

Camera Arbitrale Immobiliare
di
Venezia

**L'arbitrato in materia societaria:
profili giuridico-pratici**

Venezia, 20 settembre 2001

**ARBITRATO RITUALE E IRRITUALE
ARBITRATO SECONDO EQUITA' E
SECONDO DIRITTO**

Giuseppe Rebecca
Dottore Commercialista in Vicenza
già Presidente Commissione "Arbitrato" promossa dal Consiglio Na-
zionale dei Dottori Commercialisti

Ho molto volentieri aderito all'invito a partecipare a questo Convegno sull'arbitrato. E' da tempo che mi occupo di arbitrato, e posso confermare che si tratta di una materia che, se conosciuta, diventa anche stimolante e interessante. Ma lo è ancor più ove si pensi alle opportunità, pratiche, che l'istituto dell'arbitrato offre a tutti noi, professionisti, ed anche ai nostri clienti.

Mi fa piacere che questo convegno si tenga a Venezia, dove l'arbitrato già aveva trovato diffusione parecchi secoli fa. Ricordo la legge 22 luglio 1578 del Maggior Consiglio (la trovate in calce alla mia relazione); le decisioni arbitrali erano inappellabili, ma solo se gli arbitri giuravano di aver sentite le parti e visto i documenti. Si era infatti allora diffuso il vezzo di sostituire convenzioni con lodi arbitrali, sottoscritti evidentemente da arbitri compiacenti; così il contratto (lodo) sarebbe stato inappellabile.

Tratterò di questioni che riguardano molto da vicino la pratica arbitrale. La nostra categoria professionale (dottori commercialisti) da tempo si occupa dell'argomento, e ci siamo fatti anche parte attiva per una proposta allora forse un po' troppo innovativa: la Camera Arbitrale "CAIAC", Camera Arbitrale Italiana per l'Arbitrato e la Conciliazione. Si tratta di un progetto di camera arbitrale interprofessionale composta da tutte le categorie professionali che lo desiderassero e, come dai più auspicato, anche da Unioncamere. Mi auguro che la proposta venga presto ripresa in esame; l'avvio di una Camera Arbitrale Nazionale unica, con sedi periferiche in tutta Italia, potrebbe dare all'arbitrato quell'impulso che, ad oggi, forzatamente ancora gli manca.

Molte sono le Camere Arbitrali, ma le iniziative e gli sforzi sono frazionati; è quindi razionalmente difficile ipotizzare la prevalenza dell'Arbitrato amministrato rispetto all'arbitrato ad hoc; la diffusione dell'arbitrato amministrato non potrà che essere limitata alla stretta area di influenza locale. Spero comunque in uno sviluppo delle iniziative.

La mia relazione toccherà i seguenti temi:

ARBITRATO RITUALE ED ARBITRATO IRRITUALE
GIUDIZIO SECONDO DIRITTO E GIUDIZIO SECONDO EQUITA'

Arbitrato rituale

Arbitrato rituale è l'arbitrato previsto dal codice di procedura civile, e più precisamente dagli articoli 806-831 c.p.c. (gli articoli da 832 a 840 del c.p.c., gli ultimi del codice di procedura, si riferiscono all'arbitrato internazionale e ai lodi stranieri).

Non illustrerò l'arbitrato rituale, esulando dai fini di questa relazione, se non in contrapposizione con l'arbitrato irrituale. Piuttosto mi soffermerò più a lungo sull'arbitrato irrituale, visto che, ancor oggi, non ne sono a tutti chiare le caratteristiche, e anticipo fin d'ora che ne parlerò per sconsigliarlo, assolutamente. Semplificando, al di là di ogni rigore scientifico, credo di poter segnalare come l'arbitrato irri-

tuale offra di meno, molto di meno dell'arbitrato rituale (si pensi, tra l'altro, ad un eventuale giudizio, da proporre in I grado, anziché in Corte di Appello) e costi più o meno lo stesso. Per non parlare, poi, della solidarietà fiscale degli arbitri, come qualche Ufficio delle Entrate, peraltro isolato, ha ritenuto di riscontrare in ambito di arbitrato irrituale.

Esiste un solo tipo di arbitrato, in Italia, l'arbitrato rituale, quello regolamentato dal codice di procedura civile, nella sua parte finale .

L'arbitrato irrituale non è vero arbitrato, è una antica "invenzione" suggerita dalla pratica, anche se poi fatta propria dallo stesso legislatore, in certi sporadici casi, e motivata soprattutto da problematiche fiscali, peraltro da tempo, oramai, decantate.

La procedura

Dell'arbitrato rituale non è qui il caso di dire qui nulla di particolare.

Si tenga comunque conto che, nello svolgimento dell'arbitrato irrituale, come pure sicuramente anche nell'arbitrato rituale, non si è obbligati a "copiare" il procedimento giurisdizionale; l'arbitrato non è una copia, più o meno brutta, del processo, è un procedimento giurisdizionale diverso.

Sarà un procedimento soggetto alle norme, limitate, del codice di procedura civile per l'arbitrato e a quelle norme che le parti dovessero eventualmente richiamare nella predisposizione della clausola compromissoria o nel compromesso. Al di fuori di quanto indicato, l'arbitrato è libero da schemi e da strutture e spetta esclusivamente agli arbitri dettare le norme procedurali. Una sola avvertenza, importante: sempre dovrà essere rispettato il principio del contraddittorio (anche se la Cassazione, nel passato, ha fatto dei distinguo). Questa è la norma procedimentale da rispettare, sempre; quanto al resto, può andar bene quello che gli arbitri decideranno. Si segnala, recentemente, Cassazione n. 6288 del 16 maggio 2000 così massimata:

"Nel procedimento arbitrale l'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio riceve specificazione nel senso che gli arbitri devono consentire alle parti di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di presentare entro un termine prefissato memorie e repliche e di prendere visione in tempo utile delle istanze e delle richieste avversarie".

L'arbitrato irrituale

L'arbitrato per antonomasia è rituale, regolamentato dal codice di procedura civile. Altri istituti che ne richiamiamo il nome (arbitrato irrituale, arbitraggio, biancosegno) non hanno molto a che vedere con l'arbitrato vero e proprio; si tratta di invenzioni della pratica suggerite da motivazioni che in parte, come vedremo, non esistono più. Arbitrato rituale è giudizio, gli arbitri sono giudici e il lodo ha gli effetti di una sentenza di primo grado, tant'è che per eventuali eccezioni di nullità, revocazione e opposizione del terzo, si va necessariamente in Corte di Appello.

Arbitrato irrituale è invece attività negoziale, come ha più volte ribadito la stessa Cassazione (Cass. 13 dicembre 1974 n. 4253 e 7 agosto 1992 n. 9381), e l'efficacia è contrattuale.

Può essere interessante ricordare come il primo riconoscimento giurisdizionale all'arbitrato irrituale sia stato quello della Cassazione di Torino che, quasi 100 anni fa (27 dicembre 1904), ne ha riconosciuto la validità con efficacia esclusivamente negoziale; il contenuto della decisione affidata agli arbitri irrituali è infatti quello di una transazione.

Ma l'arbitrato irrituale è stato previsto anche da qualche sporadica norma; ricordo l'art. 5 legge 533 del 1973 (riforma processo del lavoro), l'art. 7 legge 604/1966 (licenziamento collettivo), l'art. 7 legge 300/1970 in materia di sanzioni disciplinari, il D.Lgs. 387 del 1998, l'art. 412 ter c.p.c. e l'art. 596 del codice della navigazione (chirografo di avaria).

L'arbitrato irrituale non è attività giurisdizionale, come già detto; con questo arbitramento, che a dire il vero dell'arbitrato ne usurpa il nome, le parti si obbligano a fare propria la determinazione prodotta dal giudizio arbitrale, esattamente come se si trattasse di un accordo tra le parti stesse. Con l'arbitrato irrituale le parti conferiscono agli arbitri un mandato per l'espletamento di una attività negoziale in sostituzione delle parti stesse, e non per l'esercizio di una attività giurisdizionale.

Qualora le parti non dovessero poi adempiere spontaneamente al lodo irrituale, ci si dovrà necessariamente rivolgere al giudice di primo grado, e cominciare praticamente da zero il corso della giustizia ordinaria.

Per ottenere coattivamente l'adempimento del lodo si dovrà proporre una azione di inadempimento contrattuale con un ordinario giudizio di cognizione.

Con il lodo di un arbitrato rituale, come già riferito, si va subito in Corte di Appello; si potrà impugnare solo per nullità, per revocazione o per opposizione di terzi, ma ciò non costituisce sicuramente un problema, come la pratica ha diffusamente dimostrato. Tenuto conto dei lunghi tempi della giustizia, ci si avvantaggia di parecchi anni (mediamente più di tre anni).

Ma perché abbiamo l'arbitrato irrituale? E' presto detto: fino al 1983 l'arbitrato rituale era di fatto quasi inapplicato. Infatti, ove il lodo di arbitrato rituale, ben si intende, non fosse stato depositato entro 5 giorni dalla redazione, sarebbe risultato inefficace. "Tamquam non esset", tanto lavoro per nulla, e deposito significava, come peraltro significa ancor oggi, registrazione. La parte che aveva interesse a depositare il lodo doveva decidere nel brevissimo termine di 5 giorni; depositare il lodo significava, conseguentemente, assoggettarsi all'obbligo del versamento dei tributi dovuti (per lo più imposta di registro, ma non solo). Molte volte è accaduto che, pur avendo un lodo favorevole, tenuto magari anche conto dello stato di incertezza finanziaria della controparte, il lodo non è stato depositato nei cinque giorni, perdendo così efficacia, e avendo così del tutto sprecato tutto l'iter arbitrale.

Con la miniriforma del 1983 il problema è stato in gran parte risolto; il termine dei 5 giorni è stato portato a un anno, ma soprattutto al lodo è stata riconosciuta efficacia vincolante, per le parti, con decorrenza dall'ultima sottoscrizione da parte degli arbitri, e ciò indipendentemente dal deposito del lodo, ora possibile, comunque, entro un anno.

Restava pur sempre aperta la problematica della qualificazione di un lodo non depositato, e le interpretazioni dottrinarie sono state le più diverse.

Con la riforma del 1994 è stato definitivamente abbandonato il termine dell'anno per il deposito, ed ora il deposito del lodo può essere effettuato anche successivamente all'anno; le eventuali eccezioni di nullità, revocazione e opposizione del terzo, da farsi queste sì sempre nel termine massimo di un anno, non richiedono necessariamente il preventivo deposito del lodo. L'arbitrato rituale è stato così affrancato da questo obbligo, ma pare che gli utilizzatori, forse perché più attratti dalla prassi, dagli schemi contrattuali, dai contratti tipo che appunto contengono, molto frequentemente, la previsione dell'arbitrato irrituale, non se ne siano ancora del tutto accorti. Non c'è infatti spiegazione alcuna al persistere, in Italia, di una preferenza così marcata, perché di preferenza si tratta, a tutti i livelli, per l'arbitrato irrituale.

Il falso vantaggio

Oltre alla questione fiscale che, come detto, aveva un reale significato fino al 1983, ma non successivamente, c'era e c'è un luogo comune da sfatare. Segnalo subito che questo luogo comune è molto diffuso, anche tra addetti ai lavori, talvolta strenui difensori, a questo punto senza ragione alcuna, dell'arbitrato irrituale.

L'arbitrato irrituale è di per sé, per sua caratterizzazione specifica, al di fuori di ogni vincolo. E allora è più facile, per gli arbitri, redigere un lodo, e ci saranno presumibilmente meno possibilità di eccezioni in merito al lodo stesso. Se poi è secondo equità, meglio ancora.

Niente di più falso; il principio del contraddittorio, il principio base di ogni giudizio, dovrà comunque essere rispettato; quanto alle altre norme di procedura da seguire, quelle specifiche dettate dal codice di procedura civile per l'arbitrato rituale non sono di particolare complessità, visto che gli arbitri sono poi sempre liberi di seguire, nel procedimento, le regole che essi stessi si porranno, e ciò sia nell'arbitrato rituale che in quello irrituale. Non c'è sicuramente alcun vantaggio per l'arbitrato irrituale che, da tempo, ormai, si sconsiglia.

Per quanto concerne l'equità, si dirà più avanti.

Arbitrato irrituale – La superata preferenza giurisprudenziale

Non si comprende assolutamente perché, in assenza di specifiche previsioni o di chiare indicazioni nella clausola compromissoria, la magistratura si sia sempre pronunciata, almeno fino al 1998, con la netta preferenza per l'arbitrato irrituale, quasi che i soggetti fossero maggiormente tutelati da questa forma di "giustizia". Così interpretando, anche i magistrati hanno fatto un cattivo servizio all'arbitrato, preferendo un "surrogato" (l'arbitrato irrituale è cosa completamente diversa dall'arbitrato rituale, vorremmo dire ne è una brutta copia) al giudizio arbitrale rituale.

La Cassazione ci aveva abituati ad una interpretazione monocorde, costante: in caso di incertezza, in caso di clausola mal scritta, imprecisa, prevale l'arbitrato irrituale,

tenuto conto della presunta minore incisività derogatoria al potere giurisdizionale dell'autorità statale (Cassazione 22 dicembre 1993 n. 12703 e 20 Marzo 1990 n. 2315, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1991, 517 ss., con commento di E. Fazzalari e, successivamente, Cass. n. 9259 del 23 ottobre 1996).

La costante riconferma di questa poco convincente tesi poteva anche trovare giustificazione in un negativo preconetto atteggiamento da parte dei giudici verso il ricorso all'arbitrato in genere. E siccome l'arbitrato previsto dal codice di procedura civile costituisce una indubbia alternativa alla giustizia ordinaria, la "vera" giustizia, ecco che taluno ha cercato di darne una giustificazione anche psicologica. In caso di arbitrato, il giudice preferisce dare alle parti l'arbitrato che vale di meno, un surrogato di arbitrato, e quindi ecco la scelta per l'arbitrato irrituale.

Con la sentenza della Cassazione 1 febbraio 1999 n. 833 (in *Rivista dell'Arbitrato* n. 2/99, p. 253, con commento sempre di E. Fazzalari) si cambia finalmente atteggiamento.

Nella sentenza (e sia l'arbitro unico, sia la Corte di Appello di Napoli avevano ritenuto trattarsi di arbitrato irrituale) la Corte di Cassazione, nell'incertezza del tipo di arbitrato scelto dalle parti, si è pronunciata in favore della ritualità. Questa la massima: *"Spetta alla Cassazione di conoscere della "ritualità" o "irritualità" dell'arbitrato, quale stabilita nel patto compromissorio, quante volte la indagine incida su questioni di carattere processuale, come quella sull'ammissibilità dell'azione di nullità del lodo. I termini "controversia", "giudizio", "giudicare", contenute nel patto compromissorio de quo, depongono per la giurisdizionalità dell'arbitrato e, quindi, per la sua "ritualità". Pertanto, non residua dubbio, nella specie, circa il tipo di arbitrato voluto dalle parti, e non v'è, quindi, luogo per l'applicazione del criterio del favor per l'"irrituale" (criterio, da sottoporre, peraltro, a definitiva critica)".*

E' la prima volta che la Cassazione dichiara apertamente la sua preferenza per l'arbitrato rituale, in caso di previsioni incerte, ed è cosa sicuramente positiva. Non convincono però del tutto, peraltro, le motivazioni di tale sentenza.

Anzi, come ha acutamente osservato il Prof. E. Fazzalari (cit.), l'arbitrato irrituale non ha una minore incisività derogatoria rispetto al procedimento giurisdizionale, tutt'altro; l'incisività è invece sicuramente maggiore, escludendo il ricorso alla "potestas judicandi del giudice statale".

D'altro canto, l'arbitrato rituale riconosce alle parti più garanzie e permette di avere un lodo. Eventuali contestazioni si possono fare, per i motivi indicati dal codice di procedura civile, avanti la Corte di Appello. E così si è già guadagnato un grado di giudizio, e non è poca cosa. Si ricorda ancora una volta che con l'arbitrato irrituale l'impugnazione è invece sempre avanti il giudice di I grado.

Confidiamo che questa sentenza costituisca l'inizio di un nuovo atteggiamento di favore nei confronti dell'arbitrato (che è necessariamente rituale) con graduale abbandono da parte degli utilizzatori, ed anche da parte di noi professionisti, dell'arbitrato irrituale, brutta copia, mal riuscita, di una previsione di giustizia privatistica.

Quanto al tipo di indagine che deve svolgere il giudice, sempre ai fini della qualificazione dell'arbitrato come rituale o irrituale, un'altra recente sentenza ne ha stabilito le modalità (Cass. 21 gennaio 1999 n. 525). Il giudice dovrà analizzare la volontà delle parti, così come richiesto dall'intero contesto, al di là delle espressioni usate.

“Per accertare se la clausola compromissoria preveda un arbitrato rituale o, piuttosto, un arbitrato libero, deve aversi riguardo all’effettiva volontà delle parti desumibile dall’intero contesto della pattozione e non dall’una o dall’altra delle espressioni usate singolarmente, ricorrendo la prima ipotesi (arbitrato rituale) quando le parti abbiano conferito a uno o più terzi l’incarico di risolvere determinate controversie che siano insorte o possano insorgere tra loro, mentre ricorre la seconda ipotesi (arbitrato irrituale) allorchè al terzo o ai terzi sia affidato il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte tra le parti in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole, conciliativa o transattiva o con un negozio di accertamento. Nel compiere tale indagine, e nei limiti in cui sia necessario, anche in sede di legittimità possono essere esaminati gli atti di causa, perché la questione incide sui profili di natura processuale, essendo la Cassazione chiamata ad accertare se, previsto un arbitrato rituale, l’eccezione di incompetenza del giudice ordinario sia stata come tale tempestivamente sollevata ovvero se, trattandosi di arbitrato irrituale, l’eccezione di improponibilità della domanda sia soggetta alla disciplina delle eccezioni di merito”.

Su problematiche solo per qualche verso simili, si veda anche Cass. Sez. I[^], 22 maggio 1999 n. 4977 in *Diritto e Pratica delle Società*, Il Sole 24 Ore, n. 17 del 27/9/1999 p. 59

“... Né vale a trasformare l’arbitrato da irrituale in rituale il fatto che il lodo sia stato sottoscritto non solo dal terzo arbitro, nominato dai tecnici delle parti, come richiesto dalla clausola compromissoria, ma anche da detti tecnici, atteso che la loro sottoscrizione non può rilevare al fine di stabilire la natura dell’arbitrato, essendo questa ricollegabile soltanto alla volontà delle parti, alle quali solo compete di stabilire se affidare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella propria del giudice ovvero conferire loro un mandato a definire la controversia sul piano negoziale, con una decisione riconducibile alla volontà dei mandanti...”.

Sempre in questo orientamento, la Cassazione (Sentenza n. 8788 del 28 giugno 2000) ha chiarito ulteriormente; questa la interessante massima:

“Al fine di accertare se una determinata clausola compromissoria configuri un arbitrato rituale o irrituale deve aversi riguardo alla volontà delle parti desumibile dalle regole di ermeneutica contrattuale, ricorrendo l’arbitrato rituale quando debba ritenersi che le parti abbiano inteso demandare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, e ricorrendo invece un arbitrato irrituale quando debba ritenersi che abbiano inteso demandare a essi la soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio di accertamento, ovvero strumenti conciliativi o transattivi, dovendosi optare, nel caso in cui residuino dubbi sull’effettiva volontà dei contraenti, per la irritualità dell’arbitrato, tenuto conto che l’arbitrato rituale, introducendo una deroga alla competenza del giudice ordinario, deve ritenersi abbia natura eccezionale”.

Sempre in questo orientamento vedasi anche Cassazione, sentenza n. 386 del 12 gennaio 2001:

“E’ ormai ius receptum che, al fine di stabilire se una clausola compromissoria contenga previsione di arbitrato rituale o irrituale, è necessario far riferimento alla volontà delle parti contraenti, così come desumibile dal contenuto letterale della clausola e dalla condotta delle parti, successiva alla redazione della clausola stessa, fermo il principio che nell’impossibilità di pervenire a un’univoca e certa interpretazione della volontà delle parti si deve ritenere che la clausola contenga una previsione di arbitrato irrituale, in quanto la deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria, in

favore della competenza arbitrale, costituisce eccezione al principio generale che deferisce al giudizio del giudice ordinario la soluzione delle controversie relative a diritti soggettivi”.

La Cassazione si è pronunciata anche sugli effetti del comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento arbitrale (Sentenza n. 7128 del 30 maggio 2000):

“Il giudice di merito nell’interpretare la volontà delle parti, contenuta nella clausola compromissoria, al fine di stabilire se le stesse vollero un arbitrato rituale ovvero irrituale, deve far riferimento oltre che al significato semantico delle espressioni contenute nella clausola stessa, anche al comportamento tenuto dalle parti dopo la conclusione del negozio, ma ciò non significa che la condotta successiva debba necessariamente assumere un valore preminente rispetto al significato letterale delle espressioni contenute nella clausola da interpretare, restando sempre affidato al prudente apprezzamento del giudice di merito la valutazione complessiva di tutti gli elementi sottoposti al suo giudizio”.

Sempre la Cassazione (sentenza n. 2291 del 16 febbraio 2001) ha specificato che *“Il carattere rituale o irrituale dell’arbitrato non va desunto dal lodo ma dalla clausola arbitrale o dal compromesso, riconnettendosi esso alla volontà delle parti, rispetto alla quale sono irrilevanti le modalità di espletamento in concreto del lodo, in relazione al comportamento degli arbitri, che, se non conforme a quanto prescritto dalla clausola o al compromesso, non altera il carattere rituale o irrituale del lodo, ma può unicamente ed eventualmente rendere il lodo invalido, fermo restando che tale invalidità può essere fatta valere unicamente con i diversi mezzi processuali previsti in relazione a ciascun tipo di arbitrato”.*

Sulla non prevalenza dell’interpretazione degli arbitri, rispetto alla clausola, si veda anche Corte di Appello di Firenze, 7 ottobre 2000 in Rivista dell’Arbitrato, Giuffrè p. 53/2001 *“Il lodo arbitrale che le parti vogliono inappellabile e pronunciato da amichevoli compositori è irrituale, nonostante la diversa qualificazione degli arbitri, e, pertanto, benchè munito erroneamente di esecutività non può essere impugnato, per cui è da rigettarsi la impugnazione per nullità esperita contro di esso”.*

Circa la distinzione tra i due arbitrati, vedasi la Cassazione, sentenza n. 15292 del 29 novembre 2000 che così recita:

“In tema di interpretazione di una clausola compromissoria, il carattere rituale o irrituale dell’arbitrato in essa previsto va desunto con riguardo alla volontà delle parti ricostruita secondo le ordinarie regole di ermeneutica contrattuale, ricorrendo la fattispecie 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 determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio di accertamento ovvero strumenti conciliativi o transattivi (nella specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva qualificato l’arbitrato come irrituale in un’ipotesi in cui: agli arbitri si demandava un “giudizio” in ordine alla “interpretazione della presente convenzione ed alla sua applicazione” con utilizzo di espressione tipica del procedimento giurisdizionale e attribuzione di poteri decisorii; composizione e modalità di nomina degli arbitri riflettevano quelle del codice di rito; il comportamento complessivo delle

parti – richieste di condanna, deposito del lodo per l'esecutorietà – indicava che le stesse avessero concordato un arbitrato rituale)".

Arbitrato rituale e irrituale – differenze particolari

Può essere interessante, a questo punto, fare una semplice elencazione delle differenze che si riscontrano tra arbitrato rituale e irrituale; infatti non sempre è chiara tale distinzione.

Mi limiterò ad una indicazione sintetica e, probabilmente, non completa.

Clausola: non necessariamente deve essere scritta nell'arbitrato irrituale, al contrario dell'arbitrato rituale (art. 807 c.p.c.).

Arbitri: si ritiene che nell'arbitrato irrituale gli arbitri potrebbero essere di numero anche pari, e la qualifica di arbitro potrebbe essere ricoperta anche da una persona giuridica. Si discute invece sui requisiti degli arbitri, se siano richiesti quelli previsti dall'art. 812 c.p.c. oppure no.

Gli arbitri hanno diritto al compenso, ma non può essere adito il Presidente del Tribunale per ottenerne la liquidazione giudiziale; in caso di mancata corresponsione si dovrà instaurare un normale giudizio di cognizione.

Il procedimento di **ricusazione** degli arbitri è escluso, dalla giurisprudenza, per l'arbitrato irrituale (per tutti, Cass. 10 settembre 1990 n. 9325).

Il principio del contraddittorio dovrà essere seguito anche nell'arbitrato irrituale, anche se, forse, con qualche formalità in meno (Cassazione 15/3/1995 n. 3032 esclude che, nell'arbitrato irrituale, debbano essere assegnate alle parti i termini per il deposito di memorie e repliche di cui all'art. 816 c.p.c.).

Lodo: in dottrina si ritiene che il lodo di un arbitrato irrituale non necessariamente debba essere deliberato in conferenza personale di tutti gli arbitri, come per l'arbitrato rituale; potrebbe anche non essere motivato.

Non è depositabile, e anche ove lo fosse, l'eventuale exequatur da parte del giudice (che non si è accorto del tipo di arbitrato) non ne varia la natura, né gli effetti.

Il lodo irrituale non è suscettibile di deposito, come detto, e pertanto la parte che intende ottenere l'adempimento deve proporre un ordinario giudizio di cognizione avanti il giudice di I grado.

Si ritengono esperibili i motivi, per l'impugnabilità del lodo, relativi alla nullità e annullabilità del contratto (errore, dolo, non rispetto dei limiti della domanda).

Tutela cautelare: il diritto controverso non può essere preservato attraverso la concessione di una misura cautelare, come per l'arbitrato rituale; certa dottrina la ritiene invece ammissibile.

Arbitrato irrituale e imposta di registro

Si è già detto che l'arbitrato irrituale è probabilmente nato da esigenze fiscali.

L'arbitrato irrituale non è procedura giurisdizionale, e conseguentemente il "lodo" emesso dagli arbitri di un arbitrato irrituale non è una sentenza, avendo esclusiva rilevanza contrattuale. E come tale andrà anche registrato.

Mancando la previsione specifica dettata per l'arbitrato rituale di cui all'articolo 2, comma 2 della tariffa, parte seconda, secondo la quale i lodi arbitrali non dichiarati esecutivi sono da registrare solo in caso d'uso, ne consegue che i "lodi" di arbitrato irrituale, non potendo ancora essere dichiarati esecutivi, ed avendo rilevanza contrattuale, dovranno essere registrati entro il termine fisso di 20 giorni.

Tale interpretazione non ci pare eccessivamente restrittiva, anche se può essere legittimamente messa in discussione (dello stesso nostro avviso è anche Mariano Scalata Fazio, *Informatore Pirola* n. 26/92 p. 2455). Il Ministero si è già pronunciato sul punto (Ris. 240964 del 25 novembre 1983): "... La pronuncia emessa dagli arbitri "liberi" crea un nuovo rapporto fra le parti interessate mediante un negozio giuridico il quale, perfezionandosi solo al momento dell'ultima sottoscrizione da parte degli arbitri stessi, a seconda degli effetti che produce, sarà soggetto o meno all'obbligo della registrazione da tale momento".

Qualora si tratti di atti soggetti ad I.V.A., la registrazione sarà dovuta, comunque, solo in caso d'uso, come previsto dall'art. 5, comma 2 e dalla parte seconda della tariffa, art. 1 lettera b).

A nostro avviso, comunque, i lodi arbitrali di arbitrato irrituale vanno registrati entro il termine fisso di 20 giorni dalla ultima sottoscrizione; quelli rituali, invece, solo in caso d'uso.

Ed ecco che così il procedimento irrituale, nato come alternativa alle vessazioni tributarie dell'arbitrato rituale, diventa ora procedura fiscalmente più onerosa, e peggio trattata.

Corsi e ricorsi del fisco nell'arbitrato.

Ma non è finita; gli arbitri di arbitrato irrituale potrebbero anche trovarsi con qualche problema con l'Ufficio del Registro.

Come recentemente ha segnalato il Prof. Francesco Galgano, risulta che qualche Ufficio del Registro ha notificato avvisi di liquidazione delle imposte sui lodi irrituali direttamente agli arbitri. Ciò seguendo l'interpretazione di Carnelutti e Scarelli basata sul fatto che gli arbitri sono "mandatari"; avendo il mandato a transigere per conto delle parti, il loro lodo non sarebbe altro che una transazione o un accertamento contrattuale.

Nulla di più errato, non essendo gli arbitri dei veri e propri mandatari; l'arbitro non agisce nell'interesse della parte, guai ove così fosse; è una specie di giudice, ancorché irrituale, nella fattispecie, e il lodo non è una convenzione vera e propria, anche se di questa, invero, ne ha però tutte le caratteristiche. L'arbitro non è mandatario di una parte, e non lo è nemmeno di tutte e due le parti, sennò si troverebbe comunque in evidente conflitto di interessi. Non è solo nel mandato che si può ricomprendere la figura dell'arbitro irrituale.

Ci si augura, tutti, che questo atteggiamento di qualche Ufficio del Registro resti isolato; ad ogni buon conto, un motivo in più, se ce ne fosse di bisogno, per ricorrere all'arbitrato rituale.

Conclusioni sull'arbitrato irrituale

In conclusione, l'arbitrato irrituale è da sconsigliare.

Non è certamente più semplice, come il nome o una certa idea preconcepita potrebbero far ritenere, non costa certamente di meno, non dura certamente di meno, offre invece certamente di meno.

Il lodo di un arbitrato irrituale ha validità contrattuale; in caso di inadempimento di una parte si dovrà iniziare un giudizio ordinario di cognizione, al 1° grado. Con l'arbitrato rituale, l'eccezione di nullità del lodo si farà già avanti la Corte di Appello. Se non altro, sono parecchi anni guadagnati. Per non parlare poi della questione fiscale di cui al paragrafo precedente. Quindi, massima diffusione dell'arbitrato e, si intende, arbitrato rituale, che quello irrituale ne è davvero una brutta, e mal riuscita, copia.

L'equità

Altro luogo comune in campo arbitrale riguarda l'equità. **Generalmente si pensa che far giudicare gli arbitri secondo equità, sia per l'arbitrato rituale che per quello irrituale, sia più snello, più facile, più "giusto" piuttosto che giudicare secondo il diritto.**

Anche questo non è assolutamente vero. L'equità è concetto non ben definito, e potrebbe dare adito a problematiche.

Secondo il Prof. Galgano – relazione tenuta il 15 novembre 1996 alla Camera Arbitrale Veneta di Padova “il giudizio secondo equità è pur sempre un giudizio secondo regole preesistenti al giudizio. La regola d'equità non è una regola creata da chi giudica, ma è una regola da questo trovata”. E dove viene trovata? Non in una fonte di diritto positivo, come accade nel giudizio secondo diritto, ma “in valori oggettivi, già emersi nel contesto sociale, ma non ancora tradotti in termini di legge scritta” (Cass. 11 novembre 1991 n. 12014). E ancora: “il diritto scritto e l'equità non sono affatto due ordinamenti contrapposti. (Va) escluso il carattere soggettivo e particolare della regola di equità (non preesistente alla materia esaminata, ma creata in funzione del caso singolo), e ritenuta, invece, l'equità, racchiusa nell'ambito dei valori positivi formati nella società in generale o nella comunità a cui appartengono i litiganti”.

Può anche accadere che l'equità, in relazione alla fattispecie dedotta nel procedimento arbitrale, sia già tradotta in diritto positivo e che, pertanto, quest'ultimo coincida perfettamente con la regola equitativa alla cui applicazione sono stati autorizzati gli arbitri. In tal caso essi pronunceranno validamente “secondo diritto”, purchè motivino espressamente detta coincidenza (Cass. Civ. 12 aprile 1988 n. 2879). Secondo Cass. Civ. 11 novembre 1991 n. 12014 “non si può ritenere che incorra in eccesso di potere (deducibile come “error in procedendo” e cioè come violazione dell'ambito della potestas judicandi) il giudice che abbia deciso secondo norme di diritto in ragione della già postulata natura del giudizio di equità, come giudizio giuridico.

La Cassazione (Cass. Civ. 11 novembre 1991 n. 12014) ha superato, quindi, un suo precedente orientamento secondo cui qualora le parti avessero affidato agli arbitri il compito di decidere secondo equità ed essi avessero deciso secondo diritto, il lodo sarebbe stato nullo per violazione del mandato ricevuto; si sarebbe trattato di error in procedendo od error in iudicando ed il lodo sarebbe stato affetto da nullità per eccesso di potere e, quindi, certamente impugnabile ai sensi dell'art. 829 n. 4 c.p.c.. La Cassazione ha cambiato parere, affermando che gli arbitri chiamati a decidere secondo equità – come più sopra ricordato – possono benissimo decidere secondo diritto, senza illustrare le ragioni per le quali abbiano fatto questa scelta, perché si deve presumere che il diritto sia equo.

La Cassazione pare però ritornare sui suoi passi; abbiamo la sentenza n. 2184 del 26 febbraio 2000, Sezione I, secondo la quale in presenza di una clausola compromissoria che consente che il collegio arbitrale possa “decidere irrisolvemente in via di composizione amichevole o transattiva”, sotto il profilo se sia in tal modo imposto agli arbitri l'obbligo di decidere secondo equità o sia piuttosto loro attribuita una facoltà di scelta tra decisione di diritto e decisione equitativa.

Si tratta quindi di stabilire se una clausola compromissoria di questo tenore possa essere considerata come introduttiva di un arbitrato di equità; e poi di fissare se tale criterio decisorio sia previsto come necessario oppure solo come meramente facoltativo e concorrente con la regola di diritto.

La Cassazione ha così sentenziato:

“Il lodo reso dagli arbitri che, pur avendo ricevuto mandato di dirimere la controversia mediante l'esplicazione di una volontà negoziale suscettibile di integrazione alla volontà delle parti, esercitano una funzione decisionale sostitutiva di quella del giudice istituzionale è viziato ex art. 829, comma I, n. 4 c.p.c. per eccesso di potere degli arbitri, per aver questi pronunciato al di fuori dei limiti della clausola compromissoria. E tale censura è soggetta, nella sua deducibilità, alla preclusione posta dall'art. 817 c.p.c.”.

E' difficile, oggi, ipotizzare una deroga al diritto in senso stretto con l'applicazione di una regola di equità non compresa entro il diritto in senso stretto; anche perché il diritto si avvale oggi di tante clausole generali – di buona fede, di correttezza, di danno ingiusto – che permettono, anche a chi giudica secondo diritto, di modellare la decisione secondo esigenze di giustizia nel caso concreto.

E', quindi, difficile immaginare un lodo “di equità” difforme da un lodo emesso secondo “diritto”.

Un'ultima notazione in tema di giudizio di equità: non è detto che lo stesso si riveli più “giusto” nel senso che sia in grado di assicurare il raggiungimento di un maggior grado di giustizia sostanziale; la “bontà” dell'arbitrato dipenderà, invece, dalla “bontà” dei comportamenti assunti dalle parti e dalla “bontà” delle difese approntate, oltre che dall'impegno e dallo scrupolo con cui gli arbitri si dedicheranno alla risoluzione della vertenza.

L'equità è stata definita anche “un mistero, poiché essa assume significati diversi a seconda della diversa impostazione da cui il giurista parte, in maniera consapevole o inconsapevole, per tentarne la definizione (Giuseppe Tucci, L'equità, Contratto e Impresa, Cedam 1999).

Al di là di molte analisi dottrinarie, datate e non certamente attuali, si osserva come ogni discorso sull'equità venga inevitabilmente condizionato dal significato e dalla funzione che si attribuisce ai cosiddetti principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile).

I riferimenti all'equità nei codici

Ricordiamo come il codice civile e quello di procedura civile facciano riferimento più di qualche volta all'equità.

Si tratta di ipotesi del tutto eterogenee.

Nel codice civile abbiamo un primo richiamo all'equità nel modo di determinare il contenuto di alcune prestazioni, la cosiddetta "equità determinativa" che si individua, tra l'altro, in diverse fattispecie di responsabilità contrattuale (recesso giustificato dell'appaltatore in caso di variazioni successive del progetto superiori al sesto del prezzo convenuto, art. 1660 comma 2°, o del committente, art. 1660 c.c., comma 3°) oppure in caso di impossibilità di prova del danno contrattuale, liquidato dal giudice in via equitativa.

Abbiamo poi l'art. 2045 c.c. indennità dovuta al danneggiato per fatto compiuto in stato di necessità, determinata in via equitativa, oppure l'art. 2047 c.c. (danno causato da incapace), la determinazione del lucro cessante ex art. 2056 comma 2°, della provvigione spettante al commissionario (art. 1733/1736 c.c.), la determinazione della provvigione spettante all'agente per mancata esecuzione del contratto (art. 1749, comma 2°) o indennità spettante in caso di cessazione del rapporto (art. 1749, comma 2°, art. 1751 comma 1°).

Anche nell'arbitraggio (art. 1349 c.c.), istituto sovente confuso con l'arbitrato, abbiamo l'equità; il terzo potrà valutare in base al mero arbitrio oppure "con equo apprezzamento".

Abbiamo poi l'art. 1374 c.c. ove l'equità opera come fonte di integrazione degli effetti contrattuali; in questo caso l'equità opera più propriamente come fonte giurisdizionale (principio applicabile a più fattispecie, art. 1371, ultima parte e art. 1384 c.c.).

Se poi si estende l'analisi dell'equità, se per equità contrattuale si intende la giustizia del contratto, allora diventa difficile l'individuazione delle norme che perseguono questo obiettivo.

Galgano (già citato) ha ricordato come l'equità del codice di civile sia comunque cosa diversa dall'equità prevista dal codice di procedura civile; su questo aspetto, qui non trattato, la dottrina si è più volte interessata.

Ricordiamo allora sinteticamente i riferimenti all'equità nel codice di procedura civile:

- art. 113 c.p.c., comma 1°, il giudice, nel pronunciare sulla causa, deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge non gli consenta di decidere secondo equità;
- art. 113, c.p.c., comma 2°: il giudice di pace decide secondo equità le cause di valore inferiore a Lire 2 milioni.

Non sono dettati riferimenti specifici: *“l’assenza del riferimento ai principi regolatori della materia non significa però assolutamente la legittimazione di un’equità soggettiva, antitetica e comunque lontana dai principi del diritto. E ciò in quanto, come riconosce la nostra giurisprudenza e come mette in rilievo la nostra più attenta dottrina, la regola di equità viene non creata dal giudicante in funzione del caso singolo, ma reperita in valori oggettivi già emersi in un certo contesto sociale”* (Galgano, cit.).

- art. 114 c.p.c. le parti possono chiedere al giudice che decida secondo equità (caso del tutto desueto).

In concreto *“Nella nostra tradizione giuridica e, in particolare, nel nostro diritto giurisprudenziale ormai consolidato, l’equità non è ricerca della giustizia nel caso concreto secondo criteri non giuridici; essa invece consiste nel colmare le inevitabili carenze del legislatore, che procede necessariamente secondo fattispecie astratte, e nel correggere le altrettanto inevitabili omissioni di quest’ultimo, che si esprime per sua natura in termini generali, sicchè la regola di equità è quella che il legislatore avrebbe adottato nel caso concreto, qualora, avendo previsto quest’ultimo, avesse risolto espressamente il relativo conflitto di interessi”* (Galgano, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, Contratto e Impresa, 1991, p. 461 ss.; *L’equità degli arbitri*, Rivista trim. dir. Proc. Civ., 1991 p. 409 ss).

E’ interessante ricordare, su questo tema, la sentenza, sempre della Cassazione (2802 del 10 marzo 1995) *“In tema di arbitrato irrituale, qualora gli arbitri decidano la vertenza sottoposta al loro esame secondo diritto e non secondo equità, non è configurabile alcun eccesso dai limiti del mandato nel caso in cui agli stessi sia stato affidato il compito di esprimere le loro deliberazioni “senza formalità di procedura e secondo equità”, poiché, in mancanza di limiti specificatamente prefissati, gli arbitri irrituali hanno gli stessi poteri dispositivi dei mandanti in ordine alla definizione del rapporto controverso e possono spaziare dalla transazione al mero accertamento, dalla rinuncia al pieno riconoscimento dei diritti dell’una o dell’altra parte; né poi può ritenersi incompatibile con l’arbitrato irrituale di equità il fatto che, per pervenire alla definizione negoziale della vertenza, gli arbitri debbano interpretare norme giuridiche senza ravvisare alcuna necessità di apportare alla disciplina giuridica i temperamenti equitativi dettati dalla specifica situazione sottoposta al loro esame”*.

Successivamente, sempre la Cassazione (n. 2741 del 13 marzo 1998) così ha precisato:

“Gli arbitri di equità ben possono decidere secondo diritto allorchè essi ritengano che equità e diritto coincidano, senza che sia necessario per loro affermare e spiegare una tale coincidenza, che, potendosi considerare presente in via generale, può desumersi anche implicitamente. L’esistenza di un vizio eventualmente riconducibile nell’eccesso di mandato può, invece, configurarsi nel caso in cui gli arbitri si precludano “a priori” l’esercizio di poteri equitativi, pur conferiti, ovvero se, pur riscontrando ed evidenziando una difformità tra giudizio di equità e giudizio di diritto, pronuncino, nonostante ciò, secondo diritto”.

Conclusioni

L'equità è concetto di assoluta indeterminatezza; sotto l'aspetto pratico, invece di agevolare il lavoro degli arbitri, talvolta lo danneggia, o comunque non lo semplifica di certo. L'equità è prevista, sulla base di una sommaria analisi statistica, in più di metà degli arbitrati, ma si può essere certi, assolutamente certi, che gli arbitri decidono pressochè sempre secondo diritto. In presenza del riferimento all'equità, avranno aggiunto qualche espressione che fa riferimento all'equo, ma tutto lì. Talvolta, il riferimento all'equità ha anche consentito un minore dettaglio delle motivazioni, che peraltro sono e restano solo di diritto. In paesi come il nostro, paesi di "civil law", è difficile ipotizzare l'equità al di fuori del diritto.

Ben diversa è la questione nei paesi di "common law", ma la cosa non ci riguarda. Nella pratica, quindi, meglio prevedere il ricorso al diritto, piuttosto che all'equità.

E, come segnale da tempo, consiglio l'arbitrato rituale, piuttosto che quello irrituale, per le motivazioni più sopra indicate.

Infine una osservazione: la riforma del diritto societario in corso fa un riferimento all'arbitrato, nei due testi in esame alla Camera (disegno di legge e proposta C-1137 e C-969). Si prevede la possibilità che gli statuti delle società contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 c.p.c..

La deroga, probabilmente, si riferisce a questioni che non possono essere oggetto di transazione, ora escluse dall'arbitrato.

In questo caso, l'arbitrato dovrà essere di diritto, essendo esclusa l'equità, e il lodo sarà impugnabile "anche per violazione di legge".

In conclusione, un sintetico suggerimento pratico: inserire sempre la clausola compromissoria, ma che sia per arbitrato rituale, secondo diritto. Se poi si vorrà scegliere l'arbitrato amministrato, ancor meglio.

Giuseppe Rebecca