

RIVISTA DELL'ARBITRATO

Anno XVI Fasc. 1 - 2006

Adriana Neri

**SUGLI EFFETTI DELLA MANCATA
FISSAZIONE DEL TERMINE PER LA
PRONUNCIA DEL LODO IRRITUALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE DI VALLO DELLA LUCANIA, in composizione monocratica, sentenza 18 giugno 2003, n. 454 — *g.o.t.* avv. Cobellis — Di Matteo Gilda (avv. Di Feo) c. Lloyd Adriatico S.p.a. (avv. Negri).

Assicurazione (contratto di) - Clausola compromissoria prevedente il deferimento ad uno o più esperti del compito di risolvere una questione controversa di natura tecnica - Perizia contrattuale o arbitrato irrituale - Ricorrenza.

Perizia contrattuale - Sottospecie dell'arbitrato irrituale - Configurabilità - Effetti - Temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal contratto - Sussistenza.

Arbitrato irrituale - Termine per la pronuncia del lodo - Mancata prefissione ad opera delle parti - Ricorso al giudice *ex art.* 1183 c.c. - Necessità.

La clausola di un contratto di assicurazione che preveda il deferimento ad uno o più esperti del compito di risolvere una controversia, mediante un apprezzamento di natura tecnica, che le parti si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà negoziale, deve essere ricondotta allo schema della perizia contrattuale o al più dell'arbitrato irrituale.

La perizia contrattuale è da intendersi non come una categoria a sé stante rispetto all'arbitrato irrituale, bensì come una sottospecie di esso. Pertanto, prima e durante l'espletamento di tale procedura, deve ritenersi improponibile la domanda giudiziale diretta ad ottenere il pagamento dell'indennizzo previsto nella polizza assicurativa.

In mancanza di fissazione convenzionale, il termine per la pronuncia di un lodo irrituale deve essere stabilito dal giudice, su istanza della parte che vi ha interesse, ai sensi dell'art. 1183 c.c., dovendosi altrimenti considerare operante il procedimento arbitrale con conseguente improponibilità della domanda giudiziale.

CENNI DI FATTO. — Tra le parti viene stipulato un contratto di assicurazione a copertura di ogni rischio derivante da sinistro, malattia o infortunio.

L'assicurata, a seguito di un ricovero per malattia, richiede più volte — ma senza esito alcuno — il pagamento dell'indennità dovuta in virtù della suddetta polizza assicurativa.

Si rivolge, pertanto, al Collegio arbitrale, avvalendosi della clausola compromissoria contenuta nelle condizioni generali di contratto, ma, non avendo ottenuto una decisione nel termine di centottanta giorni previsto dall'art. 820 c.p.c., ne eccepisce la decadenza ai sensi dell'art. 821 c.p.c., per decorrenza del suddetto termine.

Successivamente, l'assicurata conviene in giudizio la società assicuratrice chiedendone la condanna al pagamento di tutte le indennità previste dalla polizza assicurativa. La società assicuratrice, costituitasi in giudizio, deduce in via pregiudiziale l'inammissibilità della domanda assumendo che il procedimento arbitrale non poteva ritenersi concluso, in quanto — non essendo stato fissato un termine convenzionale per il deposito della decisione — l'attrice avrebbe dovuto adire l'autorità giudiziaria per chiederne la fissazione ai sensi dell'art. 1183 c.c. e, solo

in mancanza della pronuncia nel termine fissato giudizialmente, avrebbe potuto esercitare l'azione proposta.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). Quanto all'eccezione di inammissibilità ed improponibilità della domanda per non aver l'istante, in mancanza della determinazione convenzionale di un termine per il deposito della decisione, adito l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1183 c.c., giova, innanzitutto sottolineare che la clausola compromissoria di cui all'art. 15 condizioni generali di contratto deve essere ricondotta allo schema della perizia contrattuale o al più dell'arbitrato irrituale.

È noto che si ha perizia contrattuale quando le parti deferiscano ad uno o più terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito, non di risolvere una controversia giuridica, bensì di formulare un apprezzamento tecnico che esse parti si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà negoziale; si ha invece arbitrato irrituale quando il compito affidato è quello di elaborare una soluzione transattiva di questione in cui esiste controversia fra le parti, le quali si impegnano ad assumere tale soluzione come contenuto della propria volontà, cioè del negozio transattivo cui esse si sono vincolate col compromesso.

In ogni caso, la perizia contrattuale che è da intendersi non come una categoria a sé stante rispetto all'arbitrato irrituale, ma come una sua sottospecie, caratterizzata dal fatto che ai periti viene devoluta la risoluzione di una questione controversa di natura tecnica e dall'impegno delle parti ad accettare preventivamente, come diretta espressione della loro volontà negoziale, i risultati dell'apprezzamento su tale questione espressa dai periti e, pertanto, prima e durante l'espletamento di tale procedura, deve ritenersi contemporaneamente improponibile in sede giudiziaria la domanda diretta ad ottenere il pagamento dell'indennizzo.

V'è da aggiungere, poi, che, anche se la clausola compromissoria di cui all'art. 15 delle condizioni generali del contratto venisse ricondotta allo schema dell'arbitrato irrituale, del pari, mancando la determinazione convenzionale del termine per la decisione, la parte interessata avrebbe dovuto rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere ai sensi dell'art. 1183 c.c. la fissazione del termine di adempimento. Infatti, posto che l'obbligo contrattuale degli arbitri si compendia nell'emettere il responso loro affidato entro un dato termine, non potendo ammettersi che le parti rimangano vincolate alla definizione extragiudiziale della controversia (e alla conseguente improponibilità della domanda) per un tempo indefinito ed applicando all'arbitrato irrituale la disciplina del mandato, la durata del vincolo appare segnata dall'art. 1722 n. 1, per cui il mandato si estingue per scadenza del termine o per il compimento, da parte del mandatario, dell'« affare » per il quale è stato conferito l'incarico.

Il termine per l'esecuzione della prestazione (cui corrisponde il compimento dell'atto giuridico per il quale il mandato è stato conferito) sarà quello fissato di comune accordo fra le parti. In mancanza di accordo, e trattandosi di prestazione per la cui natura è « necessario » un termine, questo è stabilito dal giudice, su istanza della parte che vi ha interesse, ai sensi dell'art. 1183 c.c.

La Suprema Corte ha affermato che il « il termine per adottare il lodo è caratteristica indefettibile sia dell'arbitrato rituale che di quello irrituale, essendo nei due casi solo diversi gli strumenti previsti dalla legge per superare l'omessa previsione ad opera delle parti; infatti nell'arbitrato rituale, all'inerzia supplisce direttamente la legge (art. 820 c.p.c.), mentre nell'arbitrato libero deve farsi ricorso al giudice,

ai sensi dell'art. 1183 c.c. (Cass., 21 gennaio 1999, n. 525). Nei casi in cui non sia indicato un termine per la pronuncia, la mancata pronuncia degli arbitri in un lasso di tempo congruo, non comporta la proponibilità dell'azione giudiziaria, trattandosi di circostanza non idonea ad interferire sull'operatività del compromesso, operatività che persiste fin quando un termine per l'adempimento del mandato non venga fissato dalle parti o dal giudice, su istanza delle parti *ex art.* 1183 c.c. (cfr. sul punto Cass. 16 novembre 1988 n. 6203, Cass. n. 8243/1995). (*Omissis*).

Sugli effetti della mancata fissazione del termine per la pronuncia del lodo irrituale.

1. La sentenza in epigrafe affronta *ex professo* la questione relativa alla mancata fissazione, ad opera delle parti compromittenti, del termine per la pronuncia di un lodo irrituale ⁽¹⁾ e la risolve nel senso di escludere l'ap-

⁽¹⁾ A dire il vero, la vicenda da cui origina la sentenza che si annota concerne una clausola che il Tribunale non qualifica in modo univoco come istitutiva di un arbitrato irrituale, lasciando aperta l'alternativa ermeneutica tra questo e la perizia contrattuale, da intendersi, in ogni caso, non come una fattispecie autonoma, bensì come una sottospecie dell'arbitrato irrituale (in tal senso, in dottrina, fra coloro che considerano la perizia contrattuale come una manifestazione particolare dell'arbitrato o dell'arbitraggio, a seconda che essa assuma le caratteristiche peculiari dell'uno o dell'altro, cfr. specialmente PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 41; CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzo*, in questa *Rivista*, 1995, 71 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 284).

Il Tribunale, invero, mostra di considerare ininfluente ai fini della decisione la risoluzione di tale questione interpretativa, evidenziando come, sia nell'uno che nell'altro caso l'effetto processuale conseguente alla proposizione della domanda giudiziale, nel periodo in cui deve ritenersi pendente il relativo procedimento, sarebbe il medesimo e si identificerebbe nella declaratoria di inammissibilità o improponibilità della domanda stessa.

È opinione generalmente accolta, infatti, quella secondo la quale l'accordo volto a istituire un arbitrato irrituale o una perizia contrattuale valga quale rinuncia delle parti ad avvalersi della tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal contratto, con conseguente improponibilità della domanda giudiziale prima che sia stata espletata la relativa procedura, salvo, naturalmente, che la clausola divenga inefficace. Cfr. per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, RUFFINI, in *Codice di procedura civile commentato*², a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISSO, Milano, 2000, II, *sub art.* 806, XIX. In dottrina, fra gli altri, cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 73; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 102 e 173; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 236; SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, II, Milano, 1971, 183; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997, 11 e 22. Costruisce tale effetto in termini di obbligazione (di non adire il giudice ordinario) SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*³, Milano, 1988, 55. *Contra* RENDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 786 ss., spec. 789-800; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 374 ss., spec. 377.

In ogni caso, giova rilevare come in fattispecie pressoché sovrapponibili a quella oggetto della annotata sentenza, la giurisprudenza ha solitamente interpretato la clausola *de qua* come istitutiva di un arbitrato irrituale e non di una perizia contrattuale. Cfr. Cass., 1° aprile 1994, n. 3207, in questa *Rivista*, 1995, 96 ss., con nota di CORAPI; Cass., 15 maggio 2003, n.

plicabilità dell'art. 820 c.p.c., nella parte in cui tale norma prevedeva che — in mancanza di diverso accordo delle parti — gli arbitri (rituali) dovessero pronunciare il lodo nel termine di centottanta giorni dall'accettazione della nomina.

È noto, infatti, come il recentissimo D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ⁽²⁾, in attuazione della Legge delega 14 maggio 2005, n. 80 ⁽³⁾ riscriva quasi interamente la disciplina dell'arbitrato, modificando in maniera alquanto incisiva anche l'art. 820 c.p.c. che, nella sua nuova formulazione, prevede il maggior termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione degli arbitri per la pronuncia del lodo.

A prescindere dalla non trascurabile considerazione che la norma in questione non assume alcun rilievo per la fattispecie oggetto della sentenza che si annota, applicandosi, secondo il regime transitorio di cui all'art. 27, comma 4, del D.Lgs. n. 40/2006, solo ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato sia stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, va comunque osservato che la suesposta questione — a seguito della riforma — sembra destinata a trovare uno sbocco definitivo in una maniera, tuttavia, non conforme rispetto a quella seguita dall'annotata sentenza. Il legislatore delegato, infatti, interpretando il criterio direttivo contenuto nella legge delega, in forza del quale le norme codicistiche in tema di arbitrato avrebbero dovuto trovare applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, « salva diversa ed espressa volontà delle parti » ⁽⁴⁾, ha introdotto il nuovo art. 808-ter che, disciplinando per la prima volta, pur se in modo alquanto esiguo, l'arbitrato irrituale, consente alle parti di optare, mediante apposita convenzione espressa per iscritto, per una risoluzione interamente negoziale della controversia, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis. La norma stabilisce inoltre che, in assenza della predetta deroga convenzionale all'art. 824-bis, all'arbitrato debbano applicarsi le norme di cui al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile, sull'arbitrato rituale ⁽⁵⁾. Contrariamente a

7516, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2363, con nota di Bove; Trib. Perugia, 13 marzo 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 363. Nel senso accolto dalla sentenza in epigrafe e cioè che la perizia contrattuale è da intendersi come una sottospecie dell'arbitrato irrituale, cfr. Cass., 30 dicembre 1981, n. 6784, in *Giust. civ.*, 1982, I, 614; Trib. Venezia 19 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1188, con nota di NARDELLO.

⁽²⁾ In *Gazzetta Ufficiale, Supplemento Ordinario*, n. 38 del 15 febbraio 2006.

⁽³⁾ In *Gazzetta Ufficiale, Supplemento Ordinario* n. 111 del 14 maggio 2005.

⁽⁴⁾ Trattasi della disposizione di chiusura contenuta all'art. 1, comma 3, lett. b) della citata Legge delega n. 80/2005 per un commento della quale, cfr. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 951 ss.

⁽⁵⁾ Questo ci sembra — se non ci si inganna — il significato che deve ragionevolmente attribuirsi all'avverbio « altrimenti » contenuto nel comma 1 dell'art. 808-ter.

quanto ritenuto da un'autorevole dottrina ⁽⁶⁾, a noi sommessamente sembra che da un'interpretazione letterale dell'art. 808-ter possa ricavarsi come l'opzione delle parti in favore del procedimento arbitrale irrituale di per sé non comporti l'automatica e necessaria esclusione della intera disciplina legale prevista per l'arbitrato rituale, occorrendo a tal fine un'esplicita previsione delle parti. Infatti, ai sensi dell'art. 808-ter le uniche norme che devono sicuramente ritenersi inapplicabili qualora ricorra una fattispecie di arbitrato irrituale sono quelle di cui all'art. 824-bis c.p.c. — che espressamente equipara gli effetti del lodo rituale a quelli di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria — e quelle di cui all'art. 825 c.p.c., in tema di deposito del lodo rituale ⁽⁷⁾, nonché le altre ad esse strettamente collegate che, malgrado l'assenza di un esplicito divieto, risultano comunque incompatibili con la disciplina dettata dallo stesso art. 808-ter c.p.c. per l'arbitrato irrituale.

Se tale interpretazione deve ritenersi corretta, è evidente, allora, che ad eccezione delle sole norme sopra richiamate, la disciplina legale sull'arbitrato rituale, e con essa l'art. 820 c.p.c., dovrà trovare applicazione — coerentemente a quanto previsto nei criteri direttivi della citata legge delega — tutte le volte in cui le parti non l'abbiano convenzionalmente esclusa ⁽⁸⁾.

Alla luce di quanto detto, può dunque osservarsi come la circostanza che il legislatore della riforma abbia riproposto, attraverso le disposizioni degli artt. 808-ter e 824-bis, quella dicotomica contrapposizione ⁽⁹⁾ tra i due istituti che doveva ritenersi definitivamente superata dalla più recente evoluzione giurisprudenziale ⁽¹⁰⁾, non ha, tuttavia, significato il necessario

⁽⁶⁾ VERDE, *Arbitrato irrituale*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, § 5.

⁽⁷⁾ L'applicazione di tale norma all'arbitrato irrituale risulta espressamente esclusa per effetto della disposizione contenuta nel comma 2, n. 5 dell'art. 808-ter. A nostro avviso, proprio tale esplicito divieto costituisce la conferma indiretta del fatto che la scelta delle parti in favore di una « determinazione contrattuale » della controversia non implica *ipso iure* l'esclusione della disciplina codicistica prevista per l'arbitrato rituale. Argomentando diversamente, infatti, non si riuscirebbe a comprendere il motivo per il quale il legislatore abbia avvertito l'esigenza di escludere espressamente l'applicazione di tale norma all'arbitrato irrituale.

⁽⁸⁾ Se così è, allora, si potrebbe — a nostro avviso — ragionevolmente dubitare della stessa possibilità di fare ricorso, in tale ipotesi, alle norme di diritto sostanziale.

⁽⁹⁾ Sul punto cfr. le ampie osservazioni critiche di PUNZI, in « *Efficacia di sentenza » del lodo*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, § 3, il quale esclude che l'introduzione dell'art. 824-bis, malgrado il tenore letterale della disposizione, sia idonea a configurare un arbitrato giurisdizionale, esattamente equiparabile ad una sentenza del giudice statale, dovendosi a tale equiparazione attribuirsi una valenza meramente processuale. In senso sostanzialmente conforme, cfr. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, § 4.

⁽¹⁰⁾ Cfr., Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, 51 ss., con commenti, diversamente orientati, di RUFFINI e MARINELLI e premessa critica di CONSOLO, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in *Giust.*

accoglimento della tesi costantemente propugnata dall'orientamento giurisprudenziale tradizionale, secondo la quale la natura schiettamente negoziale dell'arbitrato libero impedirebbe l'applicazione della disciplina prevista con riferimento all'arbitrato rituale ⁽¹¹⁾.

La sentenza in epigrafe, invece, costituisce l'ennesima conferma di tale impostazione, potendosi in essa scorgere il riflesso applicativo di quella configurazione dicotomica in base alla quale l'arbitrato rituale consisterebbe in un procedimento in tutto e per tutto sostitutivo della giurisdizione degli organi dello Stato, idoneo a concludersi con un *dictum* avente natura ed efficacia di sentenza, laddove il secondo si svolgerebbe sul piano esclusivamente privatistico, dando luogo ad un risultato che, di conseguenza, non potrebbe che rivestire natura negoziale. Coerentemente con tale impostazione, quindi, la giurisprudenza tradizionale ha più volte affermato che — posto che con l'arbitrato libero si instaura tra le parti e gli arbitri un rapporto giuridico equiparabile ad un mandato (collettivo), attraverso il quale gli arbitri si obbligano ad emettere una decisione per conto delle parti compromittenti entro un certo termine ⁽¹²⁾ — le norme cui bisognava fare

civ., 2001, I, 761 ss., con nota di MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale non giurisdizionale del c.d. « arbitrato rituale »*; in questa *Rivista*, 2000, 699 ss., con nota di FAZZALARI, *Una Svolta Attesa in ordine alla « natura » dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. RICCI, *La « natura » dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2001, 1107 ss., con nota di CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; in *Foro pad.*, 2001, I, 34 ss., con nota di RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa — arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*; in *Foro it.*, 2001, I, 839 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. *ex pluribus* Cass., 28 luglio 1995, n. 8243, in *Foro pad.*, 1996, I, 271, con nota di RUBINO SAMMARTANO, *Sulla determinazione del termine negli arbitrati irrituali*; in *Foro it.*, 1996, I, c. 620, con osservazioni di BARONE; Cass., 27 settembre 1997, n. 9509, in questa *Rivista*, 1998, 61-62. In tal senso, in dottrina, cfr. tra gli altri, BIAMONTI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 900 ss., spec. 950; PUNZI, voce *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 42-43; CECHELLA, *L'Arbitrato*, cit., 169-170; Id., *Il termine per la pronuncia arbitrale*, in questa *Rivista*, 2000, 837 ss., spec. 839; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*², Padova, 1991, 70-72; GUADALUPI, *Lodo irrituale e decorrenza del termine per la sua emanazione*, in questa *Rivista*, 2000, 118 ss., spec. 121; VOJELLO, *Per la qualificazione dell'arbitrato irrituale (il contributo della giurisprudenza)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 538 ss., spec. 557-558; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002, 230. *Contra*, espressamente, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, cit., sub art. 820, 293; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 373 ss., spec. 385 e, più in generale, sulla possibilità di estendere all'arbitrato libero tutte le norme del codice di rito, in quanto compatibili, TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in questa *Rivista*, 1991, 743 ss., spec. 795. Sulla questione cfr. anche SCLAFANI, *Lodo - termini per la pronuncia*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. IRTI, Torino, 1997, 329 ss., spec. 333.

⁽¹²⁾ In tal senso, diffusamente in motivazione, Cass., 28 luglio 1995, n. 8243, cit.

Per un'esposizione delle varie tesi sostenute in dottrina sulla natura del rapporto che lega le parti agli arbitri, cfr. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 177 ss.

riferimento, in assenza di una disciplina *ad hoc* — erano principalmente quelle previste in tema di mandato e subordinatamente, essendo questo un contratto ad effetti obbligatori, quelle sulle obbligazioni in generale.

Di conseguenza, coerentemente con tale ricostruzione dell'istituto in termini esclusivamente privatistici, si è ritenuto che nell'ipotesi specifica in cui le parti compromittenti avessero omissivo di fissare il termine per la pronuncia arbitrale — essendo la previsione di esso comunque necessaria⁽¹³⁾ — la parte interessata avesse l'onere di adire il giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c.⁽¹⁴⁾ per ottenerne la fissazione, non potendo, invece, invocare l'art. 820 c.p.c., dettato con riferimento all'arbitrato rituale⁽¹⁵⁾.

(13) È pacifico infatti come, per la natura stessa della prestazione dovuta dagli arbitri, questa non possa esigersi immediatamente dalle parti, non trovando in tal caso applicazione la regola racchiusa nel noto brocardo latino *quod sine die debetur, statim debetur*, sancita al comma 1 dell'art. 1183 c.c.

(14) Vale la pena di chiarire come, secondo un'autorevole dottrina, la fissazione del termine rappresenti dal punto di vista processuale un atto di volontaria giurisdizione e da quello sostanziale, un atto di arbitraggio a contenuto valutativo. Secondo altri, invece, l'intervento del giudice avrebbe in tal caso una funzione costitutivo-determinativa di un elemento mancante (DI MAJO, voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 187 ss., spec. 212).

(15) Come detto, tale norma, di natura dispositiva, fissava in centottanta giorni, ora duecentoquaranta, il termine per la pronuncia del lodo nel caso in cui le parti non avessero provveduto al riguardo. Essa era e continua ad essere, sia pure dopo la riforma, strettamente connessa con il successivo art. 821 c.p.c., rimasto pressoché immutato, nel senso che, nell'arbitrato rituale, diversamente da ciò che si è sempre ritenuto, come si dirà oltre, per l'arbitrato libero, la decorrenza del termine non rileva di per sé quale causa di automatica invalidità del lodo, occorrendo, a tal fine, non solo che la parte effettui la notificazione della dichiarazione di decadenza agli arbitri stessi e alle parti, prima della pronuncia arbitrale, ma altresì che provveda successivamente ad impugnare il lodo, ai sensi dell'art. 829 n. 6. In sostanza, l'art. 821 c.p.c. che, nella nuova formulazione, in aggiunta rispetto al testo previgente, attribuisce agli arbitri il potere di dichiarare l'estinzione del procedimento arbitrale a seguito del rilievo della decadenza, sancisce un principio di « conservazione » degli effetti del patto compromissorio, in virtù del quale, l'inutile decorso del termine, fissato dalle parti o dalla legge, non sottrae le stesse alla soggezione del vincolo arbitrale (cfr., nel sistema vigente prima della riforma, PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 468-469; VASELLI, *Lodo - decorso del termine*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, cit., 335 ss.), essendo lasciata alle parti la facoltà di far valere l'invalidità del lodo (nel rispetto dei presupposti previsti all'art. 821 c.p.c.), o di ratificare la decisione rinunciando ad essa (cfr. LUSO, *Diritto processuale civile*³, IV, I *processi speciali*, Milano, 2005, 348, il quale, nel vigore della previgente normativa, ha qualificato tale posizione soggettiva in termini di diritto potestativo). Con particolare riguardo all'ipotesi in cui l'emanazione del lodo sia del tutto mancata, occorre rilevare come, secondo una giurisprudenza risalente, formatasi nel sistema antecedente al D.Lgs. n. 40/2006, l'inutile decorso del termine previsto nell'art. 820 c.p.c. poteva determinare la perdita automatica di efficacia del patto compromissorio in relazione alla specifica controversia deferita agli arbitri, con la conseguenza che le parti sarebbero state legittimate ad adire il giudice ordinario (cfr. Cass., 28 gennaio 1970, n. 177, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Arbitrato*, 44; Cass., 28 luglio 1964, n. 2114, *ivi*, 1964, voce cit., 85; Cass., 11 ottobre 1960, n. 2640, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1725; Cass., 31 marzo 1953, n. 278, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 798, con nota di Vec-

Ciò ha significato, in sostanza, che in presenza di una valida clausola compromissoria irrituale priva di un termine per la decisione degli arbitri, doveva ritenersi perdurante il procedimento arbitrale, sino a che il termine non fosse stato fissato dalle parti o dal giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c., con conseguente impossibilità per le parti compromittenti di fare ricorso alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal contratto.

2. Già da quanto detto sin qui, appare evidente come la questione della mancata previsione del termine per la decisione, nell'arbitrato irrituale, presenti aspetti problematici che, al contrario, non si riscontrano in quello rituale⁽¹⁶⁾. Anzi, può dirsi, forse più correttamente, che la stessa configurazione del termine assume un'importanza ed un'incidenza ben diversa all'interno dei due procedimenti arbitrali. Da un lato, infatti, seguendo l'impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza, si deve dedurre che nell'arbitrato irrituale la fissazione di esso è indispensabile per ovviare all'inconveniente dell'assoggettamento delle parti al vincolo arbitrale per un tempo indefinito, mentre in quello rituale all'assenza di determinazione convenzionale fa riscontro l'automatica applicazione del termine legale. Dall'altro lato, contrariamente a quanto si evince per l'arbitrato rituale dal combinato disposto degli artt. 820, 821 ed 829, n. 6, c.p.c. — rimasti inalterati, sotto questo profilo, dopo la riforma — nell'arbitrato libero il termine eventualmente fissato è stato ritenuto dalla giurisprudenza unanime addirittura « conformativo » del potere degli arbitri di emettere la decisione, nel senso che esso avrebbe la diversa e più sostanziale funzione

CHIONE). Tale soluzione è stata, tuttavia, respinta dalla dottrina dominante la quale ha sostenuto, in via generale, che il principio conservativo degli effetti del compromesso, sancito all'art. 821 c.p.c., escludesse una cessazione di efficacia automatica del patto compromissorio per effetto del solo decorso del termine fissato per la decisione, rilevando come il codice di rito non contenesse una norma analoga a quella che nel codice del 1865 sanciva l'automatica inefficacia del compromesso per effetto della scadenza del termine (cfr. PUNZI, *Disegno Sistemico*, cit., I, 446-447, 468; MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, Milano, 1994, 150; BRIGUGLIO, *ibidem*, 73; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in questa *Rivista*, 1998, 681 ss., spec. 696-698; BORGHESI, *Rilevanza del decorso del termine - gli effetti della scadenza del termine prima o dopo la dichiarazione di far valere la decadenza degli arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2001, sub art. 821, 435 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 169). Per uno studio approfondito della questione, nel vigore della previgente disciplina, cfr., ancora, RASCIO, *La decisione*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*², a cura di G. VERDE, Torino, 2000, 235 ss., spec. 259-260, il quale ha sostenuto che nel caso di inerzia degli arbitri protrattasi oltre la scadenza del termine, le parti possono provvedere alla loro sostituzione ai sensi dell'art. 813, comma 3, c.p.c. o dell'art. 811 c.p.c., nell'ipotesi specifica in cui gli arbitri abbiano, di propria iniziativa, rinunciato all'incarico, salvo che la scelta degli stessi non sia avvenuta *intuitu personae*, ossia in considerazione di specifici soggetti già individuati nella clausola compromissoria o nel compromesso.

⁽¹⁶⁾ Tale conclusione può essere mantenuta ferma anche a seguito del recentissimo intervento riformatore che, sul punto, non ha introdotto nessuna novità.

di commisurare la durata di tale potere, sicché la pronuncia tardivamente intervenuta non sarebbe più riconducibile alla volontà delle parti compromittenti, in quanto emessa in carenza di potere decisionale, salvo una diversa ed univoca volontà delle parti stesse (17).

Per tali ragioni si è sempre ritenuto che, in mancanza di fissazione del termine, il decorso di un congruo lasso di tempo non possa giustificare l'estinzione del procedimento arbitrale e di conseguenza legittimare il ricorso delle parti al giudice ordinario (18).

Conformandosi a tale orientamento, il Tribunale adito ha, pertanto, considerato improponibile la domanda ritenendo che l'inutile decorso di un lasso di tempo corrispondente a quello indicato dall'art. 820 c.p.c. non consentisse alla parte il recupero del diritto di agire in giudizio per la specifica controversia sottoposta alla cognizione arbitrale, occorrendo che il termine, in mancanza di accordo tra le parti, venisse fissato in via suppletiva dal giudice, ai sensi dell'art. 1183 c.c.

In sostanza, secondo tale prospettazione, la parte attrice, anziché adire il Tribunale nel merito della controversia, avrebbe dovuto proporre un'autonoma domanda al fine di ottenere la fissazione del termine mancante e consentire in tal modo che la procedura arbitrale potesse giungere a conclusione, o con la pronuncia del lodo nel termine fissato dal giudice, o con l'estinzione del rapporto di mandato, nel caso di inutile decorso di esso.

A tale riguardo, in realtà, va fatta una precisazione, onde evitare di incorrere in un insidioso equivoco. Occorre rilevare, infatti, che — contrariamente a quanto si può essere indotti a ritenere da una lettura superficiale della sentenza — la fissazione giudiziale del termine non sempre si rivela uno strumento idoneo a garantire alle parti l'accesso alla giurisdizione ordinaria a seguito della perdurante inerzia degli arbitri. Invero, nell'ipotesi in cui il lodo non venga comunque pronunciato alla scadenza del termine fissato giudizialmente, ciò che viene meno è sempre il mandato conferito

(17) Si è sempre sostenuta, infatti, coerentemente alla configurazione degli arbitri irrisolti quali mandatarari delle parti, l'applicazione all'ipotesi *de qua* dell'art. 1722, n. 1, ai sensi del quale il mandato si estingue per decorso del termine. Cfr. Cass., 15 novembre 1984, n. 5773, in *Foro it.*, 1984, I, 2970; Cass., 30 gennaio 1985, n. 574, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 283; Cass., 6 dicembre 1994, n. 10462, in *Foro it.*, 1995, I, 1885; App. Roma, 5 ottobre 1992, n. 2636, in questa *Rivista*, 1993, 230; Trib. Roma, 24 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, 1063, nonché, da ultimo, Cass., 3 gennaio 2001, n. 58, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 6, con nota di SQUERI. *Contra*, con una prospettazione inversa rispetto a quella operata dalla Cassazione, MARENGO, *Effetti dell'inosservanza del termine fissato dalle parti all'arbitro per l'emanazione del lodo irrituale*, in questa *Rivista*, 1993, 232 ss., secondo il quale il decorso del termine produce l'inefficacia del lodo sopravvenuto soltanto se le parti ne abbiano espressamente sancito la perentorietà. In senso analogo, CECHELLA, *Il termine tra diritto sostanziale e processuale*, in questa *Rivista*, 1999, 121 ss., spec., 123.

(18) Cfr. Cass., 6 novembre 1988, n. 6203, in *Giust. civ.*, 1989, I, 615. In senso analogo, Cass., 27 settembre 1993, n. 9727, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1432; Trib. Bologna, 18 settembre 1985, in *Dir. fall.*, 1986, II, 102.

agli arbitri per la specifica controversia e non il patto compromissorio⁽¹⁹⁾, salvo che la nomina degli arbitri non sia stata fatta *intuitu personae*, nel senso che l'opzione delle parti per la procedura arbitrale deve ritenersi inscindibilmente connessa alla scelta di quei soggetti già indicati nella clausola compromissoria. Solo in tal caso, infatti — poiché le parti compromittenti hanno deciso di abdicare alla giurisdizione statale in favore della procedura arbitrale se ed in quanto le controversie tra esse insorgenti fossero decise da quelle determinate persone designate come arbitri — all'estinzione della procedura arbitrale dovrà necessariamente conseguire la cessazione di efficacia dell'accordo compromissorio⁽²⁰⁾ e quindi la riattribuzione al giudice ordinario del potere di decidere la controversia⁽²¹⁾.

In caso contrario, invece, la fissazione del termine ad opera del giudice servirà unicamente ad individuare il limite temporale oltre il quale non potrà più sopravvivere la *potestas iudicandi* degli arbitri, in quanto il mandato, salvo diversa volontà delle parti, dovrà considerarsi estinto automaticamente alla sua scadenza, ai sensi dell'art. 1722 c.c. In tal caso, le parti potranno procedere alla nomina di un nuovo collegio al quale deferire la medesima controversia, ma non certo adire l'autorità giudiziaria ordinaria, rimanendo comunque soggette al vincolo scaturente dall'accordo compromissorio.

(19) L'espressione adoperata si presta a ricomprendere nel suo ambito sia il compromesso che la clausola compromissoria, da intendersi quest'ultima nel più ampio significato di pattuizione compromissoria avente ad oggetto controversie attuali e/o potenziali, nascenti da un rapporto sostanziale di natura contrattuale. Su tale nozione e per una approfondita analisi della differenza specifica tra compromesso e clausola compromissoria, cfr. RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in questa *Rivista*, 2004, 417 ss.

(20) È bene precisare che, anche in tal caso, la clausola compromissoria dovrà considerarsi caducata solo con riferimento alla specifica controversia deferita agli arbitri e non anche per tutte quelle non ancora sorte e rientranti nel suo ambito.

(21) Sulla questione la dottrina è pressoché unanime: cfr., sia pure sotto diversi profili, SASSANI, *Arbitrato irrituale e decorso dei termini: « breviviscenza » dell'azione civile?*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1657; BORGHESI, *Il termine per la pronuncia del lodo arbitrale irrituale*, in AA.VV., *Arbitrato, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, cit., sub art. 820, 426; GUADALUPI, *Lodo irrituale e termine per la sua emanazione*, cit., 122; PAGANO, *L'impugnazione nell'arbitrato irrituale*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di E. QUADRI. *Contra*, Cass., 21 giugno 1983, n. 4245, in *Foro it.*, 1993, I, 3055; Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, 3298; Cass., 15 luglio 1994, n. 6648, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 965; Cass., 29 gennaio 1996, n. 655, in questa *Rivista*, 1996, 289, nelle quali si afferma che la scadenza del termine per pronunciare il lodo o il suo annullamento comportano automaticamente la reviviscenza della giurisdizione ordinaria. Tale indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, non appare condivisibile in quanto le motivazioni sul quale si fonda non sembrano essere decisive specialmente perché tralasciano di considerare la fondamentale differenza intercorrente tra vicende idonee ad incidere sulla validità del patto compromissorio e vicende che invece, riguardando esclusivamente il rapporto parti-arbitri o il lodo, non intaccano in alcun modo la volontà compromissoria.

3. Sembra opportuno precisare come il richiamato orientamento giurisprudenziale volto ad escludere l'applicazione dell'art. 820 c.p.c. all'arbitrato irrituale, sia stato confermato dalla Suprema Corte⁽²²⁾ anche dopo la citata sentenza n. 527/2000⁽²³⁾, con la quale le Sezioni unite hanno definitivamente consacrato — in antitesi all'indirizzo fino a quel momento dominante⁽²⁴⁾ e in adesione alle istanze di una parte autorevole della dottrina⁽²⁵⁾ — la natura negoziale dell'arbitrato rituale, con ciò mostrando di voler abbandonare definitivamente la tradizionale dicotomia giurisdizione-negozio che, invece, la recentissima riforma sembra aver riportato in auge. È chiaro, infatti, che la riconosciuta identità ontologica dei due modelli di arbitrato avrebbe potuto e dovuto favorire il definitivo superamento di tale contrapposizione, non soltanto sul piano della mera enunciazione di principio, bensì anche su quello applicativo, laddove, proprio a seguito della riconduzione dell'arbitrato rituale all'interno della sfera sostanziale, non sarebbe stato più possibile continuare a differenziare le due figure⁽²⁶⁾.

(22) Cfr. Cass., 3 gennaio 2001, n. 58, cit. e, in motivazione, Cass., 15 maggio 2003, n. 7516, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2363, con nota di BOVE.

(23) Giova notare che la tesi negoziale è stata successivamente affermata da numerose sentenze, tra cui, cfr., Cass., Sez. un., 5 dicembre 2000 n. 1251, in *Corr. giur.*, 2001, 1449 ss., con commento di CONSOLO e MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di « merito » e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; in questa *Rivista*, 2001, 705, con nota di VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 339; Cass., Sez. un., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.*, 2001, I, 2381; Cass., Sez. un., 25 giugno 2002, n. 9289, in questa *Rivista*, 2002, 512 ss., con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, *ivi*, 515 ss.; in *Corr. giur.*, 2003, 461, con nota di FORNACIARI, *Natura di rito o di merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*, *ivi*, 463 ss., in *Giust. civ.*, 2003, I, 717, con nota di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, *ivi*, 1601, con nota di TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*; Cass., 26 marzo 2004, n. 6069; Cass., 27 maggio 2005, n. 11315.

(24) Cfr. *ex pluribus* Cass., Sez. un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, I, 1860, con nota adesiva di BARONE; Cass., Sez. un., 29 novembre 1986, n. 7087, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 2011; Cass., 7 febbraio 1987, n. 1303, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 360; Cass., 9 giugno 1987, n. 5037, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 1442; Cass., 25 gennaio 1995, n. 874, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 166; Cass., 4 ottobre 1994, n. 8075, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1188.

(25) Cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 19 ss.; LA CHINA, in *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*², Milano, 2004, 11 ss.; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*², Padova, 2000, 848 ss.; PUNZI, *Disegno Sistemico*, cit., II, 77 ss.; RESCIGNO, *Arbitrato ed autonomia contrattuale*, in questa *Rivista*, 1991, 13 ss.; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Scritti in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997, I, 665 ss., 680; CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 403 ss.

(26) Si noti che per la maggior parte dei sostenitori della concezione unitaria del fenomeno arbitrale, non vi sarebbe stato nessun ostacolo di ordine logico e sistematico all'applicazione diretta dell'art. 820 c.p.c. a tale ipotesi. Infatti, per questi Autori, la ritenuta rilevanza dell'arbitrato rituale esclusivamente sul piano negoziale avrebbe necessariamente com-

Anzi, se non ci si inganna, tale soluzione avrebbe dovuto costituire il necessario corollario della asserita natura negoziale dell'arbitrato rituale e, quindi, del riconoscimento che nel nostro ordinamento non può esserci spazio per un altro arbitrato che, pur avendo la medesima natura del primo, rimanga ciononostante sottratto alla disciplina del codice di rito.

In ogni caso, anche a non voler giungere a tale conclusione — che tuttavia sarebbe stata profondamente coerente con l'orientamento propugnato dalla Suprema Corte a partire dalla richiamata sentenza del 2000 ⁽²⁷⁾ — sarebbe stato quantomeno logico e consequenziale riconoscere l'applicazione all'arbitrato irrituale dell'intera disciplina processuale, ad ecce-

portato il riconoscimento dell'esistenza di un unico arbitro, soggetto alle regole del codice di procedura civile, senza che fosse più possibile distinguere tra arbitrato rituale ed irrituale. Cfr., in tal senso, specialmente PUNZI, in SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, 882; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*², cit. 7 ss., sia pure in forma dubitativa; MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 1994, 1050 ss., nonché, più recentemente, ID., *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano*, cit., 767 ss.; ID., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro — ovvero — esiste ancora l'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2001, 43 ss., spec. 48; RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., il quale, nel sistema antecedente alla recentissima riforma, sottolineava come una simile deroga (ad una disciplina prevista come inderogabile dal codice di rito) non sarebbe stata ammissibile ad opera della volontà delle parti, bensì, semmai, solo per volontà del legislatore il quale, ove ha voluto che ciò avvenisse, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi della disciplina « speciale » dell'arbitrato (qualificato come « irrituale ») nelle controversie di lavoro. *Contra*, sulla specifica questione, MONTESANO, *Aspetti problematici nella giurisprudenza della Cassazione sugli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1995, 8-9.

A tale orientamento si sono sempre contrapposti coloro che rivendicano l'esistenza dell'arbitrato libero accanto a quello rituale, sostenendo come l'arbitrato rituale rimanga pur sempre un fenomeno giurisdizionale e come l'efficacia del relativo lodo sia equiparabile, anche a prescindere dall'*exequatur*, non a quella di un negozio, bensì a quella di una sentenza di primo grado di accertamento o costitutiva, rispetto alla quale, il decreto di omologa funge da strumento per acquisire efficacia di titolo esecutivo o di titolo idoneo alla trascrizione o alla iscrizione dell'ipoteca giudiziale. In tal senso, fra gli altri, già dopo la riforma del 1994, CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della convenzione Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 469 ss., spec. 473 nota 54; e più di recente, dopo la sentenza 527/00, ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*⁴, II, Padova, 2003, 157 ss.; E.F. RICCI, *L'« efficacia vincolante » del lodo rituale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1994, 809 ss., spec. 817, e più recentemente, dopo la sentenza 527/00, ID., *La « natura » dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, cit. 261; TARZIA, in TARZIA-LUZZATTO-RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Padova, 1995, 170 ss.; ID., *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631 ss., 688 ss.; VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in questa *Rivista*, 1997, 469 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 131 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*¹³, Milano, 2000, 463.

⁽²⁷⁾ Cfr. CONSOLO, nella premessa critica *Le Sezioni unite*, cit., 55, il quale acutamente osservava come aderendo alla tesi propugnata dalla Cassazione, si finiva inevitabilmente con il dovere ammettere la scomparsa dell'arbitrato irrituale, poiché avrebbe finito per insistere sulla stessa area concettuale di quello rituale.

zione, semmai, di quella parte di essa che si riferisce all'esecuzione del lodo⁽²⁸⁾.

Tuttavia la posizione costantemente ribadita dalla giurisprudenza, della quale la pronuncia in epigrafe costituisce un chiaro esempio, ha dimostrato in modo inequivoco la difficoltà di superare, sul piano concreto, il tradizionale schematismo, il quale, lungi dall'essere definitivamente abbandonato, ha continuato ancora a segnare, anche se soltanto in modo più sfumato, la differenza tra arbitrato rituale ed irrituale⁽²⁹⁾.

4. Si è visto come la asserita impossibilità di fare ricorso alla norma processuale di cui all'art. 820 c.p.c., relativamente al termine legale ivi previsto, abbia indotto la giurisprudenza ad individuare nel ricorso *ex art. 1183 c.c.* l'unico modo per scongiurare il pericolo che la procedura arbitrale rimanga pendente *sine die*, in assenza di indicazione del termine per l'emanazione del lodo.

Da tale soluzione, tuttavia, ci permettiamo di dissentire pur riconoscendo che, nel caso di specie, il Tribunale probabilmente non aveva alcun

⁽²⁸⁾ In tal senso FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla « natura » dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2000, 704 ss., spec. 709, secondo il quale, dalla ritenuta collocazione dell'arbitrato rituale nella sfera privatistica sarebbe dovuta derivare, quale necessaria conseguenza, « la possibilità di applicare all'arbitrato irrituale le norme del processo arbitrale appartenenti all'area del diritto privato, ancorché inserite nel codice di procedura civile: artt. 806 ss. ». Tale Autore ha ritenuto, tuttavia, che la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale conservasse la sua validità nonostante l'*arrêt* della Cassazione del 2000, potendosi comunque rintracciare un *discrimen* tra le due figure nel fatto che al lodo irrituale sarebbe mancata quella « prospettiva di potenziamento del suo risultato, da parte dello Stato-giudice, mediante omologazione del lodo ».

⁽²⁹⁾ Emblematica, in tal senso, è Cass., 17 gennaio 2001, n. 562, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 97, nella quale la Cassazione ritornando nel solco dell'orientamento consolidato anteriormente alla sentenza n. 527/2000, ha affermato che ricorre la sussistenza dell'arbitrato rituale « quando sia stata demandata agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, integrandosi, per converso, l'ipotesi dell'arbitrato libero, quando il collegio arbitrale sia stato investito della soluzione di una determinata controversia in via negoziale, mediante un negozio di accertamento, ovvero, strumenti conciliativi o transattivi ».

Per le numerose perplessità che tale atteggiamento ha suscitato e per un'analisi approfondita delle ricadute applicative che la ricostruzione « negozialista » dell'arbitrato rituale avrebbe dovuto comportare, se accolta nella sua interezza, cfr. in dottrina, CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi e alquanto instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Giust. civ.*, 2, 2005, II, 69 ss.; CONSOLO-MARINELLI, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia. L'exequatur ex art. 825 c.p.c. come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.*, 2003, 630 ss.; nonché per le conseguenze sul piano comparatistico e di circolazione del lodo: *Id.*, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia: profili comparatistici e di circolazioni dei lodi (II)*, in *Corr. giur.*, 2003, 827 ss., nonché E.F. RICCI, *La « natura » dell'arbitrato rituale*, cit., 263 ss., e più recentemente, *Id.*, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 557 ss.

marginare per risolvere diversamente la questione sottoposta alla sua cognizione⁽³⁰⁾.

Occorre rilevare, infatti, che — anche prescindendo dall'applicazione dell'art. 820 c.p.c. che, di certo, nel vigore della normativa previgente sarebbe stata la soluzione preferibile — ci sembra che la questione oggetto dell'annotata sentenza potesse comunque trovare uno sbocco in una soluzione diversa e più confacente all'interesse delle parti.

Si intende, con ciò, fare riferimento alla tesi avanzata da una autorevole dottrina, secondo la quale l'inutile decorso di un lasso di tempo eccedente il normale limite di tolleranza legittimerebbe ciascuna parte a revocare il mandato arbitrale per giusta causa, ai sensi dell'art. 1726 c.c., comunicando all'altra parte e agli arbitri la propria decisione⁽³¹⁾. Secondo tale tesi, infatti, la sussistenza di una giusta causa consentirebbe eccezionalmente a ciascuna parte compromittente di revocare unilateralmente il mandato, (altrimenti revocabile solo con il consenso di tutti i mandanti, in quanto mandato collettivo), e quindi di sciogliersi dal vincolo arbitrale senza dover attendere ulteriore tempo rispetto a quello già trascorso, a seguito di richiesta di fissazione del termine *ex art.* 1183 c.c.⁽³²⁾.

Orbene, nell'ipotesi — peraltro altamente probabile nell'arbitrato irrituale⁽³³⁾ — in cui la scelta degli arbitri sia avvenuta *intuitu personae*, nel

⁽³⁰⁾ Cfr. quanto si dirà più diffusamente *sub nota* 33.

⁽³¹⁾ Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 469. In senso sostanzialmente analogo, LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in questa *Rivista*, 1998, 211 ss., spec. 222, la quale rileva come l'art. 820 c.p.c. potesse servire da riferimento per « l'individuazione della ragionevolezza del *tempus decidendi* » essendo gli arbitri tenuti ad emettere una decisione entro un lasso di tempo ragionevole, per evitare il verificarsi di una giusta causa di revoca del mandato ai sensi dell'art. 1726 c.c. In tal senso Cass., 22 gennaio 1963, n. 1321, in *Giust. civ. Mass.*, 1963, 629; Cass., 16 gennaio 1976, n. 145, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, 71; Cass., 27 novembre 1993, n. 9727, in *Foro it.*, 1993, I, 3254. *Contra*, la giurisprudenza citata *sub nota* 8.

⁽³²⁾ Secondo la dottrina prevalente, la revoca unilaterale per giusta causa del mandato collettivo (da considerarsi — malgrado la lettera dell'art. 1726 c.c. — un recesso, in quanto incide, estinguendolo, sul rapporto obbligatorio lasciando, tuttavia, in vita il negozio dal quale esso è scaturito), avrebbe efficacia estintiva per tutti i mandanti e non solo per la parte che la effettua. Cfr. MINERVINI, *Il Mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato Vassalli*, VIII, Torino, 1957, 198 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 499 ss. In tal senso si esprime la giurisprudenza unanime rilevando come nel mandato collettivo lo scioglimento del vincolo negoziale nei confronti di un solo soggetto revocante, altererebbe l'unitario assetto di interessi di tutti i mandanti (cfr. *ex pluribus* Cass., 27 settembre 1993, n. 9727, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1432; Cass., 13 aprile 1999, n. 3609, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 829).

⁽³³⁾ A tal proposito può rilevarsi come la giurisprudenza abbia negato la possibilità di applicare analogicamente all'arbitrato libero l'art. 811 c.p.c., sulla sostituzione degli arbitri, sulla base della motivazione che esso, a differenza di quello rituale, si caratterizzerebbe per la prevalenza dell'*intuitus personae* nella scelta degli arbitri. Cfr., da ultimo, Cass., 17 giugno 1999, n. 6081, in questa *Rivista*, 2000, 75, con nota di CECHELLA, *Ancora sulla ces-*

senso, cioè, che la considerazione delle parti verso i soggetti designati è stata determinante nella decisione di abdicare alla giurisdizione statale in favore della procedura arbitrale, l'accoglimento di tale proposta interpretativa consentirebbe, alla parte che effettua la revoca, non soltanto di agire in giudizio per far dichiarare la risoluzione della clausola compromissoria per impossibilità sopravvenuta (sul presupposto dell'avvenuta estinzione del mandato arbitrale), ma anche di proporre direttamente domanda di merito nei confronti dell'altra parte compromittente, in via condizionale-consequenziale alla domanda di risoluzione. Ciò significa, quindi, che il giudice, per poter esaminare nel merito la controversia, dovrebbe previamente dichiarare la risoluzione della clausola compromissoria, sulla base dell'accertamento della legittimità dell'esercizio del potere di revoca. E poiché tale accertamento ha ad oggetto una questione (l'estinzione del mandato arbitrale) che può considerarsi senz'altro « pregiudiziale » ai sensi dell'art. 34 c.p.c., in quanto non soltanto costituisce un passaggio obbligato dell'*iter* logico-giuridico che conduce alla decisione della domanda principale, ma concerne, altresì, un rapporto giuridico distinto da quello dedotto con tale domanda, deve ritenersi che esso — in assenza di una specifica domanda di parte — possa essere effettuato *incidenter tantum*, ossia senza efficacia di giudicato e quindi anche senza la necessaria presenza degli arbitri in giudizio⁽³⁴⁾.

Dalle superiori considerazioni emerge come la tesi qui considerata consenta alla parte che effettua la revoca di conseguire il massimo risultato utile esclusivamente nell'ipotesi in cui la nomina degli arbitri si connota per il particolare significato sopra evidenziato⁽³⁵⁾. Solo in tal caso, infatti,

sazione degli effetti del patto compromissorio, quando per dimissioni di un arbitro il collegio costituito non può pronunciare: una tacita abrogazione dell'art. 811 c.p.c.?

⁽³⁴⁾ Si deve, infatti, notare come nell'ipotesi — analoga a quella qui considerata — in cui il rapporto pregiudiziale sia intercorso fra le parti ed un terzo (che, invece, è rimasto estraneo al rapporto dedotto con la domanda principale) la giurisprudenza prevalente sostiene che — riguardo al rapporto con il terzo — sia configurabile sia la cognizione *incidenter tantum*, sia la domanda di accertamento incidentale e che solo in tale ultimo caso sia necessaria la chiamata in giudizio del terzo, considerato che questi non potrebbe subire alcun pregiudizio da una decisione inidonea a costituire giudicato nei suoi confronti. Cfr., *ex multis*, Cass., 28 aprile 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2365; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 90; Cass., 7 gennaio 1981, n. 79, in *Foro it.*, 1981, I, 1058.

⁽³⁵⁾ È il caso di precisare come nella fattispecie oggetto dell'annotata sentenza, quand'anche la nomina degli arbitri fosse avvenuta, per ipotesi, *intuitu personae*, la soluzione processuale da noi prospettata non avrebbe comunque potuto trovare applicazione. Infatti, benché all'eccezione di decadenza formulata dall'istante nei confronti degli arbitri, ai sensi dell'art. 821 c.p.c., per decorrenza del termine di cui all'art. 820 c.p.c., potesse attribuirsi — con qualche sforzo interpretativo — il significato sostanziale di una revoca del mandato per giusta causa, la circostanza che l'istante si sia limitata a proporre domanda di condanna all'adempimento nei confronti dell'altra parte compromittente, esclude in radice tale possibilità.

l'accertata infungibilità del collegio arbitrale revocato non consentirebbe di considerare ancora valida l'opzione delle parti di sottoporre la specifica controversia alla cognizione degli arbitri. In caso contrario, invece, essa servirebbe unicamente a garantire, alla parte interessata, l'estinzione del mandato arbitrale per effetto del semplice esercizio del potere di revoca, con conseguente possibilità di procedere, insieme con l'altra parte, alla nomina di un nuovo collegio arbitrale. Risultato, questo, che comunque potrebbe rivelarsi confacente all'interesse della parte che effettua la revoca, specie ove si consideri che spesso l'inerzia degli arbitri è indice di un atteggiamento ostruzionistico ai danni di una delle parti compromittenti, la quale, pertanto, potrebbe avere interesse alla sostituzione dell'intero collegio piuttosto che attendere ulteriormente la decisione, a seguito di determinazione giudiziale del termine *ex art. 1183 c.c.*

Ciò detto, è bene chiarire come la soluzione interpretativa appena prospettata, benché si ponga in chiara antitesi con l'indirizzo della giurisprudenza dominante, non può, tuttavia, considerarsi contraddetta dall'affermazione secondo la quale, in mancanza di un termine per la decisione, il decorso di un congruo lasso di tempo non costituisce circostanza idonea a determinare il venir meno del procedimento arbitrale e quindi a legittimare il ricorso delle parti al giudice ordinario⁽³⁶⁾. Invero, l'improponibilità della domanda giudiziale viene giustificata, in tal caso, sulla base della circostanza che il « mero » decorso di un lasso di tempo, ancorché ragionevole, non sia di per sé idoneo ad inficiare l'efficacia del vincolo arbitrale⁽³⁷⁾. Nell'ipotesi da noi considerata, invece, il recupero del diritto di azione conseguirebbe non al decorso del termine in sé e per sé, ma alla circostanza che esso, consentendo alle parti di revocare unilateralmente il mandato, renderebbe possibile la risoluzione della stessa clausola compromissoria, tutte le volte in cui la prestazione degli arbitri debba considerarsi infungibile nel senso sopra chiarito.

Né, a sostegno della tesi della giurisprudenza, varrebbe a nostro avviso obiettare che l'inutile decorso di un lasso di tempo ragionevole non possa essere considerato una giusta causa di revoca, ai sensi dell'art. 1726 c.c. Se è vero, infatti, come ha chiarito la Suprema Corte, che la giusta causa va ravvisata innanzitutto nelle circostanze obiettive, le quali dimostrino che la prosecuzione del rapporto sarebbe pregiudizievole per il mandante e, in secondo luogo, nel comportamento soggettivo del mandatario che riveli un difetto di diligenza, in violazione dell'art. 1710 c.c.⁽³⁸⁾, non si vede come si possa negare la presenza di tali circostanze qualora gli ar-

(36) Sul punto si veda la giurisprudenza richiamata *sub nota* 15.

(37) Cfr., in particolare, Cass., 6 novembre 1988, n. 6203, cit.

(38) Cfr. Cass., 27 settembre 1993, n. 9727, cit.

bitri, senza giustificato motivo, ritardino nell'adempimento dell'obbligo di pronunciare il lodo, oltre i limiti della normale tollerabilità.

Infine, resta da sottolineare come l'orientamento della giurisprudenza che ha sempre considerato imprescindibile la richiesta di fissazione del termine *ex art. 1183 c.c.*, qualora le parti non abbiano a ciò provveduto, non trovi corrispondenza con quanto da essa stessa affermato in tema di adempimento delle obbligazioni. Si sostiene, infatti, come non sia addirittura necessario ricorrere al giudice quando l'obbligato, sebbene non costituito in mora, ritardi l'adempimento oltre i limiti della normale tollerabilità e come la richiesta al giudice *ex art. 1183 c.c.* possa considerarsi implicita nella domanda di condanna all'adempimento, non essendo richiesta l'adozione di formule sacramentali ⁽³⁹⁾. Di conseguenza si ritiene, che il giudice possa — con accertamento insindacabile nel merito — considerare congruo il lasso di tempo decorso dalla conclusione del contratto e quindi decidere di non concedere al debitore ulteriore tempo per l'adempimento ⁽⁴⁰⁾.

Sulla scorta di tale orientamento liberale si potrebbe, allora, ipotizzare che la richiesta di fissazione del termine possa ritenersi implicita nella domanda di risoluzione per inadempimento del mandato arbitrale conferito *intuitu personae* (nel senso qui adoperato) qualora la parte interessata a sottrarsi alla soggezione del vincolo arbitrale proponga domanda di merito, in via condizionale-consequenziale alla predetta domanda di risoluzione. In tal caso, in analogia a quanto si afferma in tema di adempimento delle obbligazioni, il giudice adito con la domanda di risoluzione potrebbe ritenere, in concreto, superato ogni limite di normale tolleranza e quindi dichiarare la risoluzione del contratto di mandato, piuttosto che fissare agli arbitri un termine per la pronuncia del lodo. E poiché, in questa ipotesi, la validità del vincolo compromissorio è condizionata alla permanenza in carica degli arbitri nominati, dalla risoluzione del mandato arbitrale non potrebbe che conseguire la cessazione di efficacia della clausola compromissoria e quindi la riattribuzione al giudice ordinario del potere di decidere la controversia.

Occorre tuttavia chiarire che tale soluzione, a differenza di quella prospettata in precedenza, presuppone la necessaria presenza degli arbitri in giudizio, visto che la domanda di fissazione del termine è pur sempre proposta nei loro confronti, anche se in modo implicito. Ma quel che ci sembra più importante sottolineare è che essa, diversamente dall'altra, non rie-

⁽³⁹⁾ Cfr. *ex multis*, Cass., 28 novembre 1992, n. 12744, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 268; Cass., 23 luglio 1991, n. 8199, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 129; Cass., 10 dicembre 2001, n. 15587, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 751 con nota di BOLONDI.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., da ultimo, Cass., 27 gennaio 2003, n. 1149, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 183. In tal modo, in sostanza, si eviterebbe che il soggetto obbligato possa, anche dopo il decorso di un congruo periodo di tempo, trincerarsi dietro la mancanza di fissazione del termine per giustificare il proprio inadempimento. Cfr. sul punto, BIANCA, *L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 231 ss. e la dottrina ivi citata alla nota 86.

sce a sfuggire all'inconveniente costituito dalla possibilità che la decisione arbitrale sopraggiunga dopo la proposizione della domanda giudiziale di risoluzione.

Infatti, solo la revoca dal mandato priverebbe gli arbitri del potere di decidere utilmente, sicché un'eventuale pronuncia tardiva sarebbe emessa in carenza di potere e quindi dovrebbe considerarsi invalida.

5. Al di là di quanto sopra evidenziato, ci sembra che — nel vigore della previgente disciplina — considerazioni di ordine più generale consigliassero di risolvere la questione che ci occupa in modo differente da quello indicato dalla giurisprudenza.

In primo luogo, non si può fare a meno di osservare come la soluzione adottata dal Tribunale, pur essendo coerente con la suesposta ricostruzione del rapporto parti-arbitri in termini rigorosamente privatistici, si riveli intrinsecamente contraddittoria sul piano applicativo.

Come ha messo in luce un'attenta dottrina, infatti, non si riesce a comprendere come il termine possa essere fissato dal giudice nell'inerzia delle parti, successivamente all'insorgere della procedura arbitrale⁽⁴¹⁾, se è vero che — secondo quanto ha sempre sostenuto la giurisprudenza — esso deve essere considerato non solo essenziale, ma addirittura conformativo del potere degli arbitri di emettere la decisione. In secondo luogo, ci sembra che vada confutato lo stesso fondamento razionale che è alla base dell'orientamento che, fino ad oggi, ha negato in modo reciso la possibilità di applicare all'arbitrato irrituale l'art. 820 c.p.c. A nostro sommosso avviso, infatti, nel sistema antecedente all'ultima riforma, non sussistevano ragioni plausibili che giustificassero, per tale aspetto, una diversità di disciplina tra i due arbitrati, tale per cui, nell'arbitrato irrituale, l'omessa previsione del termine per la decisione risultava in grado di incidere sugli effetti scaturenti dal rapporto parti-arbitri, prolungandoli per un periodo di tempo potenzialmente illimitato fino a che tale termine non venisse fissato — in mancanza di accordo tra le parti — dal giudice.

Orbene, il presupposto di tale orientamento, che in sostanza — come si diceva in apertura — non è altro che il riflesso pratico del tradizionale e mai tramontato schematismo giurisdizione-negozio, è stato generalmente individuato nella diversità di *ratio* e di funzione che il termine ha sempre

⁽⁴¹⁾ Cfr. in tal senso, BARONE, in *Foro it.*, 1996, I, 620, il quale afferma come, a voler essere pienamente coerenti con la impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza, si dovrebbe giungere alla conclusione che la mancata fissazione pattizia del termine dovrebbe impedire la stessa instaurazione del procedimento arbitrale, precludendone sia lo svolgimento che la definizione. Per tali motivi, più coerente con essa ci sembra la tesi di quella dottrina secondo la quale il termine andrebbe fissato prima che gli arbitri assumano l'incarico, in quanto presupposto essenziale della loro accettazione: cfr. PUNZI, voce *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*, cit., 42-43.

assunto nei due tipi di arbitrato, diversità che non avrebbe consentito un'applicazione analogica dell'art. 820 c.p.c. all'arbitrato irrituale⁽⁴²⁾.

Sebbene esso abbia rappresentato il tentativo apprezzabile della giurisprudenza e della dottrina di individuare una soluzione quanto più possibile coerente con la ricostruzione dell'arbitrato irrituale in termini esclusivamente sostanziali, lo stesso non poteva — a nostro avviso — condividersi per le seguenti motivazioni.

Innanzitutto, deve osservarsi come le argomentazioni addotte in favore del suddetto orientamento risultassero notevolmente sminuite dalla constatazione — messa in luce da alcuni orientamenti dottrinali, senz'altro da condividere — secondo la quale anche nell'arbitrato libero poteva riscontrarsi la presenza di un processo in cui gli arbitri, non diversamente da quanto si riteneva che accadesse in quello rituale, erano chiamati a risolvere una controversia mediante la formulazione di un giudizio⁽⁴³⁾. È evidente, quindi, che se la differenza tra i due arbitrati non poteva essere rintracciata nel fatto che uno fosse processo mentre l'altro non lo fosse, veniva necessariamente meno l'ostacolo principale, se non l'unico, all'estensione analogica della normativa processuale all'arbitrato irrituale, e quindi, a maggior ragione, di quella contenuta nell'art. 820 c.p.c., relativamente alla parte in cui si faceva riferimento al termine legale suppletivo di centottanta giorni.

Inoltre, occorre notare come non poche perplessità abbia suscitato l'atteggiamento di assoluto rigore con il quale la giurisprudenza ha, fino ad oggi, negato l'estensione dell'art. 820 c.p.c. all'arbitrato irrituale, qualora lo si ponga a confronto con altri orientamenti, specie di legittimità che, al contrario, si sono espressi in senso favorevole ad una estensione della normativa processuale all'arbitrato libero⁽⁴⁴⁾.

(42) Cfr., in tal senso, soprattutto Cass., 27 settembre 1997, n. 9509, cit. In dottrina, CECHELLA, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale tra diritto sostanziale e processuale*, cit., 122, il quale, con riferimento alla previgente normativa, sottolineava come a differenza dell'arbitrato rituale, nel quale tale disciplina « trova una giustificazione nella necessità che un'attività compiuta da un privato e destinata ad assumere nel suo atto conclusivo gli effetti di una sentenza, non possa essere sospesa indefinitamente nel tempo », quello irrituale, che « nasce e ha termine nell'autonomia privata non tollera tale regime » occorrendo invece fare ricorso alla normativa sostanziale prevista per tale tipo di contratto; GUADALUPI, *Lodo irrituale e decorrenza del termine per la sua emanazione*, cit., 121.

(43) Cfr. FAZZALARI, *Processo di arbitrato libero*, in questa *Rivista*, 1993, 51 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 77; ID., *Arbitrato I) Arbitrato rituale e irrituale*², in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, 4; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in questa *Rivista*, 2002, 750 ss.; CRISCUOLO, *Arbitrato ed arbitrato libero: tra funzione giustiziale ed autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2003, 118 ss. *Contra*, CONSOLO, *La natura del lodo irrituale e il luogo di formazione del negozio*, in questa *Rivista*, 1997, 373 ss., spec. 374-375; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 103 ss.

(44) Per una disamina approfondita dell'oscillante panorama giurisprudenziale, cfr.,

In tali ipotesi infatti — diversamente da quanto è avvenuto con riferimento alla questione che ci occupa — si è abdicato agevolmente all'esigenza di ricostruire il procedimento per arbitrato irrituale in termini esclusivamente sostanziali, senza che fosse possibile rinvenire una valida ragione a giustificazione di tale disparità di orientamenti.

Basti pensare — tanto per fare un esempio che maggiormente riflette tale tendenza alla « processualizzazione » dell'arbitrato libero — all'evoluzione giurisprudenziale in tema di nomina giudiziale dell'arbitro, quando sia mancata la designazione di parte.

Com'è noto, in tal caso la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 810, comma 2⁽⁴⁵⁾, sulla base del fondamentale rilievo secondo il quale la nomina dell'arbitro riguardasse la fase di attuazione del patto compromissorio e non quella di formazione del lodo arbitrale, precisando, inoltre, come la possibilità di consentire anche per l'arbitrato irrituale il ricorso al giudice secondo il meccanismo previsto da tale articolo, fosse l'unico modo per « conservare » le ragioni del contratto, nonostante l'inadempimento di una parte.

Tali giustificazioni, secondo la Corte, non vi sarebbero state, invece, qualora si fosse trattato di estendere analogicamente l'art. 820 c.p.c. all'ar-

fra gli altri, CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 906 ss.; REGINE, in *L'arbitrato irrituale nella più recente giurisprudenza*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di E. QUADRI; TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, cit., 748 ss.

(45) L'applicazione di tale norma all'arbitrato libero è stata per la prima volta riconosciuta, in contrapposizione all'indirizzo fino a quel momento dominante, da Cass., Sez. un., 3 luglio 1989, n. 3189, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 220 ss. con nota di MIRABELLI, *L'arbitrato irrituale deve ancora essere favorito?*; in *Corr. giur.*, 1989, 1179 ss., con nota di CARBONE, *È applicabile all'arbitrato irrituale la disciplina dell'art. 810 comma 2 c.p.c.?*; in questa *Rivista*, 1991, I, 61 ss. con nota critica di FAZZALARI, *Supplementa giudiziale nella nomina e nella sostituzione dell'arbitro libero*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 178, con nota di CICCOTTI, *Esigenza di effettiva tutela dei diritti ed estensione dello strumento analogico: note minime a margine di una importante sentenza delle Sezioni unite in materia di arbitrato*. In dottrina, CECHELLA, *Il rimedio dell'art. 810 c.p.c. all'inadempimento della parte nella formulazione dei quesiti e nella nomina dell'arbitro irrituale*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1635 ss., 1641. Sulla scia di tale indirizzo si è giunti a riconoscere l'applicazione dell'art. 811 c.p.c. anche per la sostituzione degli arbitri liberi: cfr. Cass., 19 aprile 2001, n. 5777, in questa *Rivista*, 1997, 683, con nota di PICOZZA. In dottrina, cfr. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 389 ss., spec. 393; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 127; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, 807; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, cit., sub art. 811, 257. Nel sistema antecedente al D.Lgs. n. 40/2006, sulla possibilità di applicare all'arbitrato libero l'art. 815 c.p.c., cfr. Trib. Venezia, 29 novembre 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 44, con nota di TOMMASEO, *In tema di ricasazione dell'arbitro libero: un ulteriore passo verso una disciplina comune dei processi arbitrati?*; App. Venezia, 8 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 42, con nota di VULLO, *Brevi note in tema di ricasazione degli arbitri liberi e di condanna alle spese. Contra*, Cass., 29 maggio 2000, n. 7045, in *Giur. it.*, 2001, 717.

bitrato irrituale, poiché in tal caso — si è detto — non vi sarebbe stata l'esigenza di « colmare un vuoto altrimenti incolmabile » (46).

Alle suesposte argomentazioni sarebbe stato facile obiettare, in primo luogo, che se una discriminazione tra fasi del procedimento arbitrale doveva farsi al fine di escludere, per alcune di esse, la possibilità dell'applicazione analogica all'arbitrato libero delle relative norme — a nostro sommo avviso — essa avrebbe dovuto riguardare esclusivamente la fase del procedimento concernente effetti dell'arbitrato inscindibilmente connessi con la natura rituale di esso e non certo quelle fasi, tra le quali andava sicuramente ricompresa quella riguardante la formazione del lodo nel suo complesso, per le quali non era riscontrabile tale peculiarità di effetti (47).

In secondo luogo, va osservato che — se è vero che la *ratio* che avrebbe dovuto condurre all'applicazione analogica delle norme processuali all'arbitrato irrituale andava individuata nella necessità di dare attuazione alla volontà compromissoria e quindi, in ultima istanza, nell'esigenza di consentire il buon funzionamento del procedimento arbitrale — non si riesce davvero a comprendere perché la stessa esigenza non potesse rintracciarsi nel caso in cui le parti non avessero provveduto a fissare (né prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, né dopo) un termine per la decisione.

Anche in tal caso, infatti, si sarebbe trattato di fare applicazione di una norma procedimentale al fine di superare un *empasse* della procedura arbitrale, non molto diversamente — ci sembra — da ciò che accadeva nell'ipotesi contemplata dal previgente art. 810, comma 2, c.p.c. (48).

(46) Cass., 27 settembre 1997, n. 9509, cit., la quale si segnala per il fatto che in essa, diversamente dalle altre pronunce in cui l'applicabilità dell'art. 820 c.p.c. viene esclusa in modo pressoché apodittico, si rinviene una motivazione che giustifica tale esclusione.

(47) Cfr., con riferimento alla disciplina previgente, REGINE, *L'arbitrato irrituale nella più recente giurisprudenza*, cit., 118, il quale sottolineava come l'applicazione analogica delle norme dell'arbitrato rituale a quello irrituale avrebbe dovuto essere consentita per tutte quelle norme ispirate all'esigenza di agevolare la funzione di risoluzione di una controversia, propria sia dell'uno che dell'altro e, quindi, non necessariamente connessa con effetti peculiari dell'arbitrato rituale. In senso sostanzialmente analogo, pur muovendo dalla premessa ricostruttiva secondo la quale l'arbitrato libero altro non era che un contratto atipico di cui l'arbitrato rituale rappresentava la variante tipizzata, BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria*, cit., 382, il quale sosteneva come per tutto il tratto di fattispecie (e dei relativi effetti) comune ai due contratti, le norme che regolavano quello tipico, fossero portatrici di una *ratio* che ne avrebbe suggerito l'applicazione anche al contratto atipico. Da ciò, infatti, l'Autore deduceva, quale coerente corollario, l'applicabilità all'arbitrato irrituale degli artt. da 809 a 821 c.p.c.

(48) Si è visto, infatti, come l'inerzia delle parti nel fissare il termine o nell'adire il giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c. rappresenti un ostacolo per l'accesso alla tutela giurisdizionale, alla stregua dell'ipotesi in cui la mancata nomina dell'arbitro per inattività della parte « rischia di far incamminare verso una palude senza via d'uscita, visto che l'azione da-

Con questo non si vuole certo affermare una insostenibile identità di tale ipotesi rispetto alla fattispecie qui esaminata ⁽⁴⁹⁾, bensì soltanto dimostrare che, anche in tal caso, l'esigenza di evitare fasi di stallo nel procedimento per arbitrato irrituale avrebbe dovuto suggerire il ricorso a tale articolo, relativamente al termine legale ivi indicato, piuttosto che all'art. 1183 c.c.. Tale norma, infatti, in quanto ispirata all'esigenza di agevolare lo svolgimento del procedimento arbitrale, ne avrebbe certamente garantito una definizione più rapida.

ADRIANA NERI

vanti al giudice ordinario verrebbe comunque bloccata per difetto di potere o, come dice la giurisprudenza, per l'improponibilità della domanda » Così CARPI, in *Il procedimento arbitrale*, cit., 392.

⁽⁴⁹⁾ È fin troppo evidente che, mentre attraverso l'applicazione analogica dell'art. 810, comma 2, c.p.c. si offriva alla parte « adempiente » nei confronti dell'altra che non provvedeva a nominare l'arbitro di sua designazione, uno strumento che favorisse la prosecuzione del procedimento arbitrale, l'applicazione dell'art. 820 c.p.c. al caso che ci occupa, avrebbe consentito di superare l'*empasse* conseguente all'inerzia di entrambe le parti, nel caso di omissione di determinazione del termine (per mera dimenticanza o per disaccordo), evitando di dover necessariamente ricorrere al giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c.