



Corso sull'arbitrato

Arbitrato rituale ed irrituale: differenze

Definizione di arbitrato rituale: ricorre quando le parti di una controversia demandano ad un arbitro l'esercizio di una giurisdizione concorrente con quella ordinaria per la risoluzione di una lite.

Definizione di arbitrato irrituale: si ha un arbitrato irrituale quando agli arbitri è conferita la risoluzione di un rapporto controverso mediante una dichiarazione di volontà che viene imputata alle stesse parti del rapporto.

Nella prima ipotesi l'arbitrato è espressamente disciplinato dal codice di rito; nella seconda invece l'arbitrato non trova una compiuta regolamentazione legislativa e si concretizza nell'accordo con cui al terzo viene affidato il compito di risolvere la controversia con una dichiarazione sostanzialmente transattiva o accertativa dei diritti e degli obblighi delle parti, a seconda del contenuto dell'incarico.

L'arbitrato rituale si conclude con un lodo che ha gli stessi effetti di una sentenza pronunciata in primo grado dal Giudice ordinario mentre l'arbitrato irrituale è una procedura conosciuta tipicamente solo in Italia e si conclude con una decisione avente valore contrattuale ed impugnabile dianozi al Tribunale.

Oggi, qualora le parti optino per un arbitrato irrituale dovranno esplicitarlo nella convenzione arbitrale (art. 803 ter c.p.c.).

Il lodo reso nell'arbitrato rituale fa stato tra le parti ai sensi dell'art. 2909 c.c., e determina le preclusioni di cui all' art. 324 c.p.c. ovvero sia è idoneo a determinare sia il giudicato formale che sostanziale. Nell'arbitrato irrituale invece il lodo ha solo efficacia contrattuale per cui questo secondo tipo di lodo non può acquistare esecutorietà, né essere impugnato per nullità davanti alla Corte d'appello, rimanendo l'unica impugnazione possibile quella di annullabilità di cui all'art. 808 ter c. 2 per i motivi tassativamente elencati, omologhi ai motivi di impugnazione del lodo rituale di cui all'art. 829 c.p.c. n. 1, 2, 3, 4 e 9.

Come si fa a qualificare un arbitrato come rituale o irrituale?

Occorre innanzitutto analizzare la clausola compromissoria così come formulata dalle parti.

Per orientamento costante della Cassazione l'interpretazione della clausola compromissoria e del compromesso, alla stregua di ogni altra espressione di volontà delle parti, spetta esclusivamente al giudice di merito, dovendosi all'uopo esaminare circostanze di fatto, valutare comportamenti, accertare il significato grammaticale delle espressioni utilizzate, ed indagare circa la comune volontà delle parti.

L'indagine, dunque, non può fermarsi alla superficie delle espressioni letterali adottate ma deve accertare la concreta volontà negoziale che ad essa sottende.

In tale ottica la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale va compiuta indagando, al di là delle espressioni letterali usate, se esse avessero inteso affidare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella propria del giudice ordinario, derogando alla sua competenza, ovvero conferire all'arbitro un mandato a definire la controversia sul piano negoziale.

Nel dubbio, in mancanza di una chiara volontà derogatoria desumibile dal compromesso o dalla clausola compromissoria, il riferimento delle parti alla soluzione di determinate controversie all'arbitrato, normalmente costituisce espressione della volontà di far riferimento all'istituto tipico dell'arbitrato regolato dal codice di rito.

Ancora di recente la Cassazione (sentenza del 7.4.2015 n. 6909) ha definitivamente statuito che in ipotesi di clausola arbitrale dubbia si deve dare preferenza all'arbitrato rituale.

Affinchè vi sia arbitrato irrituale occorre comunque che vi sia una espressa disposizione scritta delle parti volta a stabilire che gli arbitri si pronuncino mediante **determinazione contrattuale** (art. 808 ter c.p.c.).

La forma scritta è richiesta ad probationem. Vd. Cass. Civ. n. 18679 del 12.9.2011 che così si è espressa in relazione ad una clausola del seguente tenore non sottoscritta da entrambe le parti ma soltanto da una di esse “*il presente contratto n. 134/136/138 è regolato dalle borse mercato di categoria i cui arbitri saranno incaricati a dirimere eventuali controversie tra le parti*”.

Tale clausola è stata ritenuta da un lato indeterminata e dall’altro lato non indicativa della volontà di deferire ad arbitrato irrituale la controversia in quanto non era stata fornita la prova che le parti avessero condiviso (anche con successivi documenti scritti) la scelta espressa da una sola di esse di risolvere la controversia mediante arbitrato irrituale.

Ancora nel dubbio la convenzione arbitrale si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce. Questo vale sia per l’arbitrato rituale che irrituale.

Esiste anche un'importante differenza tra lodo rituale ed irrituale: il primo va impugnato davanti la Corte d'Appello per i motivi di cui all'art. 829 c. 1 c.p.c. e, se previsto dalle parti, può essere impugnato anche per error in iudicando (nei termini di cui all'art. 828 c.p.c.) mentre il lodo irrituale può essere impugnato solo davanti al Giudice ordinario per i cinque motivi di cui al secondo comma dell'art. 808 ter c.p.c. L'azione è di annullamento e va proposta nell'ordinario termine quinquennale.

ARBITRATO DI DIRITTO E ARBITRATO DI EQUITA'

I compromettenti possono scegliere se dirimere la lite attraverso l'applicazione del diritto statutale oppure mediante un giudizio di equità.

Norma di riferimento è l'art. 822 c.p.c. che dispone che gli arbitri decidono secondo le norme di diritto salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità.

Il giudizio equitativo può rappresentare in particolari circostanze un miglioramento rispetto al giudizio di diritto in quanto consente di porre rimedio ad ipotesi in cui la rigida applicazione di norme codificate porterebbe a conseguenze inique.

L'arbitro di equità, non essendo tenuto ad una rigorosa attenzione verso le regole scritte, - sempre che non si tratti di norme di applicazione necessaria – può adottare ragionamenti diversi e pervenire risultati diversi da quelli derivanti dalla rigida applicazione delle regole scritte.

Cosa significa giudicare secondo equità? Quale è la natura del giudizio di equità?

- 1) Tesi soggettiva: l'arbitro di equità decide seguendo i dettami della propria coscienza in ordine allo specifico caso concreto, applicando cioè il personale senso di giustizia;
- 2) Tesi oggettiva: l'arbitro d'equità decide applicando le regole diffuse nella comunità e perciò preesistenti al sorgere della controversia;
- 3) Tesi c.d. riduzionista: il giudice di equità si deve attenere al diritto positivo, affinandolo e plasmandolo in funzione del caso da decidere.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale di legittimità prevalente l'equità a cui si fa riferimento nell'art. 822 c.p.c. attiene alle regole etico-sociali tratte dalla morale e dalla coscienza comune, nel rispetto dei principi generali e delle norme fondamentali dell'ordinamento.

In ragione di ciò se gli arbitri invece di decidere secondo equità procedono secondo diritto, la conseguenza che ne scaturisce è la nullità del lodo per violazione dell'art. 829 comma 1 n. 4) c.p.c. poiché la decisione esorbita i limiti di potere loro conferiti; tuttavia, nel caso in cui siano chiamati a decidere secondo equità, gli arbitri possono decidere secondo diritto qualora ritengano che l'applicazione delle norme di diritto

coincida con l'equità o sia comunque più equa per quella determinata controversia (vd. tra tante Cass. Civ., sez.I, n. 1183 del 20.1.2006).

E' bene ricordare che attualmente vige un favor per l'arbitrato di diritto; infatti, l'art. 822 c.p.c. stabilisce che gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità. Ciò significa che pur non occorrendo una espressa disposizione scritta è comunque richiesto che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri decidano secondo equità.

Nell'arbitrato di equità gli arbitri sono tenuti a segnalare alle parti la regola di giudizio che sarà applicata al caso concreto.

CONTROVERSIE ARBITRABILI

Il criterio per individuare le materie arbitrabili ai sensi dell'art. 806 c.p.c. è un criterio negativo: ossia sono arbitrabili tutte le controversie “che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”. Il secondo comma stabilisce poi che “le controversie ex art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti collettivi di lavoro.

Dunque, alla stregua dell'art. 806 c.p.c. l'arbitrabilità rappresenta la regola e la non arbitrabilità l'eccezione.

Non è agevole definire cosa si intende per “diritti indisponibili” e quindi a contrario quali siano quelli disponibili.

In linea generale si ritiene che siano disponibili i diritti rispetto ai quali il titolare abbia il potere negoziale, cioè il potere di determinarsi e darsi regole di condotta. E' pacifico che tale potere negoziale non sussiste per esempio per i diritti inerenti la filiazione, il matrimonio, la separazione, il divorzio, nei quali entrano in gioco interessi che trascendono quelli del titolare del relativo diritto.

Alcuni autori invece ritengono disponibili quei diritti in relazione ai quali il titolare ha la disponibilità dell'azione.

Vi sono alcune tipologie di controversie che, secondo la giurisprudenza, non sono arbitrabili:

- a) Le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa delle delibere di approvazione di bilancio e delle delibere nulle (così per es. Cass. civ. 13.10.2016 n. 20674 e Cass. Civ. 30.9.2015 n. 19546);
- b) Le controversie per le quali è obbligatorio l'intervento del P.M.;
- c) Le controversie relative all'impugnazione di delibere di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche dal giudice d'ufficio (a queste sono equiparate le delibere prese in mancanza assoluta di informazione);
- d) In materia amministrativa le controversie aventi per oggetto interessi legittimi.

Va poi ricordato che, a seguito della riforma del 2006 gli arbitri possono decidere incidenter tantum questioni pregiudiziali che per legge non possono costituire oggetto di compromesso mentre gli arbitri sono tenuti a sospendere il procedimento se per legge tali questioni debbano essere decise con efficacia di giudicato (vd. art. 819 c.p.c.).

Conseguenze:

la clausola compromissoria avente per oggetto diritti indisponibili ed il relativo lodo che venga emesso sulla base di tale clausola devono ritenersi inesistenti o quanto meno nulli. Secondo parte della dottrina si tratterebbe di nullità insanabile e non sarebbe applicabile l'art. 817 comma 3 c.p.c. (ai sensi del quale la parte che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale non può per questo motivo impugnare il lodo).

CLAUSOLE DI MEDIAZIONE-ARBITRATO

L'opportunità di clausole multi-step che combinino la mediazione finalizzata alla conciliazione e l'arbitrato è evidente. La possibilità è indiscutibile (deriva dal generale principio di autonomia contrattuale). La mediazione e l'arbitrato stanno su due piani diversi: - la mediazione è l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

l'arbitrato è comunque un giudizio (art. 806 c.p.c.) che decide la controversia sostituendo la statuizione arbitrale alla volontà delle parti; persino l'arbitrato irrituale (art. 808 ter c.p.c.) differisce dalla mediazione-conciliazione in quanto la controversia è definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale e non dalle parti stesse; al contrario il mediatore non ha il potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio. Dunque, arbitrato e mediazione possono utilmente coesistere come mezzi, in combinazione tra loro, di risoluzione di controversie "su diritti disponibili". In entrambi i casi, infatti, la validità della clausola di mediazione e della convenzione arbitrale è condizionata al fatto "che non abbiano per oggetto diritti indisponibili" (art. 806 c.p.c. e art. 2 del Decreto).

Nel nostro ordinamento non è ammissibile che il mediatore assuma anche la veste di arbitro secondo il disposto dell'art. 815 c.p.c. che prevede la ricusabilità dell'arbitro che ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.

Al contrario la clausola Mediazione e arbitrato in cui le parti sono vincolate contrattualmente al preliminare esperimento del procedimento di mediazione o conciliazione, fallito il quale si potrà adire il procedimento arbitrale, ma le funzioni di arbitro e di conciliatore sono ben distinte e demandate a persone diverse, ben può soddisfare, in maniera legittima ed efficace, le esigenze delle parti contrattuali sottese alla sottoscrizione di una clausola “multi-step”.

VANTAGGI

in taluni contesti e a talune condizioni, la risoluzione pacifica e rapida delle dispute, fondata anche sulla riconciliazione emotiva fra le parti e finalizzata al ripristino delle relazioni preesistenti, è preferibile alle situazioni in cui una autorità – comunque denominata – decide chi ha ragione e chi ha torto.

E' fondamentale che le parti scelgano tale possibilità quando intravedono una chance di risoluzione della controversia senza passare attraverso la decisione di un'autorità (qualunque essa sia).

Esempi di clausola di mediazione-arbitrato:

1 **“Ogni controversia nascente o comunque collegata al presente contratto, comprese quelle relative alla sua interpretazione, validità, efficacia, esecuzione e risoluzione, dovrà essere oggetto di un tentativo di mediazione ai sensi del D.Lgs n. 28/2010 e secondo le disposizioni del Regolamento di procedura dell’Organismo, iscritto al n. nel Registro tenuto presso il Ministero della Giustizia. Le parti si impegnano a ricorrere alla mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento giudiziale o arbitrale.”**

2 **“Tutte le controversie nascenti dal presente contratto verranno sottoposte ad un tentativo preliminare di mediazione presso la Camera di Commercio di....., secondo il Regolamento da essa adottato. Ogni controversia non risolta con la mediazione dovrà essere definita mediante arbitrato gestito dalla Camera Arbitrale di....., secondo il relativo Regolamento di arbitrato, che le parti dichiarano di conoscere e accettare. L’Organo Arbitrale, nominato secondo Regolamento, deciderà con i poteri di arbitro rituale secondo diritto, con lodo destinato ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai sensi e per gli effetti dell’art. 825 c.p.c.”**

LA PROSPETTAZIONE AL CLIENTE

Occorre prospettare al cliente l'opportunità di deferire o meno la vertenza agli arbitri e prospettare il tipo di arbitrato più indicato a seconda del tipo di materia del contendere e dell'intenzione del cliente.

Ecco alcune brevi considerazioni.

Innanzitutto, può essere opportuno ed anzi consigliabile prevedere una clausola compromissoria quando la controparte contrattuale sia straniera. Infatti, in caso di mancato inserimento, troveranno applicazione le ordinarie regole di diritto internazionale privato per individuare il giudice che dovrà risolvere la lite, giudice che potrebbe appunto essere un giudice straniero.

Inoltre, l'inserimento di una clausola arbitrale può essere opportuno qualora l'operazione economica dalla quale potrebbe scaturire la lite sia di notevole complessità e/o valore e si ritenga preferibile che sia decisa – in tempi di regola più brevi rispetto ad un giudizio ordinario – da giudici privati di propria espressione.

Ancora. L'opportunità di stipulare o meno una clausola arbitrale dipende anche dalla posizione contrattuale di una parte. Ad esempio, occorre considerare che, se è vero che l'arbitrato ha di regola tempi più brevi, tuttavia l'esistenza di una clausola arbitrale precluderà – in linea di principio – la possibilità di ricorrere al procedimento monitorio

e quindi in ipotesi di ottenere un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo. E' vero che l'esistenza della clausola dovrà essere eccepita in sede di opposizione dalla controparte e che ciò potrebbe anche non avvenire. Peraltro, ove ciò avvenisse, la mancata adesione all'eccezione di compromesso arbitrale sollevata dall'opponente potrebbe esporre l'opposto ad una condanna per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

Ultimo tema riguarda i costi. L'arbitrato è notoriamente ritenuto più costoso di un giudizio ordinario tuttavia, se si opta per un arbitrato amministrato, i compensi degli arbitri sono di regola calmierati rispetto a quelli che potrebbero essere richiesti applicando i parametri forensi.

La scelta poi tra arbitrato rituale ed irrituale e tra arbitrato di diritto e di equità dipende dalla tipologia di controversia ed ancor più da una maggior propensione del cliente ad avvicinare la decisione dell'arbitro a quella del Giudice (così nell'arbitrato rituale) ovvero ancora se la parte preferisca dare maggiore rilevanza a criteri di valutazione della controversia più vicini agli usi commerciali invece che alle regole di diritto.

Cosa porta le parti a scegliere tra arbitrato rituale ed irrituale?

Se si opta per l'arbitrato irrituale si evitano i termini per l'impugnazione del lodo di cui all'art. 828 c.p.c. tipici dell'arbitrato rituale. Nell'arbitrato rituale chi impugna il lodo avanti la Corte d'Appello ha 90 giorni di tempo dalla notificazione del lodo.

Al contempo però il lodo arbitrale rituale può essere portato immediatamente ad esecuzione. Se invece l'arbitrato è irrituale non vi è immediata esecutività del lodo per cui la parte deve avviare un giudizio ordinario ovvero ottenere un decreto ingiuntivo sulla base del lodo per poi procedere esecutivamente.

Da ultimo, è utile sottoporre al cliente il vantaggio derivante dall'inserimento di una clausola compromissoria che faccia riferimento all'arbitrato amministrato; in questa ipotesi infatti l'arbitro potrà attenersi ad un regolamento definito da un'istituzione ad hoc (usualmente una camera di commercio) che segnerà i vari passi dell'iter procedimentale e renderà più semplice l'adozione di provvedimenti non contestabili quanto meno sotto il profilo del rito da parte dei contendenti.