge fissa un termine. Ciascuna parte o gli arbitri hanno inoltre la possibilità di chiedere la proroga del termine. E' inoltre prevista la proroga del termine nei casi previsti dal nuovo art. 820 terzo comma. La rilevanza del decorso del termine viene stabilita dall'art. 821. Le norme sulla deliberazione (art. 822) restano sostanzialmente invariate. Per quanto riguarda la deliberazione ed i requisiti del lodo, non è più prevista la conferenza personale (salva apposita richiesta da parte di un arbitro), mentre è ora richiesta esplicitamente l'indicazione della data delle sottoscrizioni. In armonia con lo spirito della riforma, volto a riconoscere che il lodo, anche non omologato abbia gli stessi effetti di una sentenza, viene espressamente previsto che il lodo produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria dalla data della sua ultima sottoscrizione. La disciplina delle impugnazioni è improntata, secondo la delega, al principio che la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'articolo 829 del codice di procedura civile è subordinata alla esplicita previsione delle parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, con la previsione delle ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità. Le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione sono indicati negli articoli 829 e 830. In presenza di gravi motivi, l'art. 830 ultimo comma prevede che la Corte di Appello possa disporre la sospensione dell'efficacia del lodo. L'art. 831 prevede e disciplina la revocazione e l'opposizione di terzo. Viene disciplinato il rinvio a regolamenti arbitrali, con prevalenza della convenzione d'arbitrato nei casi di contrasto tra convenzione d'arbitrato e regolamento arbitrale. Sono previste regole particolari per garantire l'imparzialità delle istituzioni arbitrali. L'art. 832 prevede che, se l'istituzione arbitrale rifiuta di svolgere i compiti che le sono attribuite dal regolamento, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e il procedimento arbitrale si svolge secondo le regole generali. Si passa, pertanto, ad esaminare, il contenuto dell'articolato.

L'articolo 20, sostituisce il Capo I, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

#### CAPO I DELLA CONVENZIONE D'ARBITRATO

#### art. 806. Controversie arbitrabili

La norma attua un punto fondamentale della delega, prevedendo, come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, la disponibilità dell'oggetto, salvo espresso divieto di legge.

Viene in tal modo superato l'approccio analitico della norma previgente, dal cui riferimento alla disciplina della transazione, peraltro, era desunto per l'appunto l'indisponibilità dell'oggetto quale elemento indefettibile dell'arbitrabilità della controversia.

La disponibilità va riferita al diritto azionato, non alle questioni che si pongano nel percorso logico-giuridico della decisione, salvo i tratti di questioni che per legge debbano essere decise con autorità di giudicato.

La disponibilità dei diritti è elemento di fondamentale importanza per garantire la legittimità dell'arbitrato nelle controversie di lavoro scervo ormai l'istituto dai limiti di ammissibilità previsti dall'art. 808 comma 2° vecchia formulazione, ma ancor munito della garanzia costituita dalla previsione da parte della o dei contratti o accordi collettivi di lavoro.

#### art. 807. Compromesso

Viene ovviamente mantenuta la necessità della forma scritta, quale ineliminabile elemento a presidio della certezza e della responsabilizzazione delle parti stipulanti.

La norma ribadisce i requisiti di forma previsti nella vecchia formulazione, aggiungendo che la forma scritta si intende rispettata anche qualora la volontà delle parti sia espressa per telefacsimile o messaggio telematico.

#### art. 808. Clausola compromissoria

Le disposizioni sulla clausola compromissoria restano sostanzialmente invariate. E' stata invece aggiunta la previsione che esclude espressamente l'approvazione specifica, prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c., delle clausole compromissorie contenute in condizioni generali di contratto ovvero in moduli o formulari. Resta in ogni caso impregiudicata l'applicabilità dell'art. 1469 bis c.c. nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

#### art. 808-bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale

La norma prevede la possibilità di deferire ad arbitri la risoluzione di controversie attinenti a rapporti non contrattuali, purchè la convenzione si riferisca a controversie future, siano osservati i requisiti di forma previsti dall'art. 807 e i rapporti in parola siano chiaramente individuati.

#### art. 808-ter. Arbitrato irrituale

La norma ribadisce le potenzialità della volontà negoziale in relazione alla composizione delle controversie; viene valutata, in particolare, la possibilità di realizzare in via negoziale le composizioni di interessi particolari legati a circostanze sopravvenute, che non sarebbero realizzabili mediante un giudizio, sia pur esso di equità.

Tuttavia, l'articolo 808-ter dispone che la volontà di devolvere la controversia a un arbitrato irrituale debba essere espressa, e per iscritto (808-ter comma 1). In tal modo s'intende evitare le frequenti incertezze interpretative manifestatesi in passato, contemporaneamente orientando le parti, nel dubbio, verso l'arbitrato rituale; ciò anche in considerazione del fatto che in un mondo di affari sempre più aperto ai rapporti internazionali l'arbitrato rituale è più conosciuto (e meglio riconoscibile) all'estero. La norma prevede poi che il lodo contrattuale sia annullabile dal giudice ordinario competente secondo le disposizioni del libro I (art. 808-ter n.1), in coerenza con la natura negoziale della relativa convenzione.

I casi in cui il giudice potrà annullare il lodo discendono dalla ridetta natura negoziale della convenzione: invalidità della convenzione, pronuncia su conclusioni non previste nella convenzione, laddove la relativa eccezione sia stata sollevata nel procedimento arbitrale (comma 2 n. 1), nomina degli arbitri al di fuori delle forme e dei modi pattuiti (comma 2 n. 2), pronuncia del lodo da parte di arbitro incapace a norma dell'art. 812 (comma 2 n. 3), violazione delle regole poste dalle parti come condizione di validità del lodo (comma

2 n. 4), violazione del principio del contraddittorio (comma 2 n. 5). Il terzo comma precisa che per il lodo contrattuale, attesa evidentemente la sua natura squisitamente negoziale, non è possibile il depositato e la dichiarazione di esecutorietà.

art. 808-*quater*. Interpretazione della convenzione d'arbitrato  
Per ragioni di efficienza operativa e di apertura verso le procedure arbitrali, l'articolo 808-*ter* dispone che, nel dubbio, la convenzione d'arbitrato dev' essere interpretata nel senso di includere tutte le controversie che possono derivare dal contratto o dal rapporto cui essa si riferisce.

art. 808-*quinquies*. Efficacia della convenzione d'arbitrato  
La norma intende assicurare il rispetto della volontà delle parti di devolvere ad arbitri la decisione della controversia, evitando la caducazione degli effetti della convenzione d'arbitrato nel caso in cui il procedimento arbitrale si concluda senza pervenire ad una pronuncia nel merito. art. 809. Numero e modo di nomina degli arbitri

L'art. 809 disciplina numero e modo di nomina degli arbitri senza apportare significative innovazioni rispetto alla disciplina previgente.

L'art. 21, sostituisce il Capo II, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

## CAPO II DEGLI ARBITRI

### art. 810. Nomina degli arbitri

Non vi sono sostanziali modifiche relative al procedimento di nomina degli arbitri. Viene ancora una volta ribadita la competenza del presidente del tribunale a nominare l'arbitro nel caso in cui la parte alla quale è rivolto l'invito a nominare l'arbitro non vi abbia provveduto; precisamente, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

Viene in tal modo confermata la competenza "residuale" del presidente del tribunale di Roma, anche per evitare l'aggravio derivante dall'intervento di altre autorità territorialmente competenti. La norma aggiorna al "circondario" (in luogo della "circoscrizione") il riferimento della competenza territoriale.

Esigenze di economia e di speditezza hanno consigliato l'introduzione di un vaglio preventivo da parte del Presidente del Tribunale competente, in ordine alla nomina degli arbitri concretizzantesi nel riscontro circa l'esistenza della convenzione d'arbitrato o circa la sicura previsione di un arbitrato estero.

### art. 811. Sostituzione di arbitri

La norma non subisce variazioni, eccezion fatta per il riferimento alla convenzione d'arbitrato in luogo di quella al compromesso e alla clausola compromissoria.

### art. 812. Incapacità di essere arbitro

La norma attua la razionalizzazione dell'arbitrato in relazione alla capacità richiesta per essere arbitri. Il requisito fondamentale è individuato nel possesso della piena capacità di agire.

La rubrica ed il contenuto della norma, evidenziando con la negativa (incapacità ad essere arbitri) la capacità richiesta, ed indicando la categoria generale,

esprimono l'orientamento di maggiore apertura verso la funzione arbitrale, scongiurando anche il rischio, prodotto dalla vecchia formulazione della norma, di produrre vuoti normativi e di mantenere distinzioni inopportune (ad es: cittadini e stranieri).

### art. 813. Accettazione degli arbitri

Come già l'art. 813 vecchia formulazione, la norma prevede ancora la necessità dell'accettazione per iscritto, risultante anche dalla sottoscrizione del compromesso, estendendola anche alla sottoscrizione del verbale della prima riunione. La norma ha quindi

cura di precisare che, accettato l'incarico, l'arbitro non assume la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

### art. 813-bis. Decadenza degli arbitri

La norma ricalca il tenore del previgente articolo 813, con la sola innovazione costituita dall'obbligo per il Presidente del Tribunale di ascoltare anche l'arbitro interessato, prima di provvedere sulla sostituzione di questi.

### art. 813-ter. Responsabilità degli arbitri

La responsabilità degli arbitri è disciplinata dall'articolo 813-*ter* in modo analogo alla responsabilità del giudice, con i necessari adattamenti.

Si dispone che l'arbitro risponde per i danni cagionati alle parti solo per fatti commessi con dolo o colpa grave, indicando sub nn. 1) e 2) specifiche ipotesi di fattispecie omissive.

Fuori di tali casi, il comma 2 contiene la responsabilità per danni per dolo o colpa grave entro i limiti previsti dalla normativa sulla responsabilità del giudice (precisamente, dall'art. 2 della legge 13 aprile 1988 n. 117, commi secondo e terzo).

Per evitare un uso dilatorio e strumentale dell'istanza di ricasazione, e pressioni sugli arbitri, la norma prevede che l'esperibilità dell'azione di responsabilità, in pendenze del giudizio arbitrale, è ammessa solo in caso di omissione o ritardo di atti dovuti posta in essere con dolo o colpa grave, per la quale l'arbitro sia stato dichiarato decaduto; in tal caso, infatti, l'evidenza del fatto riduce grandemente il rischio di strumentalizzazioni.

La norma prevede poi che la stessa proponibilità dell'azione di responsabilità sia correlata ai motivi per cui il lodo sia stato invalidato con sentenza definitiva, passata in giudicato.

Come la responsabilità del giudice, fuori dai casi di dolo, è contenuta entro un limite commisurato al suo stipendio, così il limite alla responsabilità dell'arbitro per fatti non dolosi è commisurato a un multiplo del compenso previsto per la sua attività: la previsione di un massimale è dettata da esigenze connesse con la natura stessa dell'attività richiesta al giudicante, che valgono identicamente nell'arbitrato e nel giudizio ordinario.

Si è ritenuto opportuno, inoltre, chiarire che ciascun arbitro risponde solo del fatto proprio.

La responsabilità per l'approvazione di un lodo viziato presuppone che, in conseguenza del vizio, il lodo sia stato annullato o revocato.

### art. 814. Diritti degli arbitri

La norma disciplina il rimborso delle spese e dell'onorario degli arbitri in modo sostanzialmente conforme alla vecchia formulazione dell'art. 814; è stata aggiunta la reclamabilità innanzi alla corte d'Appello dell'ordinanza con cui il presidente del Tribunale determina l'ammontare delle spese e dell'onorario nel caso in cui le parti non accettino la liquidazione delle spese e dell'onorario effettuata dagli arbitri

### art. 815. Ricasazione degli arbitri

La norma attua la delega realizzando una disciplina specifica finalizzata a garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri.

Il modello di riferimento è costituito dal sistema tracciato dall'art 51 c.p.c., riveduto ed integrato alla luce delle peculiarità e delle specifiche esigenze del giudizio arbitrale.

Le integrazioni comprendono la mancanza delle qualifiche convenute dalle parti. Alla generica previsione dell'esistenza dei rapporti di debito e credito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori, che ha reso necessarie precisazioni giurisprudenziali nel senso dell'irrelevanza di crediti o debiti di natura tale da non compromettere l'indipendenza, si è preferito sostituire la specifica previsione di rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita e la previsione generale di altri rapporti di natura patrimoniale tali da compromettere l'indipendenza dell'arbitro.

Degna di nota è la precisazione secondo cui, nei casi previsti sub 5) il rapporto che lega una delle parti e l'arbitro, e che intacca la terzietà di quest'ultimo, può anche essere di natura associativa.

Per scoraggiare iniziative strumentali, la norma prevede che la proposizione dell'istanza di ricasazione non sospende i

procedimento arbitrale, ferma restando l'inefficacia dell'attività compiuta dall'arbitro nei casi di accoglimento dell'istanza; inoltre, nel caso di manifesta infondatezza dell'istanza di riconsiliazione, la parte istante può essere condannata al pagamento di una somma equitativamente determinata non superiore ad un terzo massimo, individuato nel triplo del massimo della tariffa forense applicabile quale compenso dell'arbitro singolo.

L'articolo 22, sostituisce il Capo III, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

### CAPO III DEL PROCEDIMENTO

#### art. 816. Sede dell'arbitrato

L'esigenza di razionalizzazione indicata dalla delega ha consigliato di dedicare apposita norma alla sede dell'arbitrato. La regola stabilita nel nuovo testo dell'art. 816 è che la sede dell'arbitrato sia determinata dalle parti nel territorio della Repubblica, altrimenti vi provvedono gli arbitri; in quest'ultimo caso, a differenza di quanto previsto nella vecchia formulazione, non è più previsto che gli arbitri debbano determinare la sede dell'arbitrato nella loro prima riunione: qui, come altrove, la nuova disciplina intende, per manifeste esigenze di efficienza, evitare che il risultato utile del procedimento arbitrale sia messo nel nulla per ragioni puramente formali e per vizi facilmente rimediabili.

Altro elemento di novità è che se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma.

Per favorire la maggiore diffusione del procedimento si è previsto che, ove la convenzione d'arbitrato non disponga diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare e sottoscrivere il lodo anche in luogo diverso dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero.

#### art. 816-bis Svolgimento del procedimento

La norma costituisce uno dei punti focali della riforma dell'arbitrato.

Celerità, efficacia e funzionalità della procedura, ma soprattutto il rispetto della volontà delle parti di regolare quanto più possibile liberamente la risoluzione della controversia, spiegano l'importanza della scelta lasciata alle parti, circa le norme di procedura e, elemento di novità non indifferente visto l'ambito internazionale dell'arbitrato, sulla lingua dell'arbitrato.

Nel caso in cui le parti non prevedano norme di procedura, il secondo comma dell'art. 816-bis richiede ancor oggi il rispetto del principio del contraddittorio. Il rispetto di tale principio dovrebbe essere ritenuto esigenza ineliminabile del procedimento arbitrale alla luce del nostro sistema costituzionale, e non è senza significato che la violazione del principio del contraddittorio sia previsto come distinto motivo di impugnazione del lodo.

Il terzo comma prevede poi che le parti possano stare in arbitrato per mezzo di difensori, estendendo la procura a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo.

Il quarto comma prevede poi diversi elementi di novità. In primo luogo, le parti o gli altri arbitri possono autorizzare il presidente del collegio arbitrale a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento, in secondo luogo, è previsto che gli arbitri, su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo.

#### art. 816-ter Istruzione probatoria

La norma mantiene la previsione secondo cui l'istruttoria con singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi.

Viene inserita nella nuova norma il contenuto del vecchio 819-ter prevedendosi che gli arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio, e prevedendosi altresì la possibilità di deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono.

Ma la novità più importante in ordine all'assunzione della testimonianza, che intende dare attuazione alla delega laddove quest'ultima prevede "adeguate forme di assistenza giudiziaria", è la previsione secondo cui, se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione davanti a loro; in tal caso, il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data fissata per l'assunzione della testimonianza.

In relazione alla possibilità di avvalersi di consulenti tecnici, si è precisato che la consulenza tecnica può essere affidata non solo a persone fisiche, ma anche ad enti, quali -ad esempio- società di revisione, istituti universitari, istituti di ricerca.

Altra novità è la facoltà espressamente riconosciuta in favore degli arbitri di chiedere informazioni scritte alla p.a.

#### art. 816-quater. Pluralità di parti

La norma introduce una specifica disciplina relativa all'arbitrato con pluralità di parti, atta a garantire, come stabilito dalla delega, il rispetto della volontà originaria o successiva delle parti nella nomina degli arbitri, ed il rispetto dei principi fondamentali dell'istituto in ordine alla successione nel diritto controverso ed alla partecipazione dei terzi al processo arbitrale.

La norma si apre delimitando la fattispecie in relazione al vincolo derivante dalla stessa convenzione, ricomprendendo quindi sia la successione nel processo che nel diritto controverso (in quest'ultimo caso gli effetti della convenzione di arbitrato si estendono al soggetto od ai soggetti che subentrano nel contratto).

La norma ammette dunque esplicitamente la possibilità di convenire più parti (tutte o alcune delle altre) nel medesimo arbitrato alla doppia condizione a) che tutte siano vincolate dalla convenzione arbitrale e b) che la convenzione d'arbitrato devolva a un terzo la nomina degli arbitri, o gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo o affidano a un terzo la nomina di un ugual numero di arbitri. Altrimenti, il procedimento iniziato da una parte nei confronti di più altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime, tranne che si versi in un'ipotesi di litisconsorzio necessario, nel qual caso l'arbitrato è improcedibile.

#### art. 816-quinquies. Intervento di terzi e successione nel diritto controverso

L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo richiede l'accordo del terzo, delle parti e degli arbitri, mentre la successione a titolo particolare nel diritto controverso è disciplinata allo stesso modo che nel giudizio ordinario, mediante rinvio all'art. 111 c.p.a.

#### art. 816-sexies. Morte, estinzione o perdita di capacità della parte

La norma prevede che se la parte viene meno per morte, estinzione o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. In tal caso, gli arbitri possono anche sospendere il procedimento. Per evitare un eccessivo appesantimento del vincolo che gli arbitri assumono accettando l'incarico, la norma prevede che, nel caso in cui nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possano rinunciare all'incarico.

#### art. 816-septies. Anticipazione delle spese

La norma intende garantire agli arbitri il pagamento delle spese prevedibili, consentendo loro di subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili.

salvo diverso accordo delle parti, di determinare la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte; la norma prevede che se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se poi le parti non provvedono all'anticipazione, la norma prevede che esse non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale.

#### art. 817. Eccezione d'incompetenza

La norma riafferma il principio consolidato, secondo il quale gli arbitri decidono sulla propria competenza, se questa è contestata dinanzi a loro. Inoltre, in applicazione del principio di lealtà processuale (poi ripreso nella norma relativa ai casi di annullamento), nonché di un elementare principio di autoresponsabilità, la norma dispone che l'eccezione d'incompetenza degli arbitri deve essere proposta, dopo l'accettazione degli arbitri, prima di ogni difesa, salvo che l'incompetenza derivi dalla non arbitrabilità della controversia. Parallelamente, l'articolo 819-ter dispone che anche nel giudizio ordinario l'eccezione d'incompetenza dev'essere proposta dal convenuto, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta.

#### art. 817 bis. Compensazione

La norma prevede che gli arbitri possono conoscere dell'eccezione di compensazione nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato. In tal modo sono assicurate esigenze di economia, ed è favorita la composizione dei contrapposti interessi in contesti più ampi di quello inizialmente segnati dalla domanda; la prassi insegna infatti che l'evolversi del procedimento arbitrale può portare ad una moltiplicazione delle domande, che le esigenze del mondo degli affari suggeriscono di risolvere il più velocemente possibile, nello stesso procedimento.

#### art. 818. Provvedimenti cautelari

La norma ribadisce la tendenziale estraneità della tutela cautelare alla struttura ed alle potenzialità dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge.

#### art. 819. Questioni pregiudiziali di merito

Sulle questioni pregiudiziali di merito l'articolo 819, raccogliendo l'auspicio espresso da gran parte della dottrina, dispone che gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie non arbitrabili, salva solo l'ipotesi che si tratti di questione che per legge deve essere decisa con autorità di giudicato; in questo caso è prevista e disciplinata la sospensione del procedimento arbitrale.

#### art. 819 bis. Sospensione del procedimento arbitrale

La norma introduce il meccanismo della sospensione del procedimento arbitrale, raccordandolo con il sistema processuale civile; la norma prevede i casi di sospensione e il meccanismo mediante il quale, a seguito della sospensione, il processo prosegue ovvero si estingue.

#### art. 819-ter. Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria

L'articolo 819-ter riprende la regola secondo la quale la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice (art. 819-bis previgente), precisando ulteriormente che la competenza degli arbitri non è esclusa neppure dalla pendenza davanti al giudice della stessa causa; il quarto comma precisa anzi che nei rapporti tra arbitrato e processo giudiziario non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295 non è dunque applicabile la disciplina della sospensione.

La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43.

Inoltre, per impedire azioni pretestuose, il quinto comma dispone che in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità c

l'inefficacia della convenzione di arbitrato.

L'articolo 23, sostituisce il Capo IV, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

## CAPO IV DEL LODO

#### art. 820 Termine per la decisione.

Le parti possono concordare un termine per la decisione; se le parti non hanno fissato il termine, è previsto che gli arbitri devono pronunciarsi entro duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina.

E' inoltre prevista la proroga del termine su concordata richiesta di tutte le parti o mediante ordinanza del Presidente del Tribunale, su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri.

Infine, vengono individuati particolari casi che provocano inevitabilmente l'allungamento dei tempi per la pronuncia del lodo, in presenza dei quali è prevista la proroga del termine per la decisione. Per evitare un numero imprecisato ed imprevedibile di proroghe è stata limitata tale possibilità ad una sola volta (per centottanta giorni) con riferimento a ciascuna ipotesi o serie di ipotesi individuate nelle lettere a), b), c) e d) del comma 3.

#### art. 821 Rilevanza del decorso del termine

E' mantenuta la regola attuale che esclude la possibilità di far valere, come causa di nullità del lodo, la decadenza degli arbitri per decorso del termine dopo che questi abbiano deliberato il lodo sottoscrivendone il dispositivo.

#### art. 822 Norme per la deliberazione

E' mantenuta la regola attuale, secondo la quale gli arbitri decidono secondo diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri possano pronunciare secondo equità.

#### art. 823. Deliberazione e requisiti del lodo.

Il lodo dev' essere deliberato a maggioranza di voti con la partecipazione di tutti gli arbitri e redatto per iscritto, mentre non è più richiesta necessariamente la conferenza personale, che spesso costituiva un inutile appesantimento soprattutto nei casi di accordo tra gli arbitri. E' stata, però, introdotta la possibilità per ciascun arbitro di chiedere che il lodo, o una parte di esso, sia deliberato in conferenza personale.

E' stata mantenuta la previsione dei requisiti formali del lodo (comma 2 n. 1, 2,3,4,5,6 e7, mentre viene ora prevista l'indicazione della data delle sottoscrizioni degli arbitri.

#### art. 824 Originali e copie del lodo.

E' stabilito che gli arbitri diano comunicazione del lodo a ciascuna parte mediante consegna in originale o di una copia conforme all'originale.

#### art. 824-bis Efficacia del lodo.

In piena armonia con lo spirito della riforma, volto a riconoscere che il lodo, anche non omologato, abbia gli stessi effetti di una sentenza, viene espressamente previsto che il lodo produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria dalla data della sua ultima sottoscrizione.

#### art. 825 deposito del lodo.

La norma conserva l'attuale procedura per il conseguimento dell'esecutorietà del lodo nel territorio della Repubblica, mediante decreto reso dal Tribunale previo accertamento della regolarità formale dello stesso. Parimenti, viene ribadito l'obbligo di trascrivere o annotare il lodo reso esecutivo in tutti quei casi in cui lo sarebbe la sentenza avente il medesimo contenuto.

Al quarto comma viene chiarito che il reclamo avverso il decreto di esecutorietà del Tribunale è consentito non solo nel caso in cui venga negata, ma anche nell'ipotesi in cui venga concessa l'esecutorietà del lodo. Inoltre il Giudice del reclamo viene individuato nella Corte di Appello.

#### art. 826. Correzione del lodo

Viene più dettagliatamente disciplinato il procedimento di correzione del lodo.

In primo luogo, al fine di economia dei giudizi, si estende la possibilità di correzione del lodo non solo in caso di qualsiasi errore redazionale o di calcolo ma anche in caso di errore materiale che abbia "determinato una divergenza tra diversi originali del lodo anche quanto alla sottoscrizione degli arbitri".

Viene disciplinata l'ipotesi in cui, per qualsiasi ragione, gli arbitri non provvedano sull'istanza di correzione che in tal caso andrà proposta al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato. Viene invece mantenuta la regola secondo cui una volta depositato il lodo, la correzione spetta al tribunale investito del deposito.

La correzione del lodo può essere chiesta agli arbitri entro un anno, e questi, sentite le parti, provvedono sull'istanza entro il termine di sessanta giorni.

L'articolo 24, sostituisce il Capo V, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

#### CAPO V DELLE IMPUGNAZIONI

##### art. 827 Mezzi di impugnazione

La norma prevede l'impugnazione per nullità, revocazione ed opposizione di terzo, precisando ora che il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma se il lodo risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale, esso è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.

art. 828 Impugnazione per nullità La norma prevede che l'impugnazione per nullità si propone nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, e che essa non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione. Il terzo comma precisa inoltre che l'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione, e che tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

##### art. 829 Casi di nullità

L'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa solo se espressamente disposta dalle parti e dalla legge.

Tuttavia, l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è sempre ammissibile nelle controversie di cui all'articolo 409 c.p.c. e qualora la violazione delle regole di diritto concerna la soluzione di questioni pregiudiziali su materie che non possono formare oggetto di convenzione di arbitrato. Nelle controversie previste dall'articolo 409 cpc il lodo è soggetto anche all'impugnazione per violazione dei contratti e degli accordi collettivi.

E' ammessa però in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

Si valorizza il principio di lealtà processuale, secondo il quale la parte che ha dato causa ad un motivo di annullamento, o vi ha espressamente rinunciato o che non ha eccepito, nella prima istanza o difesa successiva, la violazione di una delle regole che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per queste ragioni impugnare il lodo.

Per quanto riguarda i singoli casi di nullità, questi ricalcano in gran parte quelli vigenti. Tra le novità, si segnala quella per cui viene espressamente previsto, quale motivo d'impugnazione, il caso in cui il lodo non decide il merito della controversia che invece doveva essere deciso.

##### art. 830 Decisione sull'impugnazione per nullità

Il legislatore ha cercato di contemperare due opposte esigenze: da una parte, quella di riservare agli arbitri, fin dove è possibile,

la decisione sul merito della controversia, dall'altra, quella di evitare l'eccessiva dilatazione dei tempi della decisione nei casi in cui la Corte di Appello possa senz'altro definire la controversia; la prima esigenza scaturisce dal fatto che la parti hanno comunque scelto la via dell'arbitrato e sarebbe controproducente disperdere il patrimonio di conoscenze degli arbitri; l'altra esigenza vuole evitare l'allungamento dei tempi della decisione derivante dalla rimessione agli arbitri, ma anche la possibilità che il lodo possa essere nuovamente rimesso in discussione.

Ne è derivata la norma secondo cui la Corte d'appello decide sull'impugnazione per nullità e, se l'accoglie, annulla con sentenza il lodo (830 primo comma), mentre, se il lodo è annullato per motivi di cui all'art. 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la Corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo (830 secondo comma).

Reprendendo poi il principio della delega che prevede la tendenziale estensione della disciplina dell'arbitrato internazionale, salvi gli opportuni adattamenti, l'art. 830 comma secondo seconda parte prevede che se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la Corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o gliene fanno concordemente richiesta.

Con riferimento alla sospensione dell'efficacia del lodo, viene espressamente previsto che possa farsi luogo a tale evenienza soltanto qualora ricorrano gravi motivi, su istanza di parte anche successiva alla proposizione dell'impugnazione.

##### art. 831 Revocazione ed opposizione di terzo.

L'articolo ripropone sostanzialmente le norme vigenti in materia di impugnazione del lodo per revocazione ed opposizione di terzo salvo alcune correzioni formali imposte dalla riformulazione degli articoli precedenti.

Unico aspetto degno di rilievo riguarda la restrizione della possibilità di riunire le impugnazione per nullità, revocazione ed opposizione di terzo nei casi in cui lo stato della causa preventivamente proposta non consenta l'esauriente trattazione e decisione delle altre.

L'articolo 25, sostituisce il Capo VI, dettando le disposizioni che di seguito si illustrano:

#### CAPO VI DELL'ARBITRATO SECONDO REGOLAMENTI PRECOSTITUITI

##### art. 832. Rinvio a regolamenti arbitrali

Per il caso in cui la convenzione d'arbitrato faccia rinvio a un regolamento arbitrale precostituito l'articolo 834 dispone che, nel contrasto fra quella e questo, prevalga la convenzione d'arbitrato; precisa, inoltre, che si applica il regolamento in vigore alla data d'inizio del procedimento arbitrale, se le parti non hanno diversamente convenuto.

A garanzia dell'imparzialità del giudizio è disposto che le istituzioni arbitrali di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali, non possono nominare arbitri nelle controversie fra i propri associati o fra gli appartenenti alla categoria professionale e i terzi. Per realizzare meglio il principio di imparzialità in relazione alle peculiarità dei settori in cui l'arbitro può essere amministrato dalle istituzioni in argomento, la norma prevede che il regolamento può contemplare ulteriori casi di sostituzione e ricasazione in aggiunta a quelli previsti dalla legge.

E' precisato, infine, che se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e il procedimento arbitrale si svolge secondo le regole

sopra descritte.

Si passa, infine, ad illustrare il capo III, contenente le disposizioni finali

L'articolo 26 procede, in primo luogo, all'abrogazione dell'art. 23 ultimo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, il quale attualmente stabilisce che la sentenza resa all'esito del giudizio di opposizione è inappellabile ma è ricorribile per cassazione.

Questa abrogazione determina il ripristino del regime ordinario delle impugnazioni in questa materia: le sentenze rese dal giudice di pace saranno appellabili davanti al tribunale, mentre le sentenze pronunciate dal tribunale nelle materie ad esso riservate dall'art. 2, bis della legge 689/81 e da altre disposizioni, lo saranno davanti alla corte d'appello.

Nella medesima prospettiva, è prevista l'appellabilità dell'ordinanza di cui al primo comma dell'art. 23 della legge n. 689 del 1981.

Nei residui giudizi di opposizione, che la legge attualmente attribuisce in primo grado alla competenza della corte d'appello resta naturalmente ferma la ricorribilità per cassazione.

L'articolo 27 contiene la Disposizione transitoria, con il regime intertemporale relativo applicazione sia delle nuove disposizioni su processo di cassazione, sia di quelle relative all'arbitrato.

L'articolo 28 dispone l'abrogazione degli articoli del codice di rito relativi all'arbitrato internazionale.

L'articolo 29 reca la clausola di copertura finanziaria, prevedendo che dall'attuazione del presente decreto non derivano nuovi o maggiori oneri a carico dell'erario.

## GIURISPRUDENZA

### GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

**Arbitrato - Arbitrato irrituale o rituale - Indagine rivolta a stabilire il tipo di arbitrato - Definizione degli arbitri come amichevoli compositori e previsione di inappellabilità del giudizio - Valore sintomatico della natura irrituale del lodo - Esclusione.**

(Cpc, articolo 829)

Per stabilire se le parti abbiano posto in essere un arbitrato rituale o irrituale, nessun valore sintomatico può essere attribuito né alla definizione degli arbitri quali amichevoli compositori, né alla previsione di inappellabilità del giudizio, atteso che entrambi tali aspetti non sono automaticamente riconducibili a un arbitrato irrituale, ma sono del tutto compatibili con l'arbitrato rituale.

(G.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE** Sezione I, sentenza 8 febbraio 2005 n. 2531 - Pres. Losavio; Rei. Piccininni; Pm (diff.) Frazzini; Ric.

Comune di Castellamare di Stabia; Controric. e ric. inc. Comi Srl

(Guida al Diritto, numero 12, 26 marzo 2005)

**Arbitrato - Arbitrato irrituale o rituale - Indagine rivolta a stabilire il tipo di arbitrato - Indagine di fatto della volontà delle parti - Possibilità di sindacato in sede di legittimità - Esclusivamente per vizi di motivazione.** (Cpc, articoli 116, 360 e 829)

L'indagine diretta a stabilire se le parti abbiano posto in essere un arbitrato rituale o irrituale si risolve in un'indagine di fatto sindacabile in sede di legittimità esclusivamente per vizi logici, errori di diritto o difetto di motivazione posti in essere nella ricostruzione della volontà delle parti. (G.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE.** Sezione I, sentenza 8 febbraio 2005 n.

2531 - Pres. Losavio; Rei. Piccininni; Pm (diff.) Frazzini; Ric.

Comune di Castellamare di Stabia; Controric. e ric. inc. Comi Srl

(Guida al Diritto, numero 12, 26 marzo 2005)

**Arbitrato - Arbitrato rituale - Lodo - Impugnazione per nullità - Contraddittorietà del lodo - Contrasto tra statuizioni contenute nel dispositivo - Necessità.** (Cpc, articolo 829)

La nullità del lodo conseguente alla circostanza che il medesimo «contiene disposizioni contraddittorie», secondo la previsione dell'articolo 829, n. 4, del Cpc, è apprezzabile soltanto quando il contrasto sia riferibile a statuizioni contenute nel dispositivo, tali da non consentire la percezione della *ratio decidendi*. (G.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE.** Sezione I, sentenza 8 febbraio 2005 n. 2531 - Pres. Losavio; Rei. Piccininni; Pm (diff.) Frazzini; Ric. Comune di Castellamare di Stabia; Controric. e ric. inc. Comi Srl

**Arbitrato - Arbitrato rituale - Lodo - Impugnazione per nullità - Possibilità di contestare la valutazione dei fatti e delle prove - Esclusione.** (Cpc, articoli 116 e 829)

A mezzo dell'impugnazione per nullità del lodo rituale non può essere contestata la valutazione dei fatti dedotti e delle prove acquisite nel corso del procedimento arbitrale, negozialmente rimesse in quanto tali alla competenza istituzionale degli arbitri. (G.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE** Sezione I, sentenza 11 febbraio 2005 n. 2872 - Pres. Losavio; Rei. Piccininni; Pm (conf) Sorrentino;

Ric. Fallimento Ripa costruzioni Spa; Controric. Poggio dei fiori Coop edil arl

(Guida al Diritto, numero 12, 26 marzo 2005)

**Arbitrato - Arbitrato rituale - Procedimento arbitrale - Mancato richiamo alle regole del processo ordinario - Applicabilità delle preclusioni previste dal processo ordinario - Esclusione - Fattispecie.** (Cpc, articoli 816, 822 e 829)

Ove né le parti di un arbitrato, né gli arbitri abbiano stabilito regole procedimentali, eventualmente anche con richiamo a quelle del giudizio ordinario, al procedimento arbitrale non sono applicabili le regole del processo ordinario e il procedimento arbitrale dovrà ritenersi regolato dalla più ampia libertà di forme, purché tali da assicurare il contraddittorio tra le parti. (Nella specie la Suprema corte ha confermato la decisione della corte d'appello che aveva escluso che il superamento del termine originariamente concesso alle parti per la precisazione dei quesiti non è di per sé sufficiente per far ritenere violato il principio del contraddittorio, atteso che la domanda in contestazione era stata proposta prima della scadenza dell'ulteriore termine stabilito per consentire il definitivo assetto delle difese). (G.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE.** Sezione I, sentenza 8 febbraio 2005 n. 2531 - Pres. Losavio; Rei. Piccininni; Pm (diff.) Frazzini; Ric.

Comune di Castellamare di Stabia; Controric. e ric. inc. Comi Srl

(Guida al Diritto, numero 12, 26 marzo 2005)

**ARBITRATO - Compenso - Determinazione - Autoliquidazione da parte degli arbitri - Natura - Termine per l'accettazione - Esclusione - Accettazione anteriormente alla liquidazione giudiziale - Conseguenze.** (Cc, articolo 1328; Cpc, articolo 814)

In tema di compenso agli arbitri l'articolo 814 del Cpc configura, in primo luogo, un meccanismo contrattuale di determinazione del *quantum* scandito dall'autoliquidazione effettuata dagli stessi arbitri e avente valore di proposta contrattuale che, per essere vincolante per le parti del giudizio deve essere accettata. Tale proposta non è revocabile liberamente dai proponenti, ma rimane ferma finché, in difetto di accettazione a essa succeda la determinazione giudiziale offerta agli stessi arbitri onde acquisire

un titolo giurisdizionale e quindi imperativo ed esecutivo per conseguire il diritto ai compensi. In tale contesto l'assenza di alcun termine per l'accettazione della proposta contenuta nell'autoliquidazione appare coerente con l'esclusività della opzione giurisdizionale offerta agli arbitri proponenti, nel senso che è lo stesso ricorso al giudice che assume funzione sollecitatoria di un'eventuale accettazione, possibile in qualsivoglia forma, sino a che con la pubblicazione della ordinanza, si sia formato il titolo di cui all'articolo 814, comma 3 del codice di procedura civile. (Nella specie, poiché non era stata accettata, dalle parti l'autoliquidazione del proprio compenso da parte degli arbitri per un importo inferiore al miliardo di lire, gli arbitri si erano rivolti al presidente del tribunale e quest'ultimo, ancorché prima della sua pronuncia fosse intervenuta l'accettazione del caso, aveva liquidato un compenso di oltre due miliardi, affermando che l'accettazione non era possibile una volta proposta domanda di determinazione giudiziale del compenso. In applicazione del principio enunciato sopra la Suprema corte ha cassato un tale provvedimento e pronunciando nel merito ha dichiarato cessata la materia del contendere tra le parti). (M.Fin.)

**CASSAZIONE CIVILE** *Sezione I, sentenza 30-dicembre 2004 n. 24260 -Pres. Saggio; Rel. Macioce; Pm (conf) Martone; Ric. Ministero dei Trasporti e altri; Controric. Caramazza e altri* (Guida al Diritto, numero 7, 19 febbraio 2005)

**Arbitrato - Lodo — Obbligo di indicare la sede — Sussistenza — Omessa indicazione della sede — Nullità — Esclusione (C. e. artt. 1362 e segg.; C.p.c. artt. 816, 823, 829).**

*Nel caso di mancata indicazione nel lodo della sede dell'arbitrato— requisito prescritto ai sensi dell'art. 823, 1° comma, n. 5, c.p.c. — non ricorre l'ipotesi di nullità ove la sede stessa possa desumersi in via interpretativa, tenuto conto, da una parte, della natura sostanziale del requisito richiesto, che per ciò non richiede necessariamente, per la sua esplicazione, formule sacramentali e, dall'altra, della natura di atto di autonomia privata attribuibili alla pronuncia arbitrale e della conseguente applicabilità ad essa, in via generale, delle disposizioni in materia di interpretazione negoziale dettate nel codice civile.*

*Omissis.* — Con due distinti atti di citazione, notificati entrambi il 24.12.1997, la Nizzola s.p.a. impugnava dinanzi alla Corte di Appello di Roma e alla Corte di Appello di Napoli il lodo con il quale era stata definita la controversia fra la stessa società ed il Pio Monte della Misericordia, in relazione ad inadempimenti che ciascuna parte aveva contestato all'altra in merito alle obbligazioni assunte con il contratto concluso il 22.6.1984 e con l'atto di transazione del 24.7.1990.

La Corte di Appello di Roma si dichiarava territorialmente incompetente e la Corte di Appello di Napoli, fra l'altro indicata come competente dalla prima nel presupposto che in detta città fosse ravvisabile la sede dell'arbitrato, nell'esaminare pregiudizialmente le questioni di nullità «per la mancanza dei requisiti previsti dall'art. 823 c.p.c.», disattendeva quella prospettata per mancanza della sottoscrizione degli arbitri ed accoglieva invece la seconda, formulata ai sensi dell'art. 823, comma 2 n. 5, c.p.c., per omessa indicazione nel lodo della sede dell'arbitrato. Dichiarava conseguentemente la nullità del lodo e provvedeva con separata ordinanza per l'ulteriore corso del giudizio in fase rescissoria.

Avverso la detta decisione proponeva ricorso per Cassazione il Pio Monte della Misericordia, che con un unico motivo denunciava violazione di legge e vizio di motivazione, sostanzialmente contestando che il lodo non contenesse l'indicazione della sede dell'arbitrato e deducendo comunque che l'eventuale nullità, ove pure ritenuta esistente, sarebbe stata sanata.

Resisteva con controricorso la Nizzola spa., che proponeva anche ricorso incidentale articolando sei distinti motivi, con i quali lamentava violazione di legge sotto vari aspetti, violazioni che avrebbero dato luogo alla nullità del lodo.

La controversia veniva quindi decisa all'esito dell'udienza pubblica del 21.11.2003.

*Motivi:* La Nizzola s.p.a. ha innanzitutto dedotto l'improcedibilità del ricorso principale in considerazione del fatto che, avendo deciso la Corte territoriale questioni pregiudiziali del tipo di quelle

descritte dal n. 2 dell'art. 279 c.p.c. ed avendo poi disposto «la rimessione degli atti in istruttoria ai fini della decisione del merito della causa e dunque a fini rescissori», il Pio Monte della Misericordia avrebbe dovuto, all'udienza di rinvio del 6.10.2000, dichiarare di riservarsi l'impugnazione ai sensi dell'art. 361 c.p.c. Ciò non era stato fatto e pertanto il ricorso in oggetto sarebbe tardivo, attesa la preclusione intervenuta all'udienza del 6.10.2000, per effetto della mancata formulazione da parte del soccombente della riserva di cui all'art. 361 c.p.c.

Il rilievo è infondato.

Pur prescindendo infatti da ogni considerazione in ordine alla fondatezza dall'assunto secondo il quale nella specie si tratterebbe di sentenza non definitiva, va comunque osservato che l'effetto riconducibile all'omessa riserva di impugnazione nel termine fissato dal citato art. 361 non è quello individuato dalla Nizzola nella decadenza del soccombente dal potere di impugnare la sentenza, ma quello più limitato di determinare una preclusione circa la stessa facoltà di esercizio della impugnazione differita.

Ne consegue dunque che la sentenza non definitiva può essere correttamente impugnata entro gli ordinari termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. (in tal senso la consolidata giurisprudenza di questa Corte, fra le cui decisioni si richiamano C. 98/3807, C. 92/12753, C. 90/5737, C. 89/3807) e pertanto, considerato che la sentenza in questione è stata pubblicata il 5.5.2000 e la successiva impugnazione notificata il 3.5.2001, il ricorso in oggetto è certamente tempestivo, e quindi incontestabilmente ammissibile.

Venendo quindi all'esame del ricorso principale, l'erroneità della sentenza della Corte di Appello di Napoli che ha dichiarato la nullità del lodo è stata dedotta con la prospettazione di un solo motivo, articolato in tre distinti profili.

Più precisamente la Corte di merito aveva affermato la fondatezza della censura sollevata dalla Nizzola spa. in ordine alla mancata indicazione nel lodo dalla sede dell'arbitrato ed aveva ritenuto irrilevanti le contrarie argomentazioni svolte al riguardo dal Pio Monte, che erano essenzialmente incentrate sul fatto che la sede dell'arbitrato sarebbe risultata comunque dal contenuto del lodo e che in ogni nodo l'assente omissione non avrebbe potuto essere ritenuta causa di nullità quando, come nella specie, l'atto avesse raggiunto il suo scopo. In particolare nella sentenza era stato evidenziato, innanzitutto, come quello in oggetto dovesse ritenersi un requisito formale del lodo, dalla cui omessa indicazione discenderebbe dunque la nullità di quest'ultimo e la cui carenza non sarebbe suscettibile di

integrazioni mediante equipollenti desumibili dalla decisione o da atti esterni al lodo; inoltre, come l'invocato principio di cui all'art. 156, comma 3, e.p.e. non potrebbe nella specie trovare applicazione, dovendo questa disposizione essere intesa nel senso che la nullità non potrebbe essere dichiarata soltanto quando l'indicazione omessa possa essere desunta dal contesto dell'atto, e non anche invece quando «la sussistenza del requisito venga di fatto a dipendere dal comportamento tenuto successivamente dalle parti».

Il Pio Monte ha dunque impugnato la detta decisione rilevando sostanzialmente come non fosse rispondente al vero che il lodo, ove correttamente interpretato alla stregua dei criteri dettati dagli artt. 1362 e segg. c.c., non contenesse l'indicazione della sede dell'arbitrato; si sarebbe dovuta al contrario ritenere significativa nella direzione indicata la dizione «così deciso in Napoli nella Camera di consiglio del 28.10.2.11.17.11.96», certamente riferibile alla sede della procedura arbitrale e in questo senso da interpretare in ossequio al principio dettato nell'art. 1369 c.c., tenuto conto della sostanziale irrilevanza del requisito del luogo dell'arbitrato che sarebbe derivata dall'entrata in vigore della novella del 1994 e della conseguente equivocità del richiamo a tale dato contenuto nel lodo.

Comunque anche ove fosse stata esistente vi sarebbe stata sanatoria della eccepita nullità, atteso che lo scopo delle complesse disposizioni circa la sede dell'arbitrato consisterebbe nell'esigenza di consentire la identificazione del lodo come nazionale, oltre che di individuare i giudici territorialmente competenti per l'omologazione e l'impugnazione, e che le dette esigenze nella specie sarebbero state integralmente soddisfatte. Il rilievo è fondato nei termini che saranno appresso precisati.

In proposito va considerato che la Corte di Appello di Napoli, nel valutare le questioni di nullità sottoposte al suo esame, ha affermato, per la parte di interesse, che quello concernente l'indicazione della sede è un requisito formale del lodo, la cui carenza non può quindi

essere colmata in via interpretativa mediante equipollenti desumibili dalla decisione arbitrale o, a maggior ragione, facendo ricorso ad atti esterni ad esso.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 823, comma 1 n. 5, c.p.c. stabilisce infatti che il lodo deve contenere, fra l'altro, l'indicazione della sede dell'arbitrato e tale indicazione, può fisiologicamente risultare da espressa dichiarazione sul punto ma, in mancanza, può anche correttamente desumersi in via interpretativa, tenuto conto, da una parte, della natura sostanziale del requisito richiesto che per ciò non richiede necessariamente, per la sua esplicitazione, formule sacramentali (in senso conforme si veda C. 2000/14 172) e, dall'altra, della natura di atto di autonomia privata attribuibile alla pronuncia arbitrale (si richiama sul punto C. SU. 2000/527) e della conseguente applicabilità ad essa, in via generale, delle disposizioni in tema di interpretazione negoziale dettate nel codice civile (artt. 1362 e segg.).

Nella specie era stato specificamente evidenziato come dal lodo emergesse che la decisione fosse stata adottata in Napoli; il riferimento al luogo della relativa deliberazione contenuto nel lodo in esame non avesse un significato univoco, poiché la necessità della indicazione del luogo della decisione come requisito di validità era stato introdotto dalla novella del 1983, per esigenze che il legislatore con la novella del 1994 avrebbe inteso invece sostanzialmente soddisfare con il richiamo alla sede; diversi elementi desumibili dal lodo (sede delle parti in Napoli, arbitri localizzati in tale città) avrebbero deposto nel senso della indicazione di Napoli quale sede dell'arbitrato.

Di tutti questi profili la Corte di merito, pertanto, avrebbe dovuto tenere conto, allo scopo di stabilire in linea di fatto se nello stesso lodo la sede fosse stata sufficientemente indicata, applicando in particolare a tal fine le regole dettate dagli artt. 1363, 1367, 1369 c.c. Resta infine da esaminare il ricorso incidentale, in ordine al quale si osserva che: la censura dedotta con il primo motivo (violazione del disposto di cui all'art. 823, comma 2 n. 2, c.p.c.) è priva di pregio poiché, contrariamente a quanto sostenuto, nel lodo è fatto riferimento alla clausola compromissoria, fra l'altro riportata integralmente nel corpo del deliberato (p. 6); quelle di cui al secondo, terzo e quarto motivo risultano assorbite dall'esito del ricorso principale; quelle di cui al quinto e sesto motivo sono rivolte nei confronti della decisione arbitrale anziché contro la sentenza della Corte di Appello, e comunque sarebbero ugualmente assorbite.

Conclusivamente deve essere accolto il ricorso principale, rigettato quello incidentale, la sentenza impugnata va annullata, con rinvio, anche per le spese del presente giudizio, ad altra sezione della stessa Corte di Appello di Napoli.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi, accoglie quello principale e rigetta quello incidentale. Cassa e rinvia anche per le spese ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli. — *Omissis*.

**CASSAZIONE CIVILE** I Sezione, 8 aprile 2004, n.6951 – *OLLA Presidente – PICCININI Relatore – SORRENTINO P.M. (conf) - Pio Monte della Misericordia (avv. Briguglio) – Zizzola S.p.a. (avv. Russo)*

(Giur. It., Gennaio 2005)

### **GIURISPRUDENZA DI MERITO**

**Arbitrato - Compromesso – Clausola compromissoria – Ambiguità – Arbitrato rituale – Natura privatistica (cpc, articoli 806 e seguenti)**

Non è condivisibile l'opinione in base alla quale, in caso di dubbio sull'effettivo tenore della clausola compromissoria, debba optarsi per la natura irrituale dell'arbitrato. Questo criterio trova la propria giustificazione nella concezione dell'arbitrato rituale come forma sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato e, conseguentemente, del compromesso come eccezionale deroga alla competenza del giudice ordinario. Essendo tale concezione, superata a seguito della sentenza 527/2000 delle sezioni Unite della Cassazione, la quale ha affermato la natura privatistica (anche) dell'arbitrato rituale, non può più predicarsi il carattere

eccezionale di quest'ultimo. In caso dubbio, deve pertanto ritenersi che l'arbitrato abbia carattere rituale, in quanto, essendo la previsione della legge quella del compromesso rituale, in assenza di chiara volontà in senso contrario, non può ritenersi che le parti abbiano inteso derogare al modello legislativo. Tale opzione risulta, inoltre, preferibile sia per i vantaggi derivanti (in assenza di autonoma regolamentazione a opera delle parti) dalla predisposizione da parte del legislatore di una disciplina organica, sia per gli effetti maggiormente incisivi del lodo emesso a seguito dell'arbitrato rituale, rispetto a quelli riconosciuti al suo omologo irrituale.

**TRIBUNALE DI BOLOGNA**, sezione II, sentenza 6 ottobre 2004 n.2840 – *Giudice Marulli*

(Guida al Diritto, numero 16, 23 aprile 2005)

**Arbitrato — Riforma dell'arbitrato endosocietario Applicazione a tutti i tipi di società, di capitale e di persone, comprese quelle di fatto — Sussistenza — Sopravvenuta nullità della clausola compromissoria stipulata precedentemente all'entrata in vigore della riforma, che non preveda la riserva del potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo — Sussistenza (D. Lgs. 1° gennaio 2003, n. 5, art. 34).**

*L'art. 34 D. Lgs. n. 5/2003 (introduttivo delle nuove clausole compromissorie in tema di arbitrato endosocietario) si estende a tutti i rapporti societari; senza alcuna distinzione tra società di capitali e società di persone (comprese quelle di fatto) e comporta la sopravvenuta nullità della clausola compromissoria contenuta in uno statuto o atto costitutivo societario definiti prima della sua entrata in vigore, allorché detta clausola non preveda che il potere di nomina degli arbitri sia riservato ad un terzo estraneo*

*Omissis.* — Ritenuto che: con il primo motivo il reclamante censura l'impugnata ordinanza laddove il G.D. ha rilevato la nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 12 dei patti sociali della Bonapace Giovanni e Marco & C. s.n.c., per contrasto con l'art. 34, comma 2, D. Lgs. 17/01/2003 n. 5 (di seguito: il Decreto), il quale prevede che la clausola deve conferire in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società, mentre nel caso concreto tale potere è affidato alle parti (ciascuna delle quali nomina un arbitro, mentre il terzo sarà nominato dagli altri due, o in difetto dal Presidente dell'Ordine dei Dottori commercialisti di Trento); secondo il reclamante, la disposizione richiamata dal G.D. non è applicabile alle società di persone (quale è la Bonapace Giovanni e Marco & C. s.n.c.), ma solo alle società di capitali (e alle cooperative), valendo esclusivamente per queste le norme transitorie di cui agli artt. 222-bis (per le società di capitali) e 222-duodecies (per le cooperative), disp. att. cc., che stabiliscono i termini (rispettivamente del 30/09/2004 e del 31/12/2004) per l'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti alle norme inderogabili previste dalla riforma del diritto societario, facendo salva l'efficacia, sino alla scadenza dei termini, delle previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto non conformi a dette disposizioni inderogabili, con la conseguenza che, seguendo l'interpretazione del G.D., si giungerebbe alla conclusione che la quasi totalità delle clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi delle società di persone sarebbero divenute irrimediabilmente nulle a seguito dell'entrata in vigore del Decreto; l'ambito di applicazione dell'art. 34 ss. del Decreto, in tema di arbitrato societario, è al contrario tale da comprendere anche le società di persone; l'intera disciplina del nuovo processo societario introdotta dal Decreto, a differenza della riforma del diritto sostanziale (di cui al D. Lgs. 17/01/2003 n. 6), si estende a tutti i rapporti societari, com'è reso evidente dal disposto dell'art. 1 del Decreto — vedi in particolare il comma 1, lett. a) e b) — senza alcuna distinzione tra società di capitali e società di persone (comprese quelle di fatto); inoltre, l'art. 34, comma 1, del Decreto riguarda espressamente gli «atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis, del codice civile», senza alcuna

ulteriore eccezione per altri tipi di società, ed in particolare per le società di persone; in terzo luogo, la stessa legge delega (L. 03/10/2001 n. 366), nell'attribuire al Governo il potere di emanare norme in tema di arbitrato societario, si riferiva alle clausole compromissorie contenute negli statuti delle «società commerciali» (art. 12, comma 3), espressione che, tradizionalmente, indica le società aventi per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale, che ai sensi dell'art. 2249 c.c. devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti del titolo V del libro V del codice civile, ivi comprese le società in nome collettivo ed in accomandita semplice; accanto agli elementi letterali vi è un argomento sistematico: la *ratio* dell'art. 34, comma 2, è individuata dall'unanime dottrina nel fine di superare le note difficoltà di applicazione dell'arbitrato endosocietario (tali da ostacolarne seriamente la diffusione, ritenuta dal legislatore, invece, meritevole di incentivo) nei casi di clausola «binaria» in presenza di una pluralità di parti, insuscettibili di aggregazione in due posizioni contrapposte, nonché nei casi di intervento di terzi (su questo aspetto si sofferma in particolare la relazione governativa al Decreto), dove l'impossibilità di garantire a tutti gli interessati la designazione dell'arbitro si traduce nel pregiudizio delle concrete possibilità di difesa: la previsione, a pena di nullità, della designazione del giudice privato (singolo o collegiale) da parte di un terzo imparziale ha risolto in modo rigoroso il problema, eliminando ogni autonomia negoziale sul punto:

la predetta esigenza, tuttavia, riguarda tutte le società nei cui statuti sia contenuta una clausola compromissoria, pertanto non vi sono ragioni sistematiche che inducono ad interpretare restrittivamente, oltre alle eccezioni espressamente previste, l'ambito di applicazione della norma, apparendo al contrario irragionevole la diversità di trattamento che ne conseguirebbe; l'obiezione sollevata dal reclamante, sulla sopravvenuta nullità di moltissime clausole compromissorie preesistenti, non è decisiva, poiché *adducere inconuenientes non est solvere argumentum*, non senza considerare che nulla vieta l'adeguamento delle clausole statutarie delle società di persone alle disposizioni inderogabili dell'art. 34, comma 2, anche in assenza, per questi tipi sociali, di una norma transitoria analoga a quelle dell'art. 222-*bis* e dell'art. 222-*duodecies*, disp. att. cc., espressamente richiamati dall'art. 41, comma 2, del Decreto: richiamo il quale dimostra, d'altro canto, che nella riforma societaria vi è una chiara previsione risolutiva dell'efficacia ulteriore delle clausole statutarie difformi rispetto alle disposizioni inderogabili non solo del D. Lgs. 6/2003, in tema di diritto sostanziale, ma anche del Decreto, in tema di arbitrato; deve peraltro precisarsi che, anche perle preesistenti clausole compromissorie difformi contenute negli statuti delle società personali, si tratta di inefficacia sopravvenuta operante solo per il futuro, ai fini della compromettibilità in arbitri delle controversie societarie dalla data (non già di scadenza dei termini *ex artt. 222-bis* e *222-duodecies*, disp. att. c.c., com'è previsto per le società di capitali e le cooperative, ma) di entrata in vigore del *jus superveniens*, nel senso che, sulla base dei principi propri dei contratti in materia di successione delle norme nel tempo, le anteriori clausole compromissorie difformi sono ultrattive in relazione alle controversie arbitrali già pendenti alla predetta data, in mancanza di espressa previsione circa l'applicazione retroattiva della norma sopravvenuta (e vedi sul punto l'art. 41, comma 1, del Decreto, dove l'espressione «giudizi pendenti» è suscettibile di essere riferita anche ai giudizi arbitrali); l'ulteriore dato letterale sottolineato dal reclamante, che fa leva sul disposto dell'art. 37, comma 1, del Decreto, è inconferente, sia perché il c.d. «arbitrato economico», previsto da quest'ultima norma, non è limitato alle società di persone, ma è espressamente esteso anche alle società a responsabilità limitata, sicché viene meno l'argomento interpretativo a contrario che il deducente pretende di trarre dalla mancata menzione delle società del primo tipo nell'art. 34, comma 1; sia perché (ed il rilievo è assorbente) l'istituto previsto dall'art.

37 non ha nulla a che vedere con l'arbitrato in senso stretto, dovendosi invece considerare una forma di arbitraggio, come lascia agevolmente intendere il rinvio all'art. 1349 c.c., di cui al comma 4 della disposizione in esame; nel caso concreto non rileva l'eventuale applicabilità, in subiecta materia, dell'art. 1419, 2° co., c.c., sulla nullità parziale, sostenuta da autorevole dottrina sulla base della considerazione che la norma imperativa sostitutiva della clausola difforme sarebbe rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 809, 3° co., c.p.c., e 24, comma 2°, del Decreto, in relazione al potere di designazione del Presidente del tribunale: il tema non deve essere esaminato in questa sede, poiché il provvedimento di sospensione è richiesto nella dichiarata pendenza di un giudizio arbitrale di opposizione all'esclusione di cui il Tribunale delibera incidentalmente la nullità, in quanto promosso mediante una designazione arbitrale non conforme all'art. 24, comma 2, del Decreto, e solo in relazione a tale giudizio il Tribunale è chiamato a valutare il *fumus boni iuris* dell'opposizione, sul quale influisce negativamente la suddetta prognosi: rimane quindi ferma la possibilità per l'istante, ove si ritenesse condivisibile l'opinione dottrinale sopra menzionata, di promuovere un nuovo giudizio arbitrale sulla base del meccanismo di designazione risultante dalla norma imperativa sostitutiva, non essendo applicabile nel giudizio arbitrale il termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 2287, 2° co., c.c., per proporre opposizione davanti al tribunale cfr. (Cass. 12/11/1998 n. 11436); con il secondo motivo il reclamante sostiene che il termine di decadenza di trenta giorni *ex art. 2287 c.c.* sarebbe stato rispettato, in quanto la delibera di esclusione fu comunicata il 27/12/2003 e sia la domanda del giudizio arbitrale che il ricorso per la sospensione furono proposti il 26/01/2004: anche tale questione è irrilevante, poiché si collega all'osservazione del G.D. secondo cui l'istante avrebbe dovuto proporre tempestiva opposizione al tribunale, anziché attivare un giudizio arbitrale nullo, ma a ben vedere questa osservazione (di per sé coerente con l'assunto della nullità totale della clausola compromissoria difforme, e comunque corretta in fatto, poiché riferita, al di là dell'esatta indicazione o meno della data della comunicazione, alla mancata proposizione tempestiva, davanti al tribunale, dell'opposizione all'esclusione, che è ben diversa dall'istanza di sospensione, avente natura cautelare) è superflua ai fini del rigetto dell'istanza, che si regge autonomamente sulla già rilevata mancanza di *fumus* per la nullità del giudizio arbitrale, cui l'istanza di sospensione è strumentale; con il terzo motivo il reclamante sottolinea che la delibera di esclusione è stata notificata prima dell'entrata in vigore del Decreto ed invoca la norma transitoria di cui all'art. 41, comma 1, dello stesso, ma è agevole osservare che tale norma intertemporale si riferisce solo ai «giudizi pendenti» alla data di entrata in vigore del Decreto, pertanto non si applica ai fatti anteriori, ma posti a base di controversie promosse successivamente a tale data, assoggettate *pleno iure* alle nuove disposizioni; con il quarto motivo il reclamante deduce che la clausola compromissoria non è soggetta all'applicazione dell'art. 34 del Decreto, perché fu pattuita dai soci in un atto successivo alla costituzione della società (in particolare, in un atto di cessione di quote sociali): al riguardo deve tuttavia osservarsi che le nuove disposizioni in tema di arbitrato societario non si applicano solo alle clausole compromissorie inserite *ab origine* negli atti costitutivi e negli statuti, ma anche a quelle introdotte successivamente (arg. *ex art. 34, comma 6*) e che nel caso concreto non si trattò nemmeno di introduzione *ex novo*, ma di adeguamento dei patti sociali, che già contenevano una clausola del tutto analoga (vedi l'atto costitutivo originario prodotto dai reclamati); il quinto motivo, che affronta nel merito il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, rimane assorbito dalla pregiudizialità delle ragioni reiettive precedentemente esposte; il reclamo dev'essere dunque rigettato, con compensazione anche delle spese del secondo grado, attesa la novità e la complessità delle questioni trattate;

P.Q.M.

Rigetta il reclamo e compensa integralmente le spese di grado. —

*Omissis.*

TRIBUNALE TRENTO, 8 aprile 2004 (ordinanza) — PALESTRA  
Presidente — Giuliani Relatore. — X (avv. Eccher) - Y (avv. ti  
Masè, Molinari).  
(Giur. It., Gennaio 2005)

**Arbitrato — Arbitrato commerciale internazionale —  
Accertamento giudiziale dell'arbitrabilità — Convenzione di  
New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e  
l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere — Legge  
applicabile.**

**Arbitrato — Arbitrato commerciale internazionale —  
Clausola compromissoria — Verifica della validità — Legge  
applicabile.**

**Arbitrato — Arbitrato commerciale internazionale —  
Arbitrabilità — Provvedimenti di embargo — Competenza  
degli arbitri (C.p.c. art. 806; C. c. art. 1966).**

Non è dato ricavare dalla Convenzione di New York del 10 giugno  
1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali  
straniere quale sia la legge applicabile dal giudice al fine di  
accertare la procedibilità della domanda giudiziale avanzata in  
presenza di una clausola compromissoria.

L'accertamento giudiziale della validità, operatività ed  
applicabilità di una clausola compromissoria diretta ad istituire  
un arbitrato internazionale deve essere effettuato alla luce del  
diritto interno

L'adozione di provvedimenti d'embargo da parte del Consiglio di  
Sicurezza delle Nazioni Unite non esclude l'arbitrabilità della  
controversia in quanto tali misure non sono in grado di incidere sui  
diritti di cui le parti abbiano disposto con il contratto, ma solo  
sull'esecuzione del medesimo

*Omissis.* — *Fatto:* In data 12 novembre 1983 la Marina irachena  
stipulava con la Costruzioni Aeronautiche Agusta Spa. un contratto  
di fornitura di n. 5 elicotteri, oltre a prestazioni accessorie, per un  
valore complessivo di \$ USA 164.040.331. Tale importo avrebbe  
dovuto versarsi: per il 30%, entro 15 giorni dall'emissione della  
relativa garanzia bancaria; per un ulteriore 10%, entro 18 mesi dalla  
data del contratto, dietro rilascio di garanzia bancaria; per un  
ulteriore 10% entro 24 mesi, sempre dietro rilascio di garanzia  
bancaria. Le parti concordavano una clausola compromissoria  
nonché l'applicazione al contratto della legge francese. Con atto di  
citazione del 28 novembre 1991 la Agusta Spa. conveniva in  
giudizio il Governo dell'Iraq, Ministero della Difesa, nonché la  
Rafidain Bank di Baghdad, quale banca garante, e la Banca  
Commerciale Italiana (poi Intesa BCI), quale banca contro garante  
in favore della banca irachena. Chiedeva l'attrice di dichiarare la  
risoluzione del contratto di fornitura di elicotteri per cause  
imputabile al compratore, in quanto lo stesso non avrebbe  
provveduto all'intero pagamento dell'anticipo (secondo acconto del  
10%). Assumeva altresì l'attrice che poiché i provvedimenti emanati  
dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nonché dalla  
Comunità Economica Europea, recepiti da leggi interne italiane,  
vietavano di intraprendere o dar corso a rapporti economici con  
l'Iraq o qualsiasi altro soggetto dello stesso contratto, la clausola  
compromissoria era divenuta inoperante stante l'intervenuta  
indisponibilità dei diritti azionari. Seguivano interventi volontari di  
varie società fornitrici del «Sistema d'arma» degli elicotteri.  
Costituitisi il Governo e Ministro della Difesa (MOD) iracheni  
nonché la Rafidain Bank, il MOD chiedeva che fosse dichiarata la  
carenza di giurisdizione dell'AGO stante la qualità di ente sovrano  
del convenuto nonché la sua incompetenza per effetto delle clausole  
compromissorie di cui al contratto. Nel merito, domandava che  
venisse pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento  
dell'attrice e per impossibilità sopravvenuta, con conseguente  
condanna alla restituzione dei pagamenti ricevuti, relativi interessi e  
risarcimento del danno.

*Motivi:* (*Omissis*). Recita fra l'altro l'art. 17 del contratto oggetto  
della materia del contendere sottoscritto il 12 novembre 1983 nella  
traduzione italiana versata in atti:

«17.1 Questo contratto è stato stipulato da entrambe le Parti con  
spirito di mutua fiducia.

Le parti si impegnano ad adempiere ai propri rispettivi obblighi  
contrattuali in buona fede ed a sforzarsi di comporre ogni divergenza  
di comune accordo.

17.2 Qualora tale accordo non potesse essere raggiunto entrambe le  
parti nomineranno un gruppo di arbitri comprendente un numero  
uguale di rappresentanti del Committente e del venditore  
conferendogli il potere e l'autorità di comporre la controversia.  
Questo gruppo di arbitri, nominati dalle parti, si riunirà in un luogo  
da concordarsi congiuntamente.

17.3 Qualora tale gruppo di arbitri non fosse in grado di comporre la  
controversia, il caso sarà definito in conformità alle norme di  
conciliazione e arbitrato della Camera di Commercio Internazionale  
di Parigi da uno o più arbitri nominati in conformità alle norme della  
stessa; la decisione di detto Collegio Arbitrale sarà imposta alle parti  
e sarà definitivamente vincolante».

La clausola 17.3 è riconducibile a quella tipo della Camera di  
commercio internazionale che recita «All disputes arising out of or in  
connection with the present contract shall be finally settled under the  
rules of arbitration of the international Chamber of Commerce by one  
or more arbitrators appointed in accordance with the said rules».

In riguardo alla stessa dunque sembra indubbio vertersi in materia di  
arbitrato internazionale straniero (con conseguente applicazione a  
medesimo degli artt. 839 ss. del codice di rito) in virtù della deroga  
convenzionale alla giurisdizione nazionale a favore di arbitrato estero  
contenuta nella clausola in esame, deroga consentita dall'art. 17  
commi secondo e terzo della Legge n.218/1995. La validità hanno l'  
autorità di «comporre la controversia» non già come nella clausola  
seguente di emettere una «decisione» che «sarà imposta alle parti  
sarà definitiva e vincolante».

Pur tuttavia la conciliazione (traduzione italiana dell'acronimo  
ADR., che trova questo Tribunale consenziente con la decostruzione  
che ne ha operato la CCI. come «Amicable» e non Alternative —  
Dispute Resolution), può precedere l'arbitrato. In altre parole  
conciliazione e arbitrato ben possono essere complementari anzi il  
secondo non è altro che la logica conseguenza del mancato  
raggiungimento di un accordo in sede conciliativa. Come nel caso di  
specie. Che vede inserita nel contratto una clausola tipica della  
tecnica contrattuale internazionale quali sono quelle finalizzate a  
proporre diversi e progressivi stadi di composizione della vertenza:  
attraverso fasi extragiudiziali preliminari all'arbitrato e non  
vincolanti quali negoziazioni guidate, mediazioni e conciliazioni e  
precisamente una clausola «multi-step» che prevede una sequenza di  
opzioni prima di udire il giudice ordinario (ad esempio prima la  
conciliazione e in caso di insuccesso della stessa l'arbitrato). D'altro  
canto lo strumento della conciliazione (A.D.R.) deve essere  
considerato come un sistema unitario di risoluzione delle  
controversie formato da procedure graduali e progressive:  
l'assistenza di un terzo neutrale è richiesta solo là dove le parti non  
siano state in grado di trovare un accordo negoziale.

La clausola 17 del contratto di cui è causa è improntata ad una tale  
progressività.

Il richiamo ai principi di «mutua fiducia» e «buona fede»  
nell'esecuzione del contratto sono prodromici alla affermazione di  
quello secondo il quale ogni divergenza dovrebbe essere composta di  
comune accordo. Solo là dove un tale accordo non potesse essere  
raggiunto dalle parti esse ricorreranno all'ausilio, in sede di  
composizione enneliarioria della controversia, di terzi neutrali il cd  
«gruppo di arbitri». Là dove una tale conciliazione avesse a non  
riuscire nell'esito sperato allora la controversia verrà compromessa  
in arbitri così come sopra.

La qualificazione così raggiunta della clausola 17 del contratto di cui  
è causa, e cioè quella di una clausola «multi step», contenente una  
clausola conciliatoria e una clausola arbitrale, va esaminata in  
riguardo alle eccezioni preliminari formulate da Mod Iraq nel corso  
del processo e in sede di precisazione delle conclusioni.

Tali eccezioni in riguardo alla clausola di cui all'art. 17 qui  
esaminata si estrinsecano nella domanda formulata a questo Giudice  
di «dichiarare la propria incompetenza in presenza di clausole  
compromissorie che deferiscono la controversia ad arbitri». Esse  
dunque si concretizzano in una eccezione di «incompetenza»  
riguardante il mancato esperimento degli strumenti alternativi al  
giudizio ordinario che le parti del contratto hanno liberamente scelto  
e cui si sono obbligate in virtù dell'accordo contrattuale risultante  
dal testo del ripetuto art. 17 del contratto in esame.

Tale eccezione va accolta, in riguardo al mancato rispetto della  
clausola conciliatoria da parte degli attori e degli intervenienti, che

rende l'azione intentata dagli attori non procedibile.

Il conflitto che consegue al mancato spontaneo adeguamento dell'obbligato al tipo di comportamento da lui dovuto può essere risolto con strumenti diversi da quelli approntati dallo Stato per l'esercizio della giurisdizione civile e la tutela coattiva dei diritti. Questi strumenti alternativi sono posti su un arco delimitato dallo strumento tipico di autocomposizione o composizione diretta della controversia che è la transazione e da quello tipico di eterocomposizione che è l'arbitrato. La conciliazione è diversa dall'arbitrato perché è una composizione diretta della controversia ad opera delle stesse parti litiganti e quindi la soluzione della controversia non è rimessa al giudizio di un terzo, ma è diversa dalla transazione perché questa si perfeziona con il mero incontro della volontà delle parti, al coperto dall'intervento di terzi, laddove la conciliazione richiede ancora l'incontro della volontà delle parti, ma questa volta con la presenza e l'intervento di un terzo. Mentre la transazione comporta l'*aliquid datum* e l'*aliquid retentum*, il componimento conciliativo può anche consistere in una mera rinuncia alla propria pretesa o in un riconoscimento unilaterale della pretesa altrui, accettata dalla controparte. Diversi anche i ruoli dell'arbitro e del conciliatore. L'arbitro deve compiere una valutazione del giusto, secondo diritto, o dell'equo e sulla base della conclusione così raggiunta deve risolvere egli la controversia; il conciliatore deve valutare le contrapposte posizioni delle parti e individuarne la giusta composizione e su queste basi deve offrire alle parti il suo *consilium* e provocare il *consilium* cioè l'aggregazione e l'incontro e quindi la conciliazione. L'intervento del terzo nella conciliazione non è un modo di attuare la giurisdizione sibbene un modo di definizione della controversia alternativo allo *los dicere* del giudice dello Stato con effetti estintivi della lite in virtù della autocomposizione della controversia. Caratteristico della conciliazione è il suo coordinamento con altri strumenti di definizione delle controversie: essa viene a costituire un filtro obbligatorio o volontario per l'accesso alle forme di giustizia ordinaria o arbitrale o una fase preliminare necessaria per il procedimento di giustizia o un mezzo per concluderlo senza il *dicium* dell'arbitro o del giudice. L'esperimento del rito conciliatorio può essere inteso, tra l'altro, come fase preliminare necessaria e quindi come filtro per la procedibilità dell'azione e del relativo giudizio ordinario o arbitrale. Nella fattispecie le parti in contratto hanno assunto il reciproco impegno, la cui vincolatività non può essere messa in discussione visto il tenore letterale della clausola «an equal number of buyer's and seller's representatives shall be nominated by both parties» (un eguale numero di rappresentanti dei venditori e dell'acquirente saranno nominati da entrambe le parti) di sottoporre le eventuali controversie insorte in riguardo alle obbligazioni nascenti dal contratto, alla conciliazione. Si tratta quindi di una conciliazione intesa come filtro obbligatorio che trova la sua fonte nel contratto e meglio nella attitudine dello stesso quale atto di autonomia negoziale a costituire un autoregolamento di interessi vincolante per chi lo abbia posto in essere. Ciò che trova espressione nella regola secondo la quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 cc.) sempre che il contenuto del contratto medesimo non contrasti con l'ordinamento (art. 1322 cc.).

E' bensì vero che è dato ricavare dall'ordinamento un accentuato favore verso la soluzione alternativa delle controversie (vedi gli artt. 183 cpc. e 410 epe.; la Legge 29 dicembre 1993 n. 580; la Legge 14 novembre 1995, n. 81; la Legge 30 luglio 1998, n. 21; la Legge 29 marzo 2001 n. 135; la Legge 18 giugno 1998, n. 192; la Legge 31 luglio 1997 n. 249 e relativi regolamenti applicativi 148/2001 e 182/2002 e da ultimo il titolo VI del DLgs. o. 5/2003 disciplinante la conciliazione stragiudiziale in materia societaria) e che la libertà delle parti di un contratto di determinarsi in ordine alla assunzione di una reciproca obbligazione di sottoporre le eventuali controversie nascenti dal contratto ad una conciliazione prima dell'accesso alla giustizia arbitrale o ordinaria non urta contro alcun principio dell'ordinamento. D'altro canto, la predisposizione al momento della stipulazione del contratto di procedure che consentano la partecipazione alla discussione, fin dallo stadio iniziale, dei preponenti non coinvolti in precedenza nella gestione della controversia ma che hanno il potere di negoziare, è considerato dagli studiosi di diritto commerciale internazionale come un uso efficace di risoluzione alternativa delle controversie di carattere commerciale. Uso che verrebbe frustrato dalla proponibilità di un'azione avanti il giudice ordinario in spregio al mancato esperimento

della conciliazione, venendo a costituire un *vulnus* ingiustificato alla prevedibilità e certezza cui sono improntate le relazioni commerciali che si fonda sulla libertà delle parti di pretendere l'adempimento preciso dei contratti commerciali e che la efficacia di questi ultimi si misuri in relazione al loro tenore letterale, tenuto conto del significato particolare dato dagli usi del commercio e non vadano interpretati in modo da produrre effetti che siano manifestamente contrari alle intenzioni delle parti. E sotto il profilo comparatistico (anche sotto il profilo della ricezione nell'Ordinamento interno di principi propri di civiltà affini anche se privi di riscontri interni — Cass., 5 aprile 1984, n. 2215 e 8 gennaio 1981, n. 189) va rimarcato come la Corte di Cassazione Francese a Sezioni Unite con sentenza 14 febbraio 2003 ha statuito tra l'altro come:

— le cause ostative alla instaurazione di un processo civile non sono tassativamente elencate dalla legge;

— è lecita ed efficace, senza limitazione alcuna, la clausola contrattuale che preveda, nel caso di controversie, una procedura di conciliazione obbligatoria e preliminare rispetto al ricorso alla autorità giudiziaria ordinaria;

— tale clausola costituisce, per il giudice ordinario, motivo di irricevibilità della azione giudiziaria, laddove le parti la facciano valere.

Va da ultimo detto che l'affermata non procedibilità della azione non trova ostacoli nella particolare natura della controversia.

Ci riferiamo, alla questione della eventuale indisponibilità dei diritti di cui è causa e dunque della invalidità della clausola compromissoria.

La conciliazione non è inquadrabile tra gli atti aventi funzione transattiva: esso pur essendo fondato sul consenso delle parti non può essere annoverato tra gli atti ascrivibili alla pura decisione negoziale privata. Se è vero che il giudice o l'arbitro decidono e non consigliano e che il conciliatore propone, è altresì vero che il ruolo del conciliatore non può essere ridotto a quello di svolgere una funzione di garanzia e di controllo. Il conciliatore, come affermato da autorevole dottrina, non può costituire il convitato di pietra delle parti. Esse dunque sono condizionate dal conciliatore che le assiste nella scelta di rinunciare alla tutela processuale. L'esercizio della autonomia privata vi è dunque condizionato così da ingenerare più di una difficoltà a inquadrare la conciliazione tra gli atti di mera autonomia privata: essa è d'altro canto priva di una propria funzione tipizzante che sia idonea a distinguerla e a conferirgli singolarità di struttura. D'altro canto gli atti con funzione transattiva sono dotati della caratteristica di funzionalizzare schemi già di per se dotati di un coefficiente causale specifico nella composizione della lite e ciò perché è dato ritenere che l'ordinamento giuridico non ammetta una definizione *tout court* delle controversie quando una tale definizione è raggiunta per il tramite di atti negoziali, vale a dire atti che siano pura espressione di autonomia privata mentre questo tipo di definizione della lite è possibile con atti diversi quali la sentenza del giudice o il lodo dell'arbitro.

La presenza di un terzo, non in funzione di mero garante e controllore, spiega anche come, con la conciliazione, si possa prescindere dal conferire all'atto una specifica sostanza causale:

ciò che spiega anche perché la conciliazione può intervenire anche su situazioni di cui è esclusa o limitata la devoluzione ad arbitri rituali (vedi, per le controversie di lavoro, gli artt. 806 e 808 c.p.c.). Proprio dalla particolare natura della conciliazione viene fatto derivare il principio secondo il quale essa può trascendere i limiti individuati per il concetto di lite transigibile segnatamente in relazione a quello della disponibilità dei diritti non valendo, nel caso, il limite posto dall'art. 1996 cc.

Là dove il comportamento processuale di Mod Iraq e la mancanza di specifica «coltivazione» da parte del medesimo della eccezione di mancata conciliazione in sede di causa avesse ad essere interpretata come rinuncia al far valere il relativo diritto (ciò che appare discutibile, vista l'eccezione generale su cui si fonda la domanda) c'è da dire che parimenti improcedibile è la domanda attorea là dove la si riguardi sotto il profilo della sola compromissione in arbitrato internazionale «straniero» (clausola 17.3 del contratto *de quo*).

Ciò che rende necessario verificare la legittimità della medesima in riguardo alle disposizioni della sopra citata Convenzione di New York e segnatamente del suo art. 2.

Recita il testo di quella norma al suo primo comma che «Each contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any

differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not concerning a subject matter capable of settlement by arbitration».

Va detto preliminarmente che, mentre lo Stato italiano ha aderito ad una tale convenzione così non ha fatto quello iracheno. Ciò che non osta alla applicazione della Convenzione nella specie in quanto gli usi internazionali non contemplano che una Convenzione come quella cui si fa riferimento sia soggetta alla condizione di reciprocità e che essa dunque ben possa applicarsi nel caso tanto più che è lo Stato non aderente che ne invoca l'applicazione.

Il comma 1 dell'articolo in esame fissa dunque il principio di carattere generale secondo il quale ciascuno Stato contraente riconoscerà una clausola redatta per iscritto, secondo la quale le parti si obbligano a sottoporre al giudizio arbitrale tutte o alcune delle controversie che siano sorte o possano insorgere tra loro in riguardo a un rapporto legale determinato, contrattuale o non che riguardi una materia passibile di decisione arbitrale.

Un tale principio di carattere generale trova esplicitazione semantica nei due seguenti commi in riguardo alla locuzione «agreement in writing» che si riferisce sia ad un arbitrato sia ad una clausola arbitrale sottoscritta dalle parti o contenuta in uno scambio di corrispondenza o di telegrammi e, riguardo alla locuzione «subject matter capable of settlement by arbitration», che importa da parte del giudice di uno Stato contraente che sia investito di una controversia riguardo alla quale le parti hanno sottoscritto un accordo nella accezione normativa in esame, l'obbligo di devolvere la controversia agli arbitri su richiesta di una delle parti, a meno che ritenga che l'accordo sia nullo o inesistente, inefficace o non passibile di applicazione.

L'«agreement in writing» in tanto è passibile di decisione arbitrale in quanto non sia nullo o inesistente, inefficace o insuscettibile di applicazione a giudizio del giudice adito.

Vista la mancanza di riferimento alcuno della norma in esame a quale sia il diritto applicabile dal giudice investito della questione si apre un delicato problema interpretativo cui le parti in causa hanno dato soluzioni divergenti.

Secondo Fiomeccanica il giudice dovrà applicare il diritto sostanziale interno e dunque nella fattispecie il diritto italiano (art. 806 epe. e 1966 cc.) secondo MOD Iraq quello processuale proprio della Corte arbitrale e dunque, nel caso il diritto processuale francese (artt. 1492 ss. NCPC). Questo giudice ritiene che la questione vada risolta prendendo le mosse da un esame complessivo del testo normativo della Convenzione di New York.

Esso, fissato il principio di carattere generale di cui all'art. 2 riguardante il riconoscimento internazionale del deferimento ad arbitri delle controversie, nelle seguenti disposizioni fissa criteri atti a facilitare il riconoscimento delle decisioni arbitrali, statuendo nel contempo all'art. 5 in modo estremamente dettagliato quali siano i casi nei quali sia possibile alle parti o al giudice d'ufficio di riconoscere e delibare il lodo arbitrale, statuendo in particolare in ordine alla Autorità preposta al riconoscimento e alla delibazione.

Va detto che, in mancanza di qualsivoglia riferimento normativo in ordine alla questione si è soliti — e le lunghe e articolate argomentazioni contenute nelle conclusioni delle parti in causa ne sono adeguata rappresentazione — risolvere la questione muovendo da una analisi delle disposizioni della Convenzione di New York che poco convince.

È vero che sia l'art. 2, comma 3, sia l'art. 5, comma 2, punto a, fanno riferimento alla medesima materia: e cioè si riferiscono alla «subject matter capable of settlement by arbitration» sol che, nel primo caso e cioè quello riguardante la proponibilità della domanda giudiziale, la Convenzione non fa menzione del diritto applicabile alla questione; nel secondo invero, che riguarda altro tempo e altra materia di disciplina, e cioè quella del riconoscimento e della esecutività del lodo, essa fa menzione del diritto applicabile che è quello del paese in cui si intende far eseguire il lodo. Di guisa che al giudice è consentito d'ufficio di rifiutare il riconoscimento e l'esecutività del lodo qualora lo stesso verta su materia indisponibile secondo la legge del paese. Non è quindi dato di ricavare da quest'ultima disposizione il diritto applicabile *ex ante* dal giudice e cioè in sede di esame della proponibilità della domanda giudiziale in presenza di una clausola compromissoria.

Non essendo dato ricavare dal testo della Convenzione alcun utile elemento per decidere la questione, sembra a questo giudice che non

possa non tenersi conto visto il carattere internazionale dell'arbitrato e dunque la necessità di ricavare i principi informatori della materia nelle concezioni prevalenti espresse nelle Convenzioni internazionali, dai legislatori nazionali, dalla giurisprudenza interna e dalla pratica del commercio, nel rispetto della autonomia dei paciscenti e dunque della loro volontà quale emergente dai testi contrattuali.

Una tale centralità dell'atto di autonomia sta alla base delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione che hanno fissato anche in riguardo all'arbitrato internazionale, la natura non giurisdizionale, ma di merito della eccezione riguardante l'applicazione di un patto compromissorio (Cass., Sez. un., 25 giugno 2002 o. 9289, ord.; Cass., Sez. un., 22 luglio 2002, n. 10723, ord.; Cass., 30 agosto 2002, o. 12714).

Secondo condivisibile dottrina l'eccezione di compromesso «si basa su una opzione che rientra nella libera disponibilità delle parti tra gli atti di autonomia che le parti possono liberamente esercitare e sempre liberamente revocare. Quindi non può essere ricondotta nell'ambito di quei presupposti processuali, necessari per l'esistenza del rapporto processuale, che devono essere verificati d'ufficio dal giudice».

Ciò sta a significare che la questione relativa alla compromettibilità si basa su una indagine qualificata «di merito» a condursi prima di qualsiasi eccezione sulla competenza giurisdizionale che può sfociare in una dichiarazione di procedibilità o improcedibilità della domanda, giammai di competenza, e non che la verifica dei presupposti che riguardano la arbitrabilità della controversia si risolva in un vero e proprio giudizio di merito: il riconoscimento della validità, operatività, e applicabilità della clausola arbitrale comporta la sospensione dell'esame del merito da parte del giudice adito («stay of court proceedings on the merits»: vedi Cass., Sez. un., 18 aprile 2003 o. 6349).

Non è dunque pensabile che la questione possa essere decisa secondo il «diritto civile francese», legge applicabile al contratto a tenore del suo art. 17.

È allora secondo il diritto interno che andrà esplicito il potere e dovere di verifica della validità, operatività e applicabilità di tale clausola.

Una osservazione preliminare. La causa qui in decisione è stata fortemente influenzata dal «contesto situazionale» in cui il contratto medesimo va letto e cioè quello dell'intricato quadro delle relazioni internazionali nell'ambito del quale la sua stipulazione e la sua esecuzione si sono iscritte.

Ora, non è chi non veda che tali questioni dovrebbero, in sede di causa, pesare in ragione del ruolo che tali vicende hanno svolto riguardo ai formanti ordini, giammai di riuscire nell'esito di un giudizio «etico» sulla validità di un compromesso in arbitri fondato su una soggettiva e «storicistica» interpretazione di vicende implicantanti questioni relative all'ordine pubblico interno o internazionale. Non è chi non veda inoltre come, nella fattispecie, il contratto vada qualificato sì come contratto privato, cui è sicuramente estraneo l'esercizio della sovranità statale, ma che una tale «privatezza» non può non essere raffrontata con il particolare oggetto del medesimo, una fornitura di elicotteri militari soggetta a pervasivo controllo politico amministrativo da parte dello Stato italiano. Sicché il testo dell'art. 17 del contratto in esame, non può che assumere la rilevanza di una esplicita ed accettata volontà di sottrarre eventuali controversie nascenti dal contratto, alla giurisdizione di uno dei due paciscenti, da una parte il governo dell'Iraq da quell'altra un'impresa industriale di proprietà statale e soggetta a controllo in ordine alla attività di esportazione di armamenti.

Una tale volontà si è concretizzata nel voluto ricorso a strumenti rimediali propri della *lex mercatoria* quale a quello del ricorso ad arbitrato internazionale.

Ciò è conforme alla così detta «internazionalizzazione» degli «State contracts», ovvero sia dei contratti conclusi tra Stati e privati stranieri, che mettono in crisi la tradizionale distinzione metodologica tra diritto internazionale pubblico e privato e che consiste nell'impiego frequente nel commercio internazionale da parte degli Stati e delle organizzazioni internazionali, per determinate classi di contratti, di clausole compromissorie in caso di controversie con gli operatori economici, che è stato preso ad indice, dalla dottrina, del venire meno del principio *par in parem non habet*.

*jurisdictionem*.

In tale contesto, l'impiego di norme di diritto internazionale privato materiale di origine a-statale e quindi dei principi generali di diritto e degli usi del commercio internazionale privato da parte degli arbitri, è una via percorribile a fronte sia della mutevolezza e inadeguatezza del diritto interno altrimenti applicabile, sia della natura e del contenuto delle norme del diritto internazionale pubblico, destinate a regolare rapporti di tipo intergovernativo e quindi parzialmente diversi da quelli di cui si tratta.

L'arbitrato è visto dagli Stati con maggior favore rispetto alla sottoposizione al giudizio della autorità di un altro Stato proprio perché l'arbitro internazionale non è emanazione di alcun potere sovrano, derivando esclusivamente dalla convenzione arbitrale i suoi poteri.

Ora, il ricorso al principio di diritto interno, che dichiara compromettibili in arbitri solo le questioni attinenti diritti disponibili su cui si fondano le argomentazioni favorevoli alla proponibilità della domanda avanti questo Tribunale, vanno riguardate con particolare riguardo alla volontà dei contraenti, non già di sottrarsi a qualsivoglia giurisdizione, ma di comporre le controversie nascenti dal contratto e irrisolte in sede transattiva e conciliativa, in arbitri internazionali.

A questo Tribunale non sembra che i provvedimenti presi dalla comunità internazionale nei confronti dell'Iraq a seguito dell'invasione del Kuwait e a seguito dell'embargo siano di per sé sufficienti a dichiarare la procedibilità della domanda avanti a sé e le non compromettibilità in arbitri.

Va detto innanzitutto che i provvedimenti della Comunità Economica Europea (regolamento CEE 354/192 del 7 dicembre 1992) non hanno pregio alcuno in ordine alla questione, esulando la materia di cui è causa da quella istitutiva della competenza direttiva e regolamentate della CEE (art. 296 trattato CEE).

Va altresì detto che la risoluzione del consiglio di sicurezza dell'ONU n. 661 del 1990, recepita con legge interna, non è tale da rendere non deferibile ad arbitri la controversia nel caso di specie. Il contratto *de quo* è stato stipulato prima della emanazione del provvedimento considerato: quest'ultimo non ha dunque il potere di impingere sui diritti di cui si è validamente esposto in sede di conclusione del contratto, sebbene, eventualmente, sulla sua esecuzione.

Non vi è dubbio che il contratto sia stato stipulato e il consenso sia stato prestato dalle parti allorché non si dava alcun caso di presunta indisponibilità dei diritti: le misure di embargo non erano ancora state promulgate. Orbene, il consenso non trasferisce, secondo autorevole dottrina, tutto il diritto: per poter dire che il consenso trasferisce tutto il diritto va prima svuotato il diritto di tutto ciò che il consenso non può trasferire. Ci si deve dunque domandare quali attributi e difese si possano trasferire col consenso. Dalla valenza della *traditio* o delle varie forme di pubblicità disciplinate dall'ordinamento quali capaci

di effetti traslativi opponibili per il diritto interno, ben può ricavarsi il principio secondo il quale la consegna (e in genere gli atti di esecuzione) ai fini di circolazione sono fatti autonomi rispetto al consenso e al contratto. Sono fatti del tutto esteriori ascrivibili alla categoria degli «atti dovuti». Le misure di embargo non potevano incidere sui diritti per cui già le parti avevano validamente disposto, ma sugli atti di esecuzione del contratto medesimo. Non si dà quindi nella fattispecie considerata, luogo a questione di disponibilità di diritti ma di coercibilità o incoercibilità di atti di esecuzione.

Se così non fosse, fermo restando che è sull'esecuzione del contratto che le misure di embargo vengono ad incidere, il dovrebbe il giudice per verificare se, nel caso si dia luogo a lesione di diritti indisponibili dover condurre, nel rispetto della logica giuridica, un'indagine preliminare tesa a verificare se sulla esecuzione del contratto abbiano avuto incidenza le misure di embargo.

Ciò che implicherebbe una sorta di pronuncia anticipata sui possibili esiti della controversia che, da una parte richiederebbe una sorta di «prova di resistenza» sulla materia del contendere, dovendo risultare al Giudice in modo perspicuo la chiara incidenza delle misure di embargo considerate sull'esecuzione del contratto, ciò che nella fattispecie non è, data la controvertibilità della questione, per altra parte sembra contrastare con l'obbligo del Giudice, fissato dalla dottrina in sede di interpretazione della convenzione di New York, di

sospendere ogni giudizio sul merito in sede di vaglio della deferibilità in arbitri della controversia medesima. Aiuta in tal senso una lettura dell'art. 2, n. 3, della convenzione di New York che si offre ad una interpretazione che prescinda dalla necessità dell'esperimento di un «giudizio anticipato sul merito», ai fini della determinazione se la clausola compromissoria sia «null and void inoperative or incapable of being performed», ma che riferisca la non compromettibilità a mere questioni procedurali (mancanza dei presupposti minimi di esperibilità del lodo, ad esempio violazione dei principi del contraddittorio) e contrattuali (nullità formale della clausola) tali da non rendere esperibile il lodo arbitrale.

È questo il modo di lettura, applicabile al caso, della Convenzione che evita «parochial views» o metodi che tendono a «diminish the mutually binding nature of the agreements» (Corte Federale di New York, 29 marzo 1991, Meadows Indemnity Co. v. Bacalla & Shop Insurance Services).

Nel caso, la clausola compromissoria non è affetta da vizi che possano implicarne la nullità formale né è carente dei requisiti minimi che consentano l'utile esperimento del lodo. *Omissis*.

Con sua risoluzione 4761 del 22 maggio 2003 (immediatamente esecutiva in Italia a mente del DL. 7 aprile 1995 n. 07 istitutivo di un meccanismo automatico di attuazione di tutte le decisioni del Consiglio di Sicurezza e di tutti i regolamenti comunitari che dispongono la sospensione o la revoca di misure sanzionatorie precedentemente imposte) il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha revocato le misure di embargo nei confronti dell'Iraq prese con sue risoluzioni 661/1990 e 778/1992.

Una tale revoca ai fini delle questioni qui trattate è tale da fare venire meno ogni possibile ulteriore obiezione in ordine alla arbitrabilità della presente controversia per l'indisponibilità dei diritti di cui si riferisce. — *Omissis*

TRIBUNALE Busto Arsizio, 27 ottobre 2003 — BORTOLUZZI Estensore. — Agusta s.p.a. (successivamente incorporata in Finmeccanica spa.) (avv.ti Pontecorvo, Baragiola) - Governo e Ministero della Difesa dell'Iraq (avv.ti Bianchi, Raimondi), Rafidain Bank (avv.ti Bianchi, Raimondi), Intesa BCI (avv.ti Brugnarelli, Catraneo e Cerini), con l'intervento di Armamenti e Aerospazio s.p.a. (avv.ti Paoletti, Cavalieri), Elmer spa. (avv.ri Pontecorvo, Franchini e Grampa), Fiat Cici (avv.ti Pontecorvo, Franchini e Grampa) e Sma s.p.a. (avv.ti Soldati, Baragiola). (Giur. It., Gennaio 2005)

## NOTIZIE

Elenco di recenti seminari e riunioni organizzati dalla Corte Arbitrale Europea:

- Catania, 11 - 13 giugno 2005, Corso di Formazione in Conciliazione Assistita in base alle nuove tecniche Psicologiche;
- Pescara, 24 - 25 giugno 2005, Seminario Base sull'Arbitrato;
- Lago di Como, 18 giugno 2005, Assemblea Internazionale della Corte e un convegno - crociera sul tema: "Quando è fondato il sospetto di parzialità del giudicante?"

---

**Bollettino della Corte Arbitrale Europea**, Delegazione Italiana, autorizzata dal Tribunale di Milano n. 326 del 31.05.1997  
Presidente della Corte Arbitrale Europea e della Delegazione Italiana: Avv. Mauro Rubino Sammartano, Milano (e-mail: [president@cour-europe-arbitrage.org](mailto:president@cour-europe-arbitrage.org))  
Redattore del Bollettino: Avv. Carlo Mastellone, Firenze (e-mail: [segreteria.firenze@cour-europe-arbitrage.org](mailto:segreteria.firenze@cour-europe-arbitrage.org))  
Sito Web della Corte Arbitrale Europea: <http://www.cour-europe-arbitrage.org/>