



I poteri innominati degli arbitri*

The inherent powers of the arbitrators

ENRICO DEL PRATO**

Sapienza Università di Roma

Sommario: Il presente saggio si riferisce ai poteri impliciti degli arbitri che si trovano sullo stesso piano degli effetti di qualsiasi contratto, con la particolarità che non sono esplicitamente previsti dalla legge o dalle parti, ma rappresentano espressioni naturali della funzione schierato.

Parole chiave: contratto, arbitrato rituale, arbitrato irrituale

Abstract: This paper refers to the implicit powers of the arbitrators. They are on the same level as the effects of any contract, with the particularity that they are not explicitly provided for by law nor by the parties, but represent natural expressions of the deployed function.

Key words: contract, ritual arbitration, irrational arbitration

SOMMARIO: I. PREMESSA: IL TEMA E LA SUA COLLOCAZIONE. GLI ARBITRATI, RITUALE E IRRITUALE, E LA LORO FUNZIONE.– II. LE INDICAZIONI DELL'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION CIRCA I POTERI DEGLI ARBITRI.– III. FONDAMENTO ED ESERCIZIO DEL POTERE DEGLI ARBITRI.– IV. POTERI INNOMINATI: SUL PROCEDIMENTO E SULLA DECISIONE.– V. L'ACCERTAMENTO DELLA VALIDITÀ DEI PATTI SUL PROCEDIMENTO.– VI. L'ACCERTAMENTO DELLA VALIDITÀ DEI PATTI SULLE PROVE E SULL'ISTRUTTORIA.– VII. *SEGUE*: I PATTI SULLA CONSULENZA D'UFFICIO.– VIII. *SEGUE*: NELL'ARBITRATO IRRITUALE.

I. PREMESSA: IL TEMA E LA SUA COLLOCAZIONE. GLI ARBITRATI, RITUALE E IRRITUALE, E LA LORO FUNZIONE

Il tema si situa tra gli effetti del contratto che le parti concludono con gli arbitri: un contratto con cui questi si obbligano a decidere la controversia nell'osservanza delle prescrizioni delle parti e delle norme che disciplinano la loro attività di cognizione e giudizio. Dei poteri «impliciti» o «inerenti» si rintracciano esplicazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e nella giustizia costituzionale (vedi Pizzorusso, 2007, pp. 669ss., specialmente p. 685; Hernandez, 2014, pp. 51ss.; Gaeta, 2003, pp. 353ss.); si dice che essi abbiano radici nella giurisprudenza di *common law* ripercorse dalla Suprema Corte federale

* Testo della conferenza tenuta il 06 dicembre 2017 in «L'arbitro: Profili interni e internazionali», evento organizzato dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato e dalla Rivista dell'Arbitrato (Accademia dei Lincei, Roma).

** Profesor ordinario de Diritto civile en la Facultad de Jurisprudencia de la Sapienza Università di Roma. Código ORCID: 0000-0003-0023-5478. E-mail: enrico.delprato@uniroma1.it

degli U.S.A. (Patrono, 1974, pp. 36ss.). Sono potestà insite nell'esercizio della funzione giudicante, non risultanti da una esplicita prescrizione, e per questo «innominate», ma ricavabili dalle finalità per cui un dato potere è attribuito. Sono, dunque, poteri esercitabili d'ufficio.

La questione tocca il principio di legalità, in ambito pubblicistico (vedi Morbidelli, 2007; Bassi, 2001, *passim*, 2000; dove ulteriori riferimenti che, sebbene riferiti alla giurisprudenza amministrativa, possono essere utilmente impiegati come criteri di orientamento relativamente all'esercizio della giurisdizione). Non diversamente essa si pone nelle relazioni tra privati —come quella tra arbitri e parti, che è fondata sul contratto di arbitrato— dove la potestà o il potere di incidere sulla sfera giuridica di altri, così come l'obbligo o l'onere, ha fondamento in un contratto o nel diritto oggettivo. Dunque i poteri impliciti degli arbitri, cioè inerenti alla loro funzione, stanno sullo stesso piano degli effetti di qualsiasi contratto, con la particolarità che non sono esplicitamente previsti né dalla legge né dalle parti, ma rappresentano naturali esplicazioni della funzione svolta.

Questa constatazione ne induce un'altra. Il sistema italiano (articoli 806ss. Codice di procedura civile [C.p.c.]) regola due modelli arbitrari. Uno, quello rituale, potremmo definirlo fisiologico: ad esso è dedicata quasi tutta la disciplina dell'arbitrato (articoli 806-832 C.p.c.). L'altro, specifico, quello irrituale, è regolato dall'articolo 808 *ter* C.p.c. (articolo, come è noto, introdotto dalla riforma del 2006, decreto legislativo 40/06); essendo il corrispondente lodo una «determinazione contrattuale», come dispone l'articolo 808 *ter*, 1° comma, C.p.c., esso soggiace alla disciplina generale del contratto (articoli 1321-1469 *bis* Codice civile [C.c.]) nei limiti in cui non è derogata dal menzionato art. 808 *ter* C.p.c.

Ciò rileva nella soluzione delle questioni che affronteremo giacché, appunto, il lodo irrituale si risolve in una «determinazione contrattuale», mentre quello rituale «ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (articolo 824 *bis* C.p.c.), fermi restando gli adempimenti previsti dall'articolo 825 C.p.c. ai fini dell'esecuzione del lodo.

Benché, nella percezione delle parti e degli arbitri, l'attività di cognizione e giudizio che sfocia nel lodo sia sostanzialmente identica, con una conseguente identità operativa e funzionale, le due figure presentano caratteri giuridici diversi che la riforma dell'arbitrato del 2006 ha suggellato dettando una disciplina specifica per l'arbitrato irrituale, il quale, sino ad allora, vantava una nutrita tradizione dottrinale e giurisprudenziale —risalente a Cassazione di Torino (Udienza 27 dicembre 1904)—, ma restava un fenomeno assoggettato al regime del contratto in generale (ma menzionato in alcune norme che tuttavia non ne dettavano la disciplina: legge 604/66, articolo. 7; legge 533/73,

articolo 5) ed assimilabile all'arbitraggio (articolo 1349 C.c.) in un contratto di accertamento. Mi sia concesso di rinviare sul punto, e per ulteriori riferimenti, a del Prato (2009, pp. 535ss.), dove constatavo che, in definitiva, «il compromesso rappresenta un tipo negoziale unitario, in cui le parti in lite chiedono all'arbitro una decisione sulla ragione e sul torto, la quale, sebbene si risolva in una decisione, ha carattere negoziale». Resta, tuttavia, che l'articolo 808 *ter*, 1° comma, C.p.c. circoscrive l'applicazione delle norme sull'arbitrato al solo arbitrato rituale: lo si desume là dove dispone che «le parti possono» tendere ad una definizione arbitrale «mediante determinazione contrattuale» e «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo».

A prescindere dalla specifica disciplina adottata, la scelta di regolare l'arbitrato irrituale mi lascia perplesso. Le clausole compromissorie non univocamente orientate verso la ritualità o l'irritualità dell'arbitrato sono fonte di contenzioso, sicché sarebbe stata opportuna una disciplina volta a ridurre la possibilità di liti sul punto, in quanto il primo modo per deflazionare il contenzioso è un diritto che elimini trattamenti differenziati per figure simili. Se, anziché regolare l'arbitrato irrituale —che comunque sarebbe rimasto sulla scena come espressione dell'autonomia determinativa del contenuto di un contratto ai sensi dell'articolo 1349 C.c.—, il legislatore avesse immaginato di ricondurre al modello negoziale dell'arbitrato (ovviamente rituale) tutte le soluzioni decisorie di controversie affidate a privati diversi dai litiganti, secondo lo schema della riconduzione al tipo —già collaudato in tema di contratti agrari (vedi legge 203/82, articolo 27,l)—, considerando la «convenzione di arbitrato» come un tipo negoziale unitario cogente, avrebbe cancellato una questione foriera di non poche controversie, a tutto vantaggio della celerità dell'attuazione del diritto, che è lo scopo per cui le parti possono preferire il giudizio arbitrale a quello giurisdizionale. Ma così non è stato. Sicché vedremo che le questioni alimentate dai poteri «impliciti» degli arbitri si atteggiano diversamente a seconda che ineriscano ad arbitri rituali o ad arbitri irrituali, benché tutti i lodi arbitrali rappresentino soluzioni decisorie ma negoziali, sia pur non negoziate, di una lite.

Almeno, però, di recente la Corte Suprema di Cassazione (S.C.) ha modificato il suo tradizionale orientamento, secondo cui nel dubbio ermeneutico circa il senso di un compromesso o di una clausola compromissoria doveva propendersi per la natura irrituale dell'arbitrato in quanto non derogante alla giurisdizione ordinaria, ritenendo che il dubbio vada risolto nel senso della ritualità dell'arbitrato, poiché deve ritenersi eccezionale la norma, sul lodo irrituale, che deroga alla regola per cui il lodo ha efficacia di sentenza (Cassazione 6909, 7 aprile 2015; Bertoldi, 2015). Con ciò la S.C. ha dato effettività al principio di sussidiarietà sociale (articolo 118, 4° comma, Costituzione) nella materia della definizione delle controversie (l'avevo auspicato, su questo

specifico punto, in più occasioni: mi sia concesso rinviare a del Prato, 2014a, pp. 381ss., specialmente p.386, 2014b, pp. 265ss., specialmente p. 277).

La funzione sussidiaria della giustizia privata e l'esigenza costituzionale di favorirla rende l'arbitrato rituale il modello negoziale di definizione decisoria di una lite: che il lodo rituale abbia «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» (824 *bis* C.p.c.) lo conferma. Per questo, da ora in poi, le espressioni «arbitro», «arbitrato» e «lodo» senza specificazioni si riferiranno al modello rituale, come, del resto, è ormai invalso nella prassi. Rileva Consolo che «all'incirca un arbitrato su cinque è (ancora) arbitrato irrituale» (2016, p. 644).

L'omologia tra lodo e sentenza ha indotto la necessità di sancire che gli arbitri non sono pubblici ufficiali né incaricati di pubblico servizio (articolo 813, 2° comma, C.p.c.). Ma al contempo quella corrispondenza conferisce profili di «natura pubblicistica» tanto all'accordo compromissorio, che è il fondamento del lodo, quanto al contratto tra parti ed arbitri, che ne è il veicolo esecutivo. Ciò rende gli arbitri titolari di un «ufficio» privato: essi devono giudicare, che è cosa diversa dal mero decidere.

II. LE INDICAZIONI DELL'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION CIRCA I POTERI DEGLI ARBITRI

Come vedremo, nel diritto italiano, la *sedes materiae* dei poteri innominati inerenti al «giudizio» è l'articolo 816 *bis*, secondo periodo del primo comma, C.p.c. Per gli arbitri irrituali essi vanno attinti dal regime del mandato (articoli 1708 e 1717 C.c.) e, per quanto possa occorrere, da quello del contratto d'opera professionale (articolo 2232 C.c.).

Indicazioni pratiche in materia vengono dalle determinazioni della *International Law Association* (ILA), che, con riferimento agli arbitrati commerciali internazionali, ha emanato un'ampia relazione nel 2014 ed una risoluzione nel 2016 (nella relazione, essenzialmente incentrata sugli arbitrati internazionali tra grandi imprese e Stati, sono rintracciabili i riferimenti ai profili storici e comparatistici), in cui annovera questi poteri «innominati» degli arbitri in due categorie: i poteri impliciti (*implied*) e quelli inerenti (*inherent*). I primi, benché non esplicitati, si ricavano dall'accordo delle parti circa le regole di svolgimento dell'arbitrato, sul modello degli *implied terms*; i secondi, gli *inherent powers*, discendono dalla funzione arbitrale e sono strumentali a salvaguardare la giurisdizione arbitrale, a preservare l'integrità del procedimento e al perseguimento di un lodo valido ed eseguibile. Compresi tra i poteri impliciti e quelli inerenti sono i poteri discrezionali (*discretionary*), che gli arbitri hanno facoltà di esercitare in assenza di istruzioni contrarie

delle parti. Molti dei poteri innominati menzionati in questa relazione costituiscono, per il diritto italiano, altrettanti poteri espliciti, perché normativamente previsti.

Tra i poteri enumerati dall'*ILA* rinveniamo: lo svolgimento del procedimento e delle udienze; la concessione di misure cautelari (il che è precluso nel nostro sistema, «salva diversa disposizione di legge»¹ —vedi l'articolo 818 C.p.c.—, benché non sia da escludere che una decisione arbitrale possa costituire fatto dedotto in condizione, sospensiva o risolutiva, di un contratto di sequestro convenzionale —articoli 1798ss. C.c.—); la struttura argomentativa della decisione; la revisione e la modifica di precedenti decisioni endoprocessuali; l'eventuale condanna alle spese. *LILA* ha formulato alcune indicazioni pratiche per gli arbitri, che rispecchiano il loro dovere di attenersi alla legge ed alla convenzione di arbitrato. Queste le indicazioni, che si lasciano salutare nel segno dell'ovvietà, ma costituiscono un'equilibrata panoramica. Gli arbitri devono:

- a) Anzitutto rispettare la convenzione di arbitrato e la legge.
- b) Se queste fonti non prevedono la soluzione, considerare la possibilità di impiegare il loro potere implicito, discrezionale o inerente. Quanto al potere implicito essi devono esaminare il testo del contratto e delle altre fonti di regolamentazione dell'arbitrato; quanto al potere discrezionale gli arbitri devono valutare se la soluzione del problema, in assenza di contrarie istruzioni delle parti, rientra nella loro discrezionalità; appartiene all'area del potere inerente considerare se la questione insorta rischia di menomare la loro potestà giurisdizionale, inficiare il procedimento o indurre la pronuncia di un lodo non eseguibile.
- c) In ossequio all'obbligo di rispettare la determinazione delle parti, gli arbitri devono privilegiare il potere implicito, e quindi, sussidiariamente, impiegare quello discrezionale e quello inerente. Possono, peraltro, darsi casi in cui il medesimo potere è riconducibile a più d'una di queste «categorie». L'impiego del potere implicito o discrezionale è preferibile all'impiego del potere inerente. L'esercizio del potere inerente deve esprimere il dovere inderogabile di salvaguardare la funzione giurisdizionale, l'integrità del procedimento e l'efficienza del lodo.

¹ È il caso dell'articolo 35, 5° comma, decreto legislativo 5/03, in tema di arbitrato societario, che attribuisce agli arbitri, anche non rituali, «il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia» di delibere assembleari impugnate in sede arbitrale: su cui v., da ultimo, Auletta (2017, p. 272), per il quale «la questione risolta dall'ordinanza revocabile quanto irrecclamabile, in sostanza, va limitata alla disciplina normativa da assicurare al rapporto litigioso pendente lite (arbitrale) e la relativa decisione dell'arbitro va tendenzialmente ascritta al tipo interinale e non necessariamente cautelare».

- d) Prima di impiegare questi poteri gli arbitri devono interpellare le parti e, per quanto possibile, confezionare con queste la soluzione più appropriata. A tal fine essi devono tener conto della competenza giuridica della parti e dell'ordinamento nel cui ambito la scelta arbitrale deve operare. Devono, inoltre, adottare determinazioni proporzionate al perseguimento dell'interesse delle parti.
- e) L'esercizio dei poteri deve essere supportato da una motivazione idonea a superare il riesame in sede di esecuzione o di impugnazione del lodo.

Sulla concreta portata della distinzione tra poteri impliciti e poteri inerenti è lecito nutrire qualche riserva, visto che il senso di qualsiasi distinzione si rintraccia nell'applicazione di trattamenti giuridici differenziati: che, almeno per quando riguarda il diritto italiano, non paiono sussistere. È cruciale, invece, come vedremo, il potere intrinseco degli arbitri in merito all'accertamento della natura dell'arbitrato e alla valutazione delle deroghe pattizie alle prescrizioni di legge.

III. FONDAMENTO ED ESERCIZIO DEL POTERE DEGLI ARBITRI

Questi poteri —che possiamo, senza sottillizzare, definire innominati— hanno fondamento, benché non esplicitati, nella convenzione di arbitrato, nella legge e nella prassi arbitrale. Quando si annidano nel compromesso, nella clausola compromissoria o nel complessivo autoregolamento contrattuale tra le parti, essi ne costituiscono il riflesso inespesso. I regolamenti delle istituzioni arbitrali si collocano sullo stesso piano dell'accordo delle parti in quanto richiamati nel compromesso o nella clausola compromissoria.

Occorre aver presente che, in genere, le clausole compromissorie sono pattuite molto tempo prima della lite, non contengono previsioni specifiche in ordine allo svolgimento dell'arbitrato —tranne, spesso, un riferimento alla ritualità o irritualità dello stesso ed al criterio di giudizio (legge o equità) da impiegare— né considerano circostanze non prevedibili al tempo della stipulazione. La capacità predittiva e calcolatrice delle parti, che —lo vedremo— si esplica specie nelle pattuizioni in deroga al regime probatorio, risente fisiologicamente delle sopravvenienze.

L'accordo delle parti può risolvere o concorrere a risolvere le esigenze che sono alla base dell'esercizio dei poteri innominati quando esse concretamente si pongono nel corso del procedimento arbitrale. Le parti, nel cui comune interesse il procedimento è instaurato, possono, d'accordo, conformare, estendere o limitare quei poteri. Non è un

fenomeno usuale, perché l'arbitrato si iscrive in una fase di litigiosità delle parti che induce a scarsa cooperazione per ragioni tattiche. Ma ciò non toglie che possa ravvisarsi una convergenza di interessi nel prescegliere soluzioni procedurali da indicare agli arbitri: dunque, l'accordo delle parti non è solo quello originario che si fonda sulla clausola compromissoria o sul compromesso, ma anche quello sopraggiunto in corso di arbitrato, spontaneo o sollecitato dagli arbitri. In questo caso, s'intende, questi non esercitano alcun potere implicito, ma eseguono le direttive degli interessati. Si ritiene che le ulteriori direttive procedurali concordate tra le parti nel corso dell'arbitrato possano vincolare gli arbitri solo col loro consenso (vedi Cassazione 9761. 4 maggio 2011). In proposito Consolo ritiene, correttamente, irrilevante il dissenso degli arbitri «capriccioso o solo *propter propriam opportunitatem*» (2016, p. 653). Resta, comunque, il fatto che l'accordo, se non incide sullo svolgimento delle funzioni arbitrali, vincola comunque le parti salvo che menomi prerogative difensive inderogabili: tratteremo la questione a proposito dei patti sull'istruttoria.

I poteri innominati discendono dalla legge perché funzionali allo svolgimento della procedura ed all'adozione di un lodo valido ed eseguibile. Si tratta, appunto, di prerogative strumentali alla funzione esercitata. La pratica arbitrale è, ovviamente, il terreno su cui esse attecchiscono: il precedente può porsi come criterio di orientamento della decisione in ordine all'esercizio del potere e può concorrere alla formazione di una prassi (articolo 1, numero 4, disposizioni preliminari al C.c.), che renderà normativo, e dunque esplicito —benché non fondato su norma scritta— il potere stesso. Ad esempio, è materia di un uso che l'arbitro dissenziente possa formulare nel lodo le ragioni del suo dissenso. Anche le regolamentazioni dettate da istituzioni arbitrali —che, per prossimità alla materia e diuturnità della pratica, raccolgono e traducono in norme le istanze per il miglior funzionamento delle procedure— sono atte a generare usi.

In definitiva la funzione di questi poteri innominati è di adempiere diligentemente l'obbligazione assunta dagli arbitri. Questi hanno il dovere di valutare se le questioni loro sottoposte possono compromettere la loro competenza, menomare l'integrità del procedimento o condurre ad un lodo non eseguibile, e devono adottare le determinazioni idonee ad evitare che ciò accada.

Titolo del rapporto tra parti ed arbitri è il contratto di arbitrato, quello che scaturisce dall'accettazione dell'incarico arbitrale; ad esso, naturalmente, seguono gli effetti previsti dal diritto oggettivo (articolo 1374 C.c.). Non è pacifico a quale tipo contrattuale esso sia da ricondurre, né la questione può essere approfondita *funditus* in queste pagine (vedi, in argomento, nella dottrina recente, Marullo di Condojani

(2008, pp. 22ss.), a cui rinvio per i riferimenti ulteriori in ordine agli orientamenti indicati nel testo). Possiamo ritenere dominante la tesi che lo riconduce al mandato (articolo 1703 C.c.; da ultimo Consolo, 2016, pp. 649-651), giacché esso tende al compimento di un atto giuridico —il lodo— nell'interesse delle parti in contrasto tra loro ma concordi nel volere, o nell'aver voluto, la definizione arbitrale della controversia; altri optano per il contratto d'opera professionale facendo leva sulla natura tecnica della prestazione arbitrale (vedi Satta, 1931, p. 17, che definiva il rapporto tra parti e arbitri analogo alla *locatio operis*; più di recente, Fazzalari, 1987, p. 398; La China, 2007, p. 70); infine si è ritenuto il contratto di arbitrato un tipo a sé (vedi, in questo senso Marullo di Condojani, 2008, pp. 83ss.). La questione, però, ha un peso limitato in tema di poteri innominati. Qui il punto è di stabilire se gli arbitri possano esercitare un potere funzionale, cioè una potestà, non prevista dal diritto oggettivo (norme scritte ed usi) né esplicitamente attribuita loro dalle parti, di cui ritengono di avvalersi nella loro discrezionalità. La risposta a questo interrogativo non appare condizionata dal tipo a cui si ritenga di ricondurre il contratto di arbitrato. Essa si snoda lungo una applicazione sequenziale di regole.

In primo luogo gli arbitri devono applicare le clausole del contratto tra le parti in lite nei limiti in cui esse risultino efficaci: lo prevede l'articolo 816 *bis*, 1° comma, C.p.c. Questo novero non è composto solo dal contenuto del compromesso o della clausola compromissoria, ma anche dalle altre prescrizioni pattizie funzionali alla definizione del contenzioso —ad esempio i patti sulle prove— ancorché intervenute nel corso del procedimento arbitrale. I patti tra i litiganti costituiscono istruzioni per gli arbitri, e questi ultimi —salva la nullità o altrimenti l'ineseguibilità del patto— dovranno attenersi in ossequio al principio dispositivo che impronta il giudizio arbitrale. Il patto potrà pure condizionare l'esito della decisione, ma, vertendosi in tema di diritti disponibili (articolo 806 C.p.c.), esso è legittima espressione dell'autonomia delle parti, a cui la funzione arbitrale non può sovrapporsi.

Siccome, però, ci stiamo occupando di poteri impliciti, la questione sorge in assenza di clausole pattizie, precedenti o in corso di lite; e si acuisce quando le parti —cioè i loro difensori— sono in disaccordo tra loro circa l'esistenza della potestà arbitrale. Ma anche in questo caso le pattuizioni tra le parti costituiscono la base da cui attingere la soluzione. Dalla loro interpretazione (articoli 1362ss. C.c.) è dato ricavare regole inesprese per la soluzione di un problema processuale. Con una avvertenza: le clausole contrattuali non sono suscettibili di applicazione analogica, essendo l'analogia un mezzo di autointegrazione del sistema che si fonda sulla necessità di completezza. Le clausole implicite, dunque, emergono quando si accerti una riduzione della dichiarazione rispetto all'intento, come accade per le indicazioni esemplificative (articolo 1365 C.c.)

e in tema di presupposizione, dove la rilevanza funzionale dell'evento considerato dalle parti, sebbene inespresso nell'autoregolamento, emerge dall'insieme delle previsioni in relazione all'assetto di interessi contemplato.

In mancanza di regole implicite desunte dalle pattuizioni dei litiganti, gli arbitri dovranno applicare, anzitutto, le norme dettate in materia (articoli 806ss. C.p.c.), le quali potranno essere impiegate in via analogica anche dagli arbitri irrituali, data la similitudine istituita dalla comune funzione di giudicare. Dunque, le norme in tema di procedimento arbitrale (rituale) servono ad istituire poteri innominati degli arbitri irrituali: innominati perché la prescrizione normativa non è dettata per questi ultimi.

Infine, ed è questo il punto, dovranno applicarsi le norme in tema di mandato, a prescindere dalla questione della compiuta assimilabilità dell'arbitrato a quel tipo contrattuale, in quanto esse sono proprie di un vincolo il cui oggetto è di compiere un atto giuridico —nella specie il lodo— nell'interesse di altri. Benché l'adempimento della pluralità di arbitri debba essere congiunto, la sottoscrizione del lodo può essere fatta dalla sola maggioranza purché «accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o potuto sottoscriverlo» (articolo 823, numero 7, C.p.c.). In ogni caso, anche se si ritenesse il contratto di arbitrato (rituale) un diverso contratto tipico, le lacune della sua disciplina dovrebbero comunque essere colmate mediante le norme sul mandato nei limiti della compatibilità (vedi, ad esempio, Cassazione 25735, 15 gennaio 2013, secondo cui, rispetto ad un singolo arbitro, non può operare la revoca per giusta causa del mandato, essendo previste specifiche cause di sostituzione degli arbitri). Esse saranno, invece, direttamente applicabili all'arbitrato irrituale.

Pertanto, mentre, in caso di conflitto tra norme, nell'arbitrato (rituale), dovranno prevalere le disposizioni dettate in tema di arbitrato, nell'arbitrato irrituale dovranno prevalere le disposizioni sul mandato, perché a questo schema è da ricondurre il contratto tra le parti: gli arbitri irrituali fungono come arbitratori in un contratto di accertamento, e dunque tendono al compimento di un atto giuridico —il «lodo contrattuale»— nell'interesse delle parti. Le stesse norme sul mandato con pluralità di mandanti (articolo 1726 C.c.; vedi Cassazione 5111, 29 marzo 2012) ne regolano l'espletamento e ne spiegano l'irrevocabilità da parte di un contraente, mentre deve ritenersi sempre ammessa la revoca da parte di tutti i contraenti, come può accadere, ad esempio, quando essi transigono la lite.

Una disposizione in tema di mandato è fondamento di un potere implicito di tutti gli arbitri: quella secondo cui «il mandato comprende

I POTERI
INNOMINATI
DEGLI ARBITRI

THE INHERENT
POWERS OF THE
ARBITRATORS

non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento» (articolo 1708, 1° comma, C.c.). Gli arbitri, dunque, non solo hanno facoltà, ma anche l'obbligo di compiere questi atti strumentali. S'intende, però, che la regola in tema di mandato va applicata in funzione della natura discrezionale dell'attività di giudizio e procedimentale che impronta l'arbitrato. Ne segue che non potrà costituire inadempimento dei *munera* arbitrali il mancato esercizio di tale facoltà: esso potrà, ove si traduca in violazioni del contraddittorio o in una decisione di merito invalida, dar luogo ad impugnativa del lodo — e la responsabilità degli arbitri è circoscritta nei limiti posti dall'articolo 813 *ter* C.p.c.—. La stessa conclusione opera per l'arbitrato irrituale, ferma restando la diversa tipologia dei vizi invalidanti (articoli 808 *ter*, 2° comma, e 829 C.p.c.).

In ogni caso è opportuno — e direi espressione di diligenza e correttezza — che gli arbitri interpellino i difensori delle parti per cercare di concordare o comunque di reperire la soluzione più appropriata al caso concreto. Nel disaccordo o nel silenzio delle parti, gli arbitri dovranno commisurare la scelta — che eserciteranno in applicazione dell'articolo 816 *bis*, 1° e 3° comma, C.p.c., cioè con ordinanza revocabile non soggetta a deposito se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo — allo scopo delle domande, plasmando funzionalmente l'esercizio della potestà, il cui risvolto sta nella considerazione delle conseguenze del suo mancato esercizio. In definitiva il provvedimento arbitrale deve essere proporzionato e «su misura»; ed è opportuno che esso sia motivato con l'esplicazione delle ragioni che lo supportano.

IV. POTERI INNOMINATI: SUL PROCEDIMENTO E SULLA DECISIONE

Quali sono nel diritto italiano i poteri innominati? Possiamo cercare di tracciarne una ricognizione casistica in base ai pochi dati pubblicati e ad altri ipotizzabili (in gran parte possono essere attinti dal rapporto dell'ILA, 2014).

La regola di orientamento delle soluzioni è che «il procedimento arbitrale è ispirato alla libertà delle forme, con la conseguenza che gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione a meno che le parti non vi abbiano fatto espresso richiamo nel conferimento dell'incarico arbitrale», fermo restando il rispetto delle norme di ordine pubblico che fissano i principi cardine del processo, come il principio del contraddittorio²,

² La cui violazione inficia anche il lodo irrituale (articolo 808 *ter*, 2° comma, numero 5, C.p.c.), oltre che quello rituale (articolo 829, numero 9, C.p.c.), con la singolarità che per il primo il vizio è l'annullabilità — evocando, dunque, il regime degli articoli 1441ss. C.c.—, per il secondo la nullità. Per la sua concreta portata in sede arbitrale vedi Cassazione 3481, 23 febbraio 2016, con nota di Gradi (2016, pp. 1691ss.).

anche di rango costituzionale (così Cassazione 17099, 10 luglio 2013). Il parametro normativo, come dicevo, è nell'articolo 816 *bis*, secondo periodo del primo comma, C.p.c., per l'arbitrato rituale, e nel regime del mandato.

Possiamo dire che i poteri impliciti attengono al procedimento e al merito della decisione, ma tenendo presente che si tratta di una distinzione sommaria e meramente organizzativa, dacché la determinazione sull'ammissibilità delle prove, e prima ancora sulla validità dei patti sulle prove e sull'onere della prova (articolo 2698 C.c.), può incidere sulla decisione di merito.

L'area dei poteri innominati, ovviamente, residua dai poteri esplicitamente attribuiti agli arbitri dalle parti e dal diritto oggettivo. Ma soffermarsi sui poteri previsti dalla legge serve, come dicevo, per individuare i poteri impliciti degli arbitri irrituali, a cui, nel silenzio delle parti, le disposizioni processuali dettate per l'arbitrato si possono applicare in via analogica. L'applicazione diretta è, infatti, esclusa dal tenore dell'articolo 808 *ter*, 1° comma, C.p.c. là dove pone l'applicazione delle norme in tema di arbitrato come alternativa all'arbitrato irrituale: «Altrimenti» —cioè se le parti non hanno voluto un arbitrato irrituale— «si applicano le disposizioni del presente titolo». Dunque i poteri normativamente previsti per gli arbitri (rituali) sono altrettanti poteri impliciti di quelli irrituali.

Enunciamoli brevemente. Gli arbitri possono fissare la sede dell'arbitrato (articolo 816, 1° comma, C.p.c.), che, come si sa, rileva ai fini della competenza territoriale per l'impugnazione; «regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato» (articolo 816 *bis*, 1° comma, C.p.c.), col limite, inderogabile, di «attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» —pena la nullità del lodo rituale (articolo 829, numero 9, C.p.c.) e l'annullabilità di quello irrituale (articolo 808 *ter*, 2° comma, numero 5, C.p.c.)—. È, peraltro, consueto che gli arbitri concordino con gli avvocati delle parti le regole in modo da soddisfarne le esigenze. Nel disaccordo degli avvocati gli arbitri dovranno rintracciare la soluzione che meglio bilanci gli interessi delle parti garantendo comunque il contraddittorio. Possono autorizzare il presidente ad adottare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento (articolo 816 *bis*, 2° comma, C.p.c.); delegare uno di loro all'assunzione delle prove (articolo 816 *ter*, 1° comma, C.p.c.); farsi assistere da uno o più consulenti tecnici (articolo 816 *ter*, 5° comma, C.p.c.); sospendere il procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 819 *bis* C.p.c.

Sul piano decisorio gli arbitri possono pronunciarsi sulla propria competenza se questa sia contestata (articolo 817, 1° comma, C.p.c.); risolvere le questioni pregiudiziali di merito senza autorità di giudicato

I POTERI
INNOMINATI
DEGLI ARBITRI

THE INHERENT
POWERS OF THE
ARBITRATORS

(articolo 819, 1° comma, C.p.c.); emettere lodi parziali o non definitivi (articoli 816 *bis*, 3° comma e 820, 4° comma, lettera c, C.p.c.).

Veniamo ai poteri impliciti. Sul piano processuale l'articolo 816 *bis*, 1° comma, C.p.c. nell'attribuire agli arbitri, in difetto di prescrizioni delle parti, il potere di «regolare lo svolgimento del giudizio», espande al massimo il potere dei primi, con una previsione «in bianco», il cui contenuto è segnato in negativo dalle norme che istituiscono specifici doveri, come appunto quella che impone la salvaguardia del contraddittorio. Possiamo, quindi, concludere che, nel diritto italiano, tutti i poteri «innominati» degli arbitri si annidano, in forma generica, in questa disposizione. Ciò può consentire, a mio avviso, di avvalersi dei poteri istruttori d'ufficio propri del giudice del lavoro (articolo 421, 2° comma, C.p.c.). Non penso deponga in senso contrario la circostanza che l'articolo 816 *bis* C.p.c. è rubricato «svolgimento del procedimento», giacché la decisione in merito all'ammissione delle prove attiene al giudizio, e proprio allo svolgimento del «giudizio» è riferito il potere degli arbitri: che, quindi, comprende anche l'istruttoria, il cui espletamento è regolato dall'articolo seguente —più restrittiva la posizione di Briguglio (2013, specialmente p. 870) e la di Ricci (2013, specialmente p. 634). Non è dubbio, peraltro, che il «costume» arbitrale tenda ad attenersi alle richieste delle parti in sede istruttoria senza esercitare poteri ufficiosi—.

In definitiva gli arbitri sono muniti, *ex lege*, di una potestà generale, un potere originario che le parti possono limitare dettando le norme del procedimento. Lo stesso può dirsi per gli arbitri irrituali, i cui poteri legali si ricavano dagli articoli 1708 e 1717, 1° comma, C.c. in tema di mandato: una norma, questa, applicabile anche all'arbitrato rituale.

Qualche esempio circa i poteri processuali. Essi attengono allo svolgimento delle udienze e all'acquisizione dei mezzi istruttori: gli arbitri —nessuno ne dubita— possono ammettere o negare, in tutto o in parte, le prove orali, stabilendone le modalità di assunzione ai sensi dell'articolo 816 *ter* C.p.c. Ritengo che essi possano ascoltare i testimoni anche mediante una c.d. *cross examination* —la cui conduzione, cioè, è affidata agli avvocati— salvo che entrambe le parti siano di diverso avviso. Escludo, invece, che, per procedere ad una *cross examination* sia necessario il consenso di entrambe le parti. Non venendo in applicazione diretta le norme dettate per l'istruzione probatoria nel giudizio civile, fermo restando il principio dispositivo, vi è la facoltà di impiegare le modalità di assunzione della prova che si ritengono più acconce all'accertamento della verità dei fatti.

Gli arbitri, inoltre, possono, anzi devono —nei limiti in cui ciò rientri nelle loro competenze—, sanare nullità atte ad inficiare il lodo ai sensi dell'articolo 829, numero 7, C.p.c. Possono, inoltre, depositare separatamente dispositivo e motivazione del lodo (Cassazione 8868, 16

aprile 2014). Direi, infine, che non è solo un potere, ma piuttosto un dovere in vista della decisione della controversia, accertare la validità dei patti sulle prove e sull'onere della prova (articolo 2698 C.c.) e di quelli incidenti sull'espletamento di un'eventuale consulenza tecnica. Ne parleremo più innanzi perché la questione richiede un'apposita riflessione. Escludo, infine, che sia consentito agli arbitri autorizzare il consulente tecnico ad acquisire dalle parti documenti probatori ad istruttoria chiusa (vedi Punzi, 2016, p. 13).

Circa i poteri impliciti di natura decisoria possiamo incominciare rilevando che il tenore dell'articolo 817, 2° comma, C.p.c. esclude un potere intrinseco degli arbitri di accertare la nullità del patto di arbitrato su cui si fonda la loro cognizione. Al principio della domanda, per cui gli arbitri devono pronunciarsi sulle domande, si affianca la previsione di una stringente decadenza a carico delle parti, a cui è preclusa l'impugnativa del lodo se non hanno eccepito «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato [...] salvo il caso di controversia non arbitrabile» (articolo 817, 2° comma, C.p.c.). Da questa previsione si ricava che gli arbitri non possono dichiarare d'ufficio la nullità del compromesso o della clausola compromissoria.

Resta una questione. Il menzionato secondo comma dell'articolo 817 C.p.c. collega alla mancata eccezione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri la decadenza dalla facoltà di impugnare il lodo, ma non impedisce agli arbitri di pronunciarsi sulla nullità se la stessa viene contestata successivamente: depone in questo senso l'articolo 817, 1° comma, C.p.c. là dove prescrive che «gli arbitri decidono sulla propria competenza» «se la validità [...] della convenzione d'arbitrato» è contestata «nel corso dell'arbitrato». Dunque gli arbitri non possono pronunciarsi d'ufficio sul punto, e tuttavia devono deciderlo anche se l'eccezione di nullità è formulata dopo la prima difesa successiva alla loro accettazione. Il lodo che accogliesse l'eccezione di nullità sarebbe comunque impugnabile in presenza di alcuno dei vizi enumerati nell'articolo 829 C.p.c. perché la decadenza dall'impugnativa prevista nell'articolo 817, 2° comma, C.p.c. riguarda l'ipotesi simmetrica, in cui il lodo ha affermato la competenza arbitrale, non quella in cui l'ha negata dichiarando la nullità del patto di arbitrato.

Inoltre essi devono decidere, nel contrasto e nel silenzio delle parti —e per questo il potere può considerarsi implicito—, se l'arbitrato è rituale o irrituale. Direi che si tratti di un vero e proprio dovere anche se le parti non formulano domande sul punto, in quanto l'opzione per l'uno o l'altro modello comporta l'applicazione di regole diversificabili, se non propriamente diverse (quelle dell'arbitrato si applicano in via analogica all'arbitrato irrituale, ma nei limiti della compatibilità e se non

contrastino con le norme sul contratto in generale). Gli arbitri devono, dunque, statuire sulla natura dell'arbitrato, cioè stabilire le regole a cui sono soggetti, quanto meno quando ciò rileva ai fini delle decisioni che devono assumere.

Possiamo ritenere materia di consuetudine che gli arbitri, anche irrituali, possano, su domanda, condannare al pagamento delle spese la parte soccombente. Non hanno, invece, la facoltà di pronunciare una condanna per responsabilità aggravata né su domanda di parte, né d'ufficio (articolo 96 C.p.c.; la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata è prevista dall'articolo 96, 3° comma, C.p.c.). Inoltre, quando la decisione debba essere pronunciata secondo equità, essi hanno facoltà di applicare le norme di diritto se ritengono che, nella specie, la soluzione di diritto corrisponde ad equità (vedi Cassazione 12319, 25 maggio 2007; Cassazione 8937, 4 luglio 2000; Cassazione 18452, 8 settembre 2011).

V. L'ACCERTAMENTO DELLA VALIDITÀ DEI PATTI SUL PROCEDIMENTO

Gli arbitri, anche quelli irrituali, sono tenuti a disapplicare i patti sul procedimento che ritengano nulli, come quelli che escludono la pienezza del contraddittorio, o risultino, altrimenti, ineseguibili (si pensi alla convenzione di arbitrato che stabilisca inderogabilmente la sede di svolgimento delle udienze in un luogo, originariamente o successivamente, impraticabile a tal fine). Il potere è implicito, cioè può essere esercitato d'ufficio, anche nel caso di contrario avviso delle parti, a cui è preclusa la facoltà di vincolare gli arbitri ad osservare regole processuali tali da snaturare lo scopo dell'arbitrato. La constatazione che questo tende comunque ad un atto nell'interesse delle parti —il lodo— non consente di stravolgerne la funzione, che è omogenea —il giudizio sulla ragione e sul torto— tanto nell'arbitrato rituale quanto in quello irrituale —pertanto le indicazioni delle parti, che, secondo la regola generale (articolo 1711 C.c.) delimitano il mandato, sono improduttive di effetti quando si traducono nell'alterazione della funzione arbitrale—.

Tuttavia, trattandosi di regole processuali, la soluzione dovrebbe essere diversificata nei due modelli arbitrali. Del resto, la violazione del contraddittorio è sanzionata con la nullità del lodo rituale (articolo 829, numero 9, C.p.c.) mentre con l'annullabilità di quello irrituale (articolo 808 *ter*, 2° comma, numero 5, C.p.c.): una scelta (istitutiva di una nuova annullabilità speciale) che si rivela ragionevole rilevando che la nullità del lodo rituale richiede un'impugnazione, così come l'annullamento di un lodo contrattuale, mentre la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio.

Come dicevo, escludo che un utile criterio di soluzione possa essere attinto dalla qualificazione del contratto stipulato tra le parti e gli arbitri, i quali, se collegio, configurano una parte soggettivamente complessa con tutti i problemi che ne derivano, come l'adempimento congiunto. Il dubbio se si tratti di un mandato, di un contratto d'opera professionale o di un contratto tipico a sé nel caso di arbitrato rituale non toglie che le regole sul mandato siano da applicare all'arbitrato rituale nei limiti in cui non contrastano con quelle specificamente dettate dal Codice di procedura civile, e integralmente all'arbitrato irrituale. Ad esempio, l'articolo 816 bis, 1° comma, C.p.c., stabilendo che le regole del procedimento devono essere date con atto anteriore all'inizio del giudizio, deroga alla regola ricavabile dall'articolo 1711 c.c. circa le istruzioni impartite successivamente dal mandante. Come rilevavamo, la norma processuale in questione è derogabile, ma col consenso degli arbitri, il cui diniego potrà essere sindacato sul piano della ragionevolezza (vedi *supra*, p. 165).

Nell'arbitrato rituale, quale giurisdizione privata equipollente, sono indisponibili i principi di ordine pubblico processuale, a cui appartengono: il principio dell'imparzialità o almeno della complessiva equidistanza degli arbitri; il principio del contraddittorio anche nell'espletamento della consulenza tecnica³; il principio della domanda, che va comunque integrato con le previsioni della convenzione di arbitrato.

Nell'arbitrato irrituale, per l'articolo 808 *ter*, 2° comma, numeri 4 e 5, C.p.c. il lodo è annullabile se «gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo» e se non è stato osservato il principio del contraddittorio. Sembra, dunque, che col limite della salvaguardia del contraddittorio, le parti siano libere di plasmare le regole del procedimento. Tuttavia, sebbene qui non entrino in gioco i principi di ordine pubblico processuale, e le norme da applicare nel rapporto tra parti e arbitri vadano attinte dal regime del mandato, in cui si sostanzia il contratto di arbitraggio (articolo 1349 C.c.), è da ritenere che gli arbitri irrituali debbano apprezzare la validità di un patto sul procedimento sul piano della meritevolezza degli interessi perseguiti (articolo 1322 C.c.): un piano, ora, precipuamente impiegato nella valutazione della compatibilità di una clausola con l'assetto di interessi complessivamente programmato dalle parti (i riferimenti giurisprudenziali potrebbero essere molti. Solo per un esempio, in tema di clausole nei contratti di assicurazione che identificano i sinistri con le

3 Vedi, da ultimo, Punzi, il quale, superando l'orientamento giurisprudenziale per cui era sufficiente «che le parti fossero messe in condizione di interloquire *ex post* (ma anteriormente alla decisione) sulle operazioni peritali e, dunque, esclusivamente sugli esiti della consulenza» (Cassazione 923, 29 gennaio 1992), ritiene che gli articoli 191ss. C.p.c. costituiscono «un parametro sul quale modellare lo svolgimento dialogico della c.t.u.», anche nell'arbitrato irrituale, «a fronte della espressa previsione, nell'articolo 808 *ter* C.p.c., della violazione del contraddittorio quale specifico motivo di impugnazione» (Punzi, 2016, pp. 11ss.).

pretese —c.d. clausole *claims made*—, vedi la Cassazione Sezioni Unite 9140, 6 maggio 2016 e, per ulteriori riferimenti su queste argomentazioni, del Prato, 2017, pp.124 ss.). Sarà, dunque, da considerare nulla, e non apposta, una clausola sul procedimento idonea a prefigurare l'esito della decisione a vantaggio di una parte o comunque a sbilanciare il procedimento.

Questa conclusione opera anche per l'arbitrato rituale non essendovi ragioni per sottrarre le singole clausole della convenzione di arbitrato —così come quelle del contratto a cui si riferisce— alla valutazione ai sensi dell'articolo 1322 C.c. Il punto richiederebbe una riflessione esuberante in queste pagine. Mi limito a rilevare che la programmazione dell'esecuzione di un contratto può abbracciare anche la patologia del rapporto conseguente mediante prescrizioni idonee ad orientare o favorire una determinata definizione del contenzioso. Quando la portata della clausola è tale da snaturare la funzione arbitrale sia pure salvaguardando formalmente il contraddittorio ma rendendolo sostanzialmente irrilevante, essa dovrà essere ritenuta inefficace in quanto incompatibile con un modello negoziale —l'arbitrato, rituale o irrituale che sia— volto a decidere una controversia mediante un giudizio.

Come per la violazione del principio del contraddittorio, anche per la violazione delle regole prescritte dalle parti la patologia del lodo rituale è diversa da quella del lodo irrituale. Mentre quest'ultimo, come abbiamo rilevato, è annullabile, il primo è nullo nel caso di violazione di «forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata» (articolo 829, numero 7, C.p.c.), fermo restando che l'impugnativa del lodo è preclusa alla parte che ha dato causa alla nullità o non ha eccepito la violazione della regola «nella prima istanza o difesa successiva» (articolo 829, 2° comma, C.p.c.). Il termine «forme» qui va inteso in senso ampio, così come quello dell'articolo 1352 C.c. (mi permetto di rinviare, per un approfondimento, a del Prato, 2011, pp. 46ss.): esso comprende tutte le modalità di svolgimento del procedimento a cui le parti hanno inteso vincolarsi, non solo le modalità di esternazione degli atti.

L'accertamento dell'immeritevolezza di tutela di una clausola sullo svolgimento del processo pone una questione delicata, e richiede una valutazione calata nella specificità del caso concreto. La disapplicazione della clausola, e, di contro, la sua possibile efficienza, non sono da concepire in una logica monolitica, ma vanno apprezzate in una prospettiva funzionale.

VI. L'ACCERTAMENTO DELLA VALIDITÀ DEI PATTI
SULLE PROVE E SULL'ISTRUTTORIA

177

Dicevamo che gli arbitri devono accertare la vincolatività dei patti sull'onere della prova (articolo 2698 C.c.) e, più in generale, sui mezzi di prova e sull'istruttoria della controversia. Mentre l'esecuzione dei patti sull'istruttoria è affidata agli arbitri, e dunque può esserne rilevata la nullità d'ufficio, la questione della validità e della portata di un patto sull'onere della prova si pone in presenza di una istanza istruttoria in violazione dello stesso, di guisa che sorge in correlazione con una iniziativa di parte. Sarà la mancata contestazione dell'altra a sollevare l'interrogativo circa la rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia del patto.

I POTERI
INNOMINATI
DEGLI ARBITRITHE INHERENT
POWERS OF THE
ARBITRATORS

Essendo le richieste probatorie affidate alle parti, tendo ad escludere che gli arbitri possano fare applicazione di una clausola limitativa delle facoltà probatorie —una clausola che li vincola ai sensi dell'articolo 816 bis, 1° comma, C.p.c.— quando la parte interessata non la invochi. L'assenza di eccezioni contro un'iniziativa probatoria pattiziamente impedita può dipendere da scelte difensive o valere come acquiescenza alla deroga al patto. In ogni caso, trattandosi di deroga, il patto resterà vigente, e quindi potrà essere invocato in altre circostanze.

Il regime delle prove dettato dal codice civile (articoli 2697ss.) non è esclusivamente processuale: perciò opera —salvo che sia diversamente previsto— a prescindere dalla sede in cui viene in considerazione. L'apprezzamento delle prove, invece, è questione propria dell'attività di giudizio. Agli arbitri è rimessa la valutazione della validità dei patti sulle prove, che dovranno disapplicare quando risultino in violazione dell'articolo 2698 C.c., cioè rendano ad una delle parti «eccessivamente difficile l'esercizio del diritto». Ciò si verifica, ad esempio, quando si escluda la portata del principio di vicinanza alla prova (vedi, da ultimo, Cassazione 9869, 19 aprile 2017; Cassazione 3548, 10 febbraio 2017; Cassazione 22639, 8 novembre 2016), la cui emersione giurisprudenziale rappresenta una significativa esplicazione della ragionevolezza nell'applicazione dell'onere probatorio (articolo 2697 C.c.). La decisione arbitrale sul punto presuppone un'iniziativa di parte, nei termini poc'anzi enunciati.

Le questioni circa le deroghe al regime delle prove non appaiono condizionate dal fatto che l'arbitrato —rituale e irrituale— è un giudizio «su misura» —l'espressione, di Carnelutti (1958, p. 77), è ripresa da Punzi (2016, pp. 2 e 8); un invito alla cautela sul punto è formulato da Ricci (1974, p. 157): «altro è consentire alle parti di scegliersi "su misura" il giudice [...], altro è consentirgli di costruire "su misura" il processo»— perché il patto sui mezzi di prova va valutato sul piano sostanziale, e perciò a prescindere dal fatto che esso sia destinato ad operare davanti ad un giudice o a un arbitro.

Alcuni autori (Satta, 1959, p. 272; Punzi, 2016, pp. 11ss.; Briguglio, 2013; Bove, 2014, pp. 975ss.) sono piuttosto liberali nell'attribuire alle parti il potere di plasmare il regime probatorio in sede arbitrale per il fatto che l'arbitrato è comunque un fenomeno negoziale benché decisorio. In definitiva questo potere plasmerebbe il titolo del rapporto controverso realizzando un'accettazione convenzionale di un criterio o di una fonte di giudizio (vedi Satta, 1959, p. 272), con esclusione di altri, sia pure astrattamente praticabili. Altri autori (Ricci, 1974, pp. 13ss., 23, nota 44, 82ss., 131ss., 138; Vigoriti, 1993, pp. 186ss.) negano l'ammissibilità di un regime convenzionale delle prove in arbitrato (ed *a fortiori* in linea generale), pur ammettendo la validità dei patti volti ad escludere i poteri ufficiosi del giudice (Ricci, 1974, pp. 141ss.).

Possiamo distinguere la portata di questi patti a seconda che incidano: sullo svolgimento dell'istruzione probatoria; sull'onere della prova; sull'ammissibilità dei mezzi di prova; sull'efficacia e l'apprezzamento di questi ultimi. Non costituendo la consulenza tecnica propriamente un mezzo di prova, richiedono una considerazione a parte i patti che la escludano in deroga all'articolo 816 *ter*, 5° comma, C.p.c. (mentre la potestà di ricorrere ad un consulente è esplicita per il diritto italiano, essa è considerata tra gli *implied powers* in assenza di una previsione normativa o di intesa delle parti; vedi Fabbi, 2015, p. 132) o ne limitino l'ambito, od ancora limitino il numero dei consulenti oppure individuino preventivamente il consulente o i consulenti, o, ancora, escludano la nomina di consulenti di parte.

Vediamone più da vicino la portata.

L'autonomia delle parti, nell'arbitrato rituale, è impregnata da una funzione equivalente a quella giurisdizionale (v. l'articolo 824 *bis* C.p.c.), con le limitazioni insite nel dovere di rendere giustizia. I patti «riduttivi» dell'ammissibilità dei mezzi di prova o che ne delimitano l'efficacia e la possibilità di apprezzamento sono validi nei limiti dell'articolo 2698 C.c. Secondo cui essi sono validi se non attengono a diritti indisponibili (come, ad esempio, le regole sulla contabilità di enti pubblici) e se «l'inversione o la modificazione» dell'onere della prova non produce l'effetto «di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto».

I patti «ampliativi» hanno una portata peculiare. Se si conviene che, come accennavo, gli arbitri sono titolari di una potestà originaria, in virtù della quale possono avvalersi dei poteri istruttori del giudice del lavoro (articolo 421, 2° comma, C.p.c.), il patto che esplicitamente attribuisca loro tale facoltà avrà la sola funzione di impedire contestazioni in merito all'esistenza della stessa, così come di altri poteri di tipo istruttorio esercitabili dal giudice civile solo su istanza di parte.

Ma possono darsi anche patti «ampliati» che non hanno una funzione meramente confermativa della potestà *ex lege* degli arbitri. Essi hanno una funzione sostanziale ampliando pattiziamente il novero delle prove, come, ad esempio, quelli che istituiscono presunzioni convenzionali. La loro validità va apprezzata, come dicevo, valutandoli in base alla meritevolezza degli interessi che perseguono (articolo 1322 C.c.), e cioè per la coerenza che assumono nell'ambito della funzione di rendere giustizia.

Occorre, in altri termini, considerare che le clausole incidenti sulla definizione delle liti tendono ad orientare e calcolare gli esiti del contenzioso, e perciò rappresentano un modo di regolamentare il rapporto. Quando esse, come accade normalmente, sono nel contratto da cui origina la controversia, svolgono una funzione sostanziale prima che processuale, perché ne disciplinano l'esecuzione. Pertanto è la buona fede nell'esecuzione del contratto (articolo 1375 C.c.) a fornire il parametro con cui apprezzarne la portata, inducendo a disapplicarle – sancendone l'inefficacia – quando si rivelino incompatibili con l'esigenza, insita in ogni contratto, di garantirne un'esecuzione compatibile con l'assetto di interessi che primariamente ne emerge (vedi del Prato, 2017, pp. 131ss., dove ulteriori riferimenti). La clausola incompatibile, la quale cada l'interesse che è il centro di gravità del contratto, è inefficace. In definitiva si tratta di una valutazione secondo ragionevolezza (mi sia, ancora, concesso di rinviare a del Prato, 2012, specialmente pp. 115ss.). La nullità della clausola non può estendersi all'intero contratto (articolo 1419, 1° comma, C.c.), in ragione della portata cogente del canone di correttezza e buona fede (articoli 1175 e 1375 C.c.), il cui fondamento è di rango costituzionale (articolo 2 Costituzione; il tema richiederebbe ben più ampie argomentazioni; mi limito ad un cenno alla giurisprudenza: Cassazione 24071, 13 ottobre 2017; Cassazione 9006, 6 maggio 2015; Cassazione 21994, 6 dicembre 2012; Cassazione 10182, 4 maggio 2009; con particolare riguardo all'interpretazione ed alla disapplicazione di clausole contrattuali, vedi Cassazione 5348, 5 marzo 2009; Cassazione 24733, 7 ottobre 2008; e Cassazione 10926, 2 novembre 1998).

Le parti, dunque, possono limitare le facoltà degli arbitri in relazione alle modalità di assunzione delle prove, ma non precludere l'istruttoria. Ad esempio, possono inibire la prova testimoniale, richiedendo, tuttavia, specifici mezzi probatori alternativi, come lo scritto, la documentazione fotografica o filmata di determinate circostanze o specifiche asseverazioni delle stesse⁴. Possono, inoltre, circoscrivere l'audizione come testi a determinate persone, o prevedere specifiche modalità di assunzione;

⁴ Vedi Cassazione 1070, 2 febbraio 1994: «Quando le parti, [...] al fine di prevenire contestazioni, convengono che una determinata circostanza debba essere provata in un modo predeterminato, non è ammesso il ricorso a prove diverse —testimoniali o presuntive— se non siano equipollenti a quella pattuita».

estendere l'ambito della prova testimoniale o sottrarre agli arbitri ogni facoltà decisoria in merito alla sua ammissibilità. Il tutto in applicazione dell'articolo 816 *bis*, 1° comma, C.p.c. e in deroga all'articolo 816 *ter* C.p.c.

È anche valido il patto che escluda la rilevanza probatoria di confessioni (articoli 2733 e 2735 C.c.: vedi, in tal senso, Briguglio, 2013, pp. 865, 872) ed, *a fortiori*, la cogenza probatoria dei fatti non specificatamente contestati (articolo 115 C.p.c.). Quest'ultimo inerisce al processo ordinario, e pertanto vige in sede arbitrale in via analogica: inderogabile nel processo ordinario, è dunque derogabile nella giustizia privata (sul principio di non contestazione e sull'onere di contestazione in sede arbitrale vedi Briguglio, 2013, pp. 873ss.). Non potranno, invece, le parti limitare il potere degli arbitri in merito alla rilevanza ed all'apprezzamento delle deposizioni testimoniali perché ciò importerebbe una irragionevole menomazione della potestà di giudizio (vedi l'articolo 116 C.p.c.).

VII. *SEGUE*: I PATTI SULLA CONSULENZA D'UFFICIO

Gli arbitri rituali possono espressamente avvalersi di uno o più consulenti tecnici ai sensi dell'articolo 816 *ter*, 5° comma, C.p.c.; quelli irrituali in applicazione dell'articolo 1708 C.c., in quanto ciò sia necessario all'adempimento della funzione decisoria (anche l'articolo 2232 C.c., in tema di prestazione d'opera intellettuale, consente al prestatore d'opera di valersi, «sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti ed ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione»). Dunque, il potere di questi ultimi è innominato.

Assai dibattuta è la portata del patto che lo precluda nell'arbitrato rituale. Secondo alcuni esso è nullo perché in contrasto coi principi di ordine pubblico processuale e con il principio del libero apprezzamento del giudice (Ricci, 1974, pp. 120ss.; Vigoriti, 1993; Ricci, 2013, pp. 649ss.; Tizi, 2012, per la quale il solo effetto del divieto di avvalersi di c.t.u. è che i costi della stessa restino a carico degli arbitri quando siano stati scelti «in considerazione di loro specifiche competenze tecniche o giuridiche necessarie alla risoluzione della lite e, ciononostante, questi abbiano disposto una consulenza tecnica o giuridica non approvata, o meglio, ostacolata dai contendenti» (2012, p. 741)). Altri lo ritengono sempre ammissibile (Punzi, 2012, p. 270; Auletta, 2002, pp. 1130ss.; Zoppini (2015, pp. 774ss.) lascia aperta la questione: se, da un lato, il dovere di rendere giustizia non tollera limitazioni, dall'altro, la disponibilità del diritto controverso conduce alla preminenza della volontà delle parti). Altri, ancora, lo ritengono efficace in relazione alla composizione del collegio prescelta dalle parti (ad es. medici, ingegneri), funzionale ad escludere la necessità del ricorso alla consulenza (Verde, 2015, p. 132;

Consolo, 2016, p. 654). Ciò peraltro, non potrebbe avere l'effetto di impedire agli arbitri di ricorrervi, ma solo quello di onerarli dei relativi costi.

Altri ancora, pragmaticamente, spostano l'angolo di osservazione sulla «coscienza del giudice privato», consigliando all'arbitro di non accettare l'incarico o di rinunziarvi in modo giustificato se non era a conoscenza del divieto di avvalersi di consulenti, salvo che egli sia stato designato proprio in quanto perito (Bove, 2014, p. 1000). Altri, infine, scindono l'efficacia del divieto (Briguglio, 2015, p. 763): esso non impedisce la piena utilizzabilità della consulenza, ma i costi faranno carico solo agli arbitri perché hanno operato in violazione del mandato (articolo 1708 C.c.; vedi anche l'articolo 2232 C.c.).

Il parametro di giudizio prima enunciato -che valuta la compatibilità del patto con gli effetti caratterizzanti il contratto in base alla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti (articolo 1322 C.c.), plasmata dalla buona fede- consente il bilanciamento tra la funzione di rendere giustizia e la disponibilità dei diritti controversi. Occorrerà, dunque, valutare gli interessi sottesi alla previsione che esclude o limita il ricorso alla c.t.u.: ad es. la tutela della segretezza di tecniche industriali non brevettabili o, più limitatamente, il contenimento dei costi. È, inoltre, utile distinguere il contenuto dell'accertamento che si intende compiere: una mera ricognizione materiale o anche una valutazione. Nel primo caso il divieto di c.t.u. può risultare immeritevole di tutela in quanto ingiustificatamente limitativo dell'onere della prova allorché, per il principio di vicinanza alla prova, non risultino altrimenti acquisibili elementi istruttori necessari al giudizio.

È comunque doveroso che gli arbitri siano preventivamente resi edotti dell'esistenza del limite istruttorio: in difetto, potrà ritenersi loro consentito di rinunziare all'incarico che non avrebbero accettato, in quanto, ad es., privi delle adeguate competenze tecniche, ravvisandosi in ciò una giusta causa (articolo 1727 C.c.). Ciononostante sono prospettabili soluzioni diversificate in relazione all'interesse per cui la c.t.u. è stata preventivamente esclusa dalle parti. Se esso è dato dal riserbo, gli arbitri, prima di accettare, dovranno valutare il possesso di competenze tecniche tali da escludere il ricorso ad un consulente, pena l'inadempimento in caso contrario. Se, invece, esso è circoscritto al contenimento dei costi o è dato dall'affidamento nella competenza degli arbitri, questi potranno disporre una consulenza, ma i costi resteranno a loro carico.

Resta, infine, il fatto che il parametro di fondo nel valutare l'esclusione pattizia di una consulenza, è l'articolo 24 Costituzione, data la funzione paragiurisdizionale dell'arbitrato rituale, che tende ad effetti identici alla sentenza (articolo 824 *bis* C.p.c.). Ciò impone la comparazione delle

I POTERI
INNOMINATI
DEGLI ARBITRI

THE INHERENT
POWERS OF THE
ARBITRATORS

diversità di trattamento giuridico tra situazioni identiche, quanto agli effetti, valutandone la ragionevolezza in applicazione dell'articolo 3 Costituzione. Ciò induce, dunque, a particolare cautela nel riconoscere efficacia a patti inibitori della consulenza.

VIII. *SEGUE*: NELL'ARBITRATO IRRITUALE

La natura dell'arbitrato irrituale apre uno scenario solo parzialmente diverso. Non si può negare che, in linea di principio, le parti possano legittimamente escludere il ricorso a una consulenza, data la derogabilità degli articoli 1708, 1717 e 2232 C.c. Tuttavia anche in questo caso è doverosa la valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti dal patto, nei termini prima enunciati, perché la stessa distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale, in relazione alle circostanze, può risultare artificiosa. L'arbitrato irrituale ha un senso su questioni che richiedono accertamenti tecnici non dissimili da quelli propri di una consulenza, come accade in ambito medico legale e, più in generale, nella quantificazione di un danno; assai meno quando vengono in rilievo esclusivamente questioni giuridiche, dove, nonostante le etichette e le diversità, i due modelli arbitrali sono, nella realtà, gestiti e «vissuti» allo stesso modo.

Se la clausola che esclude la consulenza supera il vaglio di meritevolezza, la sua violazione collide con le «regole imposte dalle parti»: perciò potrà provocare l'annullabilità del lodo se risulta che tali regole sono dettate «come condizione di validità» dello stesso (articolo 808 *ter*, 2° comma, numero 4, C.p.c.). Il favore per la conservazione degli atti induce a richiedere che la determinazione delle parti in tal senso sia univoca. Inoltre occorre considerare che il lodo irrituale è espressione della volontà delle parti, integrata dagli arbitri: sicché il ricorso ad una consulenza inibita può escludere che il lodo rispecchi quella volontà solo quando, per ambito ed efficienza, gli accertamenti del consulente siano determinanti della decisione arbitrale.

RIFERIMENTI

Auletta, F. (2002). L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale. *Rivista di Diritto Processuale*, 57(4), 1123-1144.

Auletta, F. (2017). Le decisioni cautelari e di merito degli arbitri nell'arbitrato societario italiano (per un ripensamento del potere di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata: articolo 35, c. 5, d. lgs. n. 5/2003). *Rivista dell'Arbitrato*, 27(2), 271-282.

Bassi, N. (2000). Le competenze decisorie del giudice amministrativo fra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate. *Diritto Processuale Amministrativo*, 453ss.

Bassi, N. (2001). *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milano: Giuffrè.

Bertoldi, V. (2015). Il favor per l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale quale eccezionale deroga all'articolo 824 bis C.p.c. Nota a Cass. 7 aprile 2015 n. 6909. *Giurisprudenza italiana*, 1467ss.

Bove, M. (2014). L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale. *Il Giusto Processo Civile*, 4, 961-1006.

Briguglio, A. (2013) Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»). *Rivista dell'Arbitrato*, 23(4), 859-882.

Briguglio, A. (2015). La consulenza tecnica in arbitrato tra *soft law* e questioni irrisolte ma risolvibili. *Rivista dell'Arbitrato*, 25(4), 763-768.

Camelutti F. (1958). *Diritto e processo*. Napoli: Morano.

Consolo, C. (2016). Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori —e residualmente degli arbitri come mandatari— negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico. In A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola e B. Sassani (cur.), *Studi in onore di Nicola Picardi* (pp. 643-688). Pisa: Pacini.

Del Prato, E. (2009). Le risoluzioni negoziali delle controversie. In N. Lipari, P. Rescigno e A. Zoppini (cur.), *Diritto civile IV: Attuazione e tutela dei diritti. Tomo II: L'attuazione dei diritti* (pp. 535-598). Milano: Giuffrè. Riprodotto in E. del Prato, *Fuori dal processo: Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*. Torino: Giappichelli, 2016.

Del Prato, E. (2011). *Dieci lezioni sul contratto*. Padova: Cedam.

Del Prato, E. (2012). Contratti misti: variazioni sul tema. *Rivista di Diritto Civile*, 58(1), 87-120.

Del Prato, E. (2014a). Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato. *Giustizia civile*, 2, 381-391.

Del Prato, E. (2014b). I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, numero speciale, 265-278.

Del Prato, E. (2017). Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette. *Annali della SISDIC*, 1, 105-141.

Fabbi, A. (2015). *La prova nell'arbitrato internazionale: Limiti all'autonomia della volontà nella disciplina dell'istruzione e modelli di case management della prassi del commercio internazionale*. Torino: Giappichelli.

Fazzalari, E. (1987). Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile). In *Digesto delle discipline privatistiche: Sezione civile* (vol. I, pp. 398ss.). Torino: Utet.

Gaeta, P. (2003). Inherent Powers of International Courts and Tribunals. In L.C. Vohrah (cur.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in honour of Antonio Cassese* (pp. 353-372). LAia: Kluwer Law International.

Gradi, M. (2016). Cognizione sulla *potestas judicandi* degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale. Nota a Cass. 23 febbraio 2016 n. 3481. *Giurisprudenza italiana*, 1691ss.

Hernandez, G. (2014). *The International Court of Justice and the Judicial Function*. Oxford: Oxford University Press.

International Law Association (ILA) (2014). International Commercial Arbitration: Report for the Biennial Conference in Washington D.C. (aprile 2014).

International Law Association (ILA) (2016). Resolution No. 4/2016, International Commercial Arbitration (http://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/No.4_Resolution_2016_InternationalCommercialArbitration.pdf)

La China, S. (2007). *L'arbitrato: Il sistema e l'esperienza*. Milano: Giuffrè.

Marullo di Condojanni, S. (2008). *Il contratto di arbitrato*. Milano: Giuffrè.

Morbidelli, G. (2007). Il principio di legalità e i c.d. *poteri impliciti*. *Diritto Amministrativo*, 4, 703-778.

Patrono, V.M. (1974). *Sistema dei regulatory powers e Corte Suprema Federale*. Milano: Giuffrè.

Pizzorusso, A. (2007). Giustizia costituzionale (diritto comparato). *Enciclopedia del diritto: Annali* (vol. I, pp. 669ss.). Milano: Giuffrè.

Punzi, C. (2012). *Disegno sistematico dell'arbitrato* (2da ed., vol. II). Padova: Cedam.

Punzi, C. (2016). Consulenza tecnica e giudizio arbitrale. *Rivista di Diritto Processuale*, 71(1), 1-16.

Ricci, E.F. (1974). *La prova nell'arbitrato rituale*. Milano: Giuffrè.

Ricci, G.F. (2013). Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove. *Rivista dell'Arbitrato*, 23(3), 621-650.

Satta, S. (1931). *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè.

Satta, S. (1959). *Commentario al Codice di procedura civile* (vol. 4, 2da parte). Milano: Giuffrè.

Tizi, F. (2012). Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale. *Rivista dell'Arbitrato*, 22(3), 719-743.

Verde, G. (2015). *Lineamenti di diritto dell'arbitrato* (5ta ed.). Torino: Giappichelli.

Vigoriti, V. (1993). Arbitrato e consulenza tecnica. *Rivista dell'Arbitrato*, 185ss.

Zoppini, A. (2015). La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale. *Rivista dell'Arbitrato*, 25(4), 769-782.

Giurisprudenza, normativa e altri documenti legali Codice civile (C.c.) (Italia).

Codice di procedura civile (C.p.c.) (Italia).

Decreto legislativo 5/03, Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (17 gennaio 2003), *Gazzetta Ufficiale*, 17, 22 gennaio 2003, Supplemento Ordinario 8.

Decreto legislativo 40/06, Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80 (2 febbraio 2006), *Gazzetta Ufficiale*, 38, 15 febbraio 2006, Supplemento Ordinario 40.

Legge 203/82, Norme sui contratti agrari (03 maggio 1982), *Gazzetta Ufficiale*, 121, 05 maggio 1982, 3279-3296.

Legge 533/73, Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie (11 agosto 1973), *Gazzetta Ufficiale*, 237, 13 settembre 1973, 6282-6291.

Legge 604/66, Norme sui licenziamenti individuali (15 luglio 1966), *Gazzetta Ufficiale*, 195, 06 agosto 1966, 3986-3987.

Udienza 27 dicembre 1904; Pres. Massazza, Est. Invr a, P.M. Cavalli (concl. conf.); Ruschetti e Colepio (Avv. Tamanti) c. Ditta Boutet Frères e C. (Avv. Alberti), *Il Foro Italiano I*, 30(1905), 366-373.

Recibido: 02/02/2018
Aprobado: 17/04/2018

185

I POTERI
INNOMINATI
DEGLI ARBITRITHE INHERENT
POWERS OF THE
ARBITRATORS