

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2012

AMLETO, LA PLURALITÀ DI PARTI SOPRAVVENUTA E LA NOMINA DEGLI ARBITRI

1. – Tizio conviene Caio in arbitrato e con lui perviene alla costituzione del collegio; la clausola è di quelle «binarie».

Senonché fra le domande di Tizio vi è anche quella di risoluzione del contratto: risulta dunque palesemente pretermesso Sempronio, parte del contratto come pure dell'accordo compromissorio.

Sempronio interviene in arbitrato a sanare la situazione, rispetto alla altrimenti evidente improcedibilità per vulnerazione del litisconsorzio necessario (artt. 816 *quater*, u.c. e 816 *quinquies*, comma secondo c.p.c.), e dichiara di accettare il collegio arbitrale così come già costituito (a seguito delle consuete nomine «di parte» ed integrato da terzo arbitro la cui nomina l'accordo compromissorio affida agli altri arbitri d'intesa o in difetto ad un terzo).

Tutto è bene quel che... No: perché, con autorevole quanto macerato lodo maggioritario contraddetto da altrettanto autorevole *dissenting*, il collegio arbitrale – ravvisato che Sempronio è (nella prospettazione di Tizio condebitore solidale di Caio ma) in potenziale conflitto di interessi rispetto a Caio – dichiara comunque improcedibile l'arbitrato sulla base dell'art. 816 *quater*, commi primo ed ultimo, c.p.c., ritenendo non integrato «l'accordo di tutte le parti» sulla composizione del collegio, atteso che Caio si è opposto alla adesione sopravvenuta di Sempronio alla nomina degli arbitri.

Quanto appena narrato, ed accaduto in vicenda già documentata in questa *Rivista* (1), stimola, ben al di là del caso di specie, riflessioni ardue e sofferte sul rapporto fra l'art. 816 *quater* e l'art. 816 *quinquies* introdotti dalla nota novella del 2006.

2. – Sorvoliamo qui sulla sussistenza o meno del conflitto di interessi fra Caio e Sempronio. Che in linea di puro diritto, ed a quel che è dato evincere dal lodo cennato, potesse discorrersi di situazione di potenziale conflitto o per lo meno di posizionamento di Caio e Sempronio su distinti e non omogenei centri di interesse, si può anche discutere, come di tutto.

(1) Trib. Arb. Milano, 7 febbraio 2011, in *Riv. dir. proc.* 2011, 943 ss.

Ma non è questo, ben contingente, l'aspetto più interessante della decisione. Il quale è invece il coordinamento – apparentemente semplice, in realtà assai complesso – fra l'art. 816 *quater* e l'art. 816 *quinquies*, e dietro a questo già intricato nodo vi è – più autentico e serio dei triti discorsi sulla «natura» dell'arbitrato – lo scenario della prevalenza, non sempre o necessariamente unidirezionale rispetto a singoli frammenti di disciplina dell'arbitrato, del processo sul negozio o viceversa.

Diamo dunque per scontato che Caio e Sempronio fossero attestati su posizioni di interesse diverse e non omogenee e dunque potenzialmente confliggenti, così come il lodo ha ritenuto con evidente riferimento alla possibile e pur subordinata rivalsa fra condebitori solidali.

E diciamo subito che se così non fosse, il problema reale che il lodo si è posto non avrebbe ragion d'essere, ed il coordinamento fra le disposizioni in questione sarebbe, con riferimento al caso di specie, davvero elementare (2).

È pacifico, infatti, che ove possa ravvisarsi un «accordo di tutte le parti» sulla nomina degli arbitri l'arbitrato multiparti è per definizione possibile già e solo in forza dell'art. 816 *quater*, comma primo. E nessun problema potrà pertanto sorgere ove il procedimento arbitrale, principiato fra due sole parti, sia poi integrato dall'intervento spontaneo del terzo pretermesso (consentito «sempre» dall'art. 816 *quinquies*), il quale aderisca alle nomine arbitrali già frutto del consenso delle parti originarie. Con tale adesione l'accordo si avrà sicuramente per realizzato e nulla potrà impedire che si realizzi anche l'effetto sanante di quell'intervento sulla procedibilità dell'arbitro. E del pari si avrà per virtualmente realizzato quell'accordo sulla nomina allorché il dissenso rispetto alla adesione del pretermesso interventore provenga da una parte originaria con quegli sicuramente schierata su di un unico fronte di interessi, e si appalesi perciò quale mero *escamotage* per sabotare insieme l'arbitrato e l'iniziativa dell'altra parte originaria, sicché appunto quel dissenso potrà e dovrà considerarsi *tamquam non esset* se non altro marchiandolo quale caso palese di abuso del diritto.

Ma dando per presupposto che gli interessi di Caio («convenuto» originario) e Sempronio (terzo pretermesso interventore) rispetto all'esito di merito del giudizio arbitrale siano potenzialmente contrastanti, le domande cui a mio avviso occorre rispondere sono le seguenti: a) può in astratto e sul piano negoziale e civilistico

(2) Come elementare è sembrato a Bruno Sassani – ma in senso diametralmente opposto alla soluzione adottata dagli arbitri – nella sua nota, come sempre assai chiara quanto questa volta garibaldina (a metà strada fra Calatafini e Bronte), apparsa a commento del lodo in questione in *Riv. dir. proc.* 2011, 951 ss. (*Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*), e nella quale esordisce affermando appunto: «il caso verificatosi non è affatto "particolarmente delicato e complesso" (come scrive il lodo)». Chiosa invece il lodo più pensosamente ed in senso sostanzialmente adesivo A. Graziosi, *Consenso delle parti e intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 293 ss. Da ultimo, anch'egli ben consapevole della difficoltà della *quaestio*, ma in senso prudentemente adesivo all'avviso dell'arbitro dissenziente, C. Consolo, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 841 ss., spec. 858-859.

ritenersi sussistente l'accordo di tutte e tre le parti sulla nomina degli arbitri quando alla adesione del terzo interveniente alla nomina originaria si contrapponga il dissenso (non *ictu oculi* capriccioso ed abusivo appunto) (3) della parte originaria in potenziale conflitto? b) e può la eventuale risposta affermativa a questa prima domanda prevalere – ecco lo scontro o se si preferisce il confronto tra negozio e processo – su di una disposizione come l'art. 816 *quinquies*, comma secondo, o accade il contrario.

Ora a me pare chiaro che la replica alla prima domanda non esaurisca la soluzione dell'intero problema, occorrendo invece affacciarsi anche e soprattutto con la seconda, e cioè in definitiva con la ricostruzione sistematica della esatta portata dell'art. 816 *quinquies*; ed è forse specialmente ciò di cui si sente un tantino la mancanza nella motivazione del lodo arbitrale che ha suscitato questo scritto, pur sempre dovendosi tener fermo che giudici o arbitri nelle motivazioni tutto debbono fare tranne che dottrina, e men che meno dottrina con pretesa di esaustività sistematica al di là delle ristrette esigenze del caso di specie.

Ma a me sembra altresì che il problema in discorso non possa essere liquidato semplicemente dicendo: a norma dell'art. 816 *quinquies* nessuna delle parti originarie può opporsi all'intervento salvifico (dalla improcedibilità dell'arbitrato) del terzo pretermesso perché l'intervento è «sempre ammesso».

Qui non si è trattato di un opporsi della parte originaria all'intervento in quanto tale del terzo pretermesso; ed è ovvio che una opposizione di questo genere, in caso ad esempio di accordo compromissorio che devolvesse la nomina dell'arbitro unico o dell'intero collegio ad una *appointing authority*, sarebbe del tutto irrilevante proprio a mente dell'art. 816 *quinquies*, una volta considerato il letterale ed in tal caso combaciante disposto dell'art. 816 *quater*, comma primo (4).

Qui si è trattato del dissenso sulla sopravvenuta adesione del terzo intervenitore ad un accordo negoziale *inter alios*, quello delle parti originarie sulla designazione degli arbitri. Si è trattato perciò, in ipotesi, della insussistenza (mancando palesemente gli altri due) di uno dei tre presupposti relativi alla costituzione dell'or-

(3) Non mi pare che possa giocare né nel senso dell'abuso né nel senso del non abuso, e sia insomma un dato in linea di massima neutro ai fini che qui interessano, quello di chi abbia eccitato il difetto di necessario contraddittorio. Un passaggio della opinione dissenziente (la quale è, con reciproca eleganza e come sempre dovrebbe accadere, «incorporata» nel lodo citato alla nota 1) induce poco meno che esplicitamente ad una riflessione in proposito (qui l'eccezione era stata sollevata dalla stessa parte originaria che si è poi opposta alla adesione dell'interveniente alla designazione degli arbitri ed ha quindi sostenuto la tesi dell'improcedibilità accolta dalla maggioranza del collegio). In realtà chi eccepisce il difetto di contraddittorio non lo fa, almeno oggettivamente, né per sabotare né per salvare l'arbitrato, né lo fa nell'interesse del terzo pretermesso; lo fa per evitare in ogni caso – vuoi che l'arbitrato resti procedibile vuoi che ci si debba trasferire davanti al giudice – una pronuncia di merito *inutiliter data*. Che poi l'arbitrato resti procedibile o meno dal punto di vista delle regole sulla pluralità di parti e sulla corrispondente composizione dell'organo arbitrale, dipende da tali regole e da altre inerenti circostanze.

(4) V. anche oltre, al paragrafo 7.

gano arbitrale che consentono lo svolgimento di un arbitrato multiparti ai sensi dell'art. 816 *quater*, e cioè l'accordo di *tutte le parti* sulla nomina. A rigore anzi, nel nostro specifico caso di specie, non vi era neppure adesione dell'interveniente ad un accordo di tutte le parti su tutti i nomi degli arbitri (perché invece il collegio era stato designato con il sistema binario e senza che vi fosse per nessuno dei suoi componenti la scelta congiunta ad opera di entrambe le parti), e perciò non si dava neppure una ipotetica formazione successiva di quel che l'art. 816 *quater*, comma primo, richiede. Ma a mio avviso le cose non muterebbero, per le ragioni che cercherò di spiegare, neppure qualora vi fosse, ad esempio, la nomina congiunta di un arbitro unico o di tre arbitri ad opera di entrambe le parti originarie ed il terzo pretermesso intervenisse aderendo successivamente a tale nomina ed incontrando però il dissenso di una delle parti originarie su tale adesione. Ed occorre appunto stabilire se per caso l'art 816 *quinqüies*, come regola processuale, ed in generale il fatto che l'arbitrato sia non solo un insieme di negozi ma anche e soprattutto un processo, non impongano di ritenere comunque superabile la esigenza posta dall'art. 816 *quater*, comma primo, e dunque irrilevante il dissenso della parte originaria rispetto all'adesione alla nomina espressa dal terzo sopravvenuto.

3. Veniamo dunque alla prima domanda.

Che in caso di posizioni di interesse potenzialmente divergenti il dissenso di una parte originaria alla adesione della parte sopravvenuta rispetto alla originaria nomina sia tutt'altro che capriccioso o abusivo ed abbia «civilisticamente» un senso tale da inficiare l'«accordo di tutti» su quella nomina, è evidente a chiunque non sia una mammola.

Vuoi nella designazione unilaterale del c.d. arbitro di parte, vuoi soprattutto nella designazione comune, diretta o per il tramite degli arbitri già designati poco importa, del terzo arbitro, la libera volontà negoziale si esplica consapevolmente sulla base degli elementi (variamente rilevanti – *ça va sans dire* – nell'una o nell'altra scelta) della fiducia e della equidistanza, o per meglio dire della fiducia nella equidistanza, pur diversamente connotata a seconda che si tratti dell'arbitro di parte o del terzo arbitro.

Questi elementi non sono considerabili in astratto, ma solo in concreto e cioè in relazione a chi sia la controparte. L'irrompere di una terza parte è idonea ad alterare fiducia e/o equidistanza e perciò a rendere plausibile e non capriccioso il mancato consenso all'adesione di quella terza parte alla nomina originaria o se si vuole la contestazione che la originaria volontà di (quella) nomina resti indifferentemente efficace nonostante la mutazione soggettiva del parterre dei litiganti.

Se Tizio e Caio hanno scelto d'accordo l'arbitro unico nella persona dell'avv. X, confidando nella sua equidistanza rispetto ad entrambi (al rispettivo *entourage*, ai rispettivi patroni... insomma considerando tutto quello che le parti notoriamente considerano prima di accedere alla delicatissima scelta concorde dell'arbitro unico o del terzo arbitro), ebbene può certo darsi che il sopravvenire della nuova parte Sempronio, che pur accetta *ex post* quella designazione, alteri significativamente l'equidistanza e la fiducia. L'avv. X è equidistante tra Tizio e Caio ma non fra Caio e Sempronio essendo a quest'ultimo particolarmente prossimo. Di quella «prossi-

mità», ben inteso, che nulla ha a che vedere neppure lontanamente con la ricusazione, ma che nondimeno avrebbe condotto Caio a non accedere affatto alla scelta di X se l'accordo sulla nomina del terzo arbitro l'avesse dovuto *ab origine* raggiungere con Sempronio (5). La imbarazzante situazione può riguardare ovviamente anche la originaria designazione degli arbitri «di parte» (6). Si consideri del resto, ancora una volta, che se la clausola è binaria e la costituzione del collegio ha avuto luogo per iniziativa di due sole parti vi sarà stato semmai autentico accordo solo sulla persona del terzo, e quanto all'arbitro della controparte mera accettazione, negozialmente prevista *a priori*, del nominativo prescelto dall'avversario; mentre l'accordo richiesto dall'art. 816 *quater*, comma primo, per il caso di arbitrato con pluralità di parti, è accordo autentico di tutte le parti sui nominativi di tutti gli arbitri, sicché appunto la semplice adesione alla costituzione del collegio da parte dell'interveniente non rappresenta neppure – né sul piano formale né su quello del delicato equilibrio sotteso alle scelte di autonomia negoziale qui in considerazione – integrazione successiva del negozio che la legge richiede per la procedibilità dell'arbitrato multiparti.

Ve ne è abbastanza insomma per dire «civilisticamente» che il delicatissimo negozio di nomina concorde dell'arbitro non può essere un negozio aperto ad adesioni successive, o meglio che l'adesione successiva alla nomina è efficace purché le parti originarie vi acconsentano. Con il correttivo – ripeto – che il dissenso ha da essere non abusivo e perciò proveniente da parte originaria non schierata su posizione di interesse omogenea rispetto a quella della parte sopravveniente; e con la precisazione però che, ove non abusivo, tale dissenso appartiene a pieno titolo alla incondizionata libertà negoziale evocata dall'art. 816 *quater*, comma primo, la quale si riferisce all'«accordo di tutte le parti» sulla nomina, sicché il dissenso è pura e libera espressione di volontà negativa e non deve essere motivato potendo ben restare nel foro interno dalla parte originaria le eventuali, e non certo piacevoli da esporre, constatazioni sui rischi di disequilibrio, pur al di qua del limite della ricusazione, che l'ingresso della terza parte comporterebbe. Richiedere anche una tale motivazione, a fondamento di un dissenso non abusivo della parte originaria, comporterebbe – a parte la antiestetività (superabile in un approccio empirico, per dir così, anglosassone) – la conseguenza difficilmente accettabile che sarebbero poi in prima battuta gli stessi arbitri a dover valutare l'abusività o meno del dissenso sotto un profilo coinvolgente la fiducia nella loro equidistanza.

4. La conclusione è allora che il presupposto, eminentemente negoziale, della applicazione dell'art. 816 *quater*, comma primo, nella parte in cui esso consente lo

(5) Per consonante rilievo, sia pure in contesto parzialmente diverso, v. C. Cavallini, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano 205, 118.

(6) Lo sbilanciamento sopravvenuto riguardo alla persona dell'arbitro di parte può esser di fatto perfino più pericoloso.

svolgimento di un arbitrato con pluralità di parti purché vi sia l'accordo di tutte le parti sulla nomina, non si è realizzato.

Basta ciò a giustificare la conclusione attinta dal lodo da cui si son prese le mosse: che cioè l'arbitrato sia improcedibile *ex art. 816 quater*, ultimo comma, vedendosi in caso di litisconsorzio necessario trilatero?

No, perché vi è il ragionevole dubbio che il successivo art. 816 *quinquies*, al secondo comma, non detti soltanto una disposizione sulla ammissibilità dell'intervento successivo del litisconsorte necessario pretermesso, ma detti anche una regola aggiuntiva – se occorre derogatoria *in parte qua* rispetto all'art. 816 *quater*, comma primo – in tema di procedibilità dell'arbitrato con pluralità di parti.

Nel primo caso (art. 816 *quinquies* come normativa solo sull'intervento e art. 816 *quater* come normativa esaustiva della procedibilità dell'arbitrato multiparti con riguardo alla composizione dell'organo arbitrale) dovrebbe concludersi che altro è la questione in sé dell'ammissibilità dell'intervento, la quale ammissibilità è appunto incondizionata, rispetto al consenso delle parti o degli arbitri, in caso di intervento del litisconsorte necessario (o di intervento *ex art. 105*, comma secondo), non invece in caso di intervento *ex art. 105*, comma primo o di intervento coatto, altro è lo stabilire se l'arbitrato possa poi davvero svolgersi, dal punto di vista del rapporto fra pluralità di parti (realizzata o accresciuta attraverso l'intervento) e composizione dell'organo arbitrale: questione questa che resterà integralmente ed invariabilmente disciplinata dal comma primo dell'art. 816 *quater*.

Nel secondo caso dovrebbe invece concludersi che l'arbitrato può svolgersi con pluralità di parti non solo nelle ipotesi alternativamente contemplate dall'art. 816 *quater*, comma primo, ma anche quando la pluralità sia sopravvenuta a seguito di intervento (di qualsiasi tipo di intervento pur se alle diverse condizioni di ammissibilità distinte dal primo o dal secondo comma dell'art. 816 *quinquies*) e senza che più rilevi in senso rigoroso la sussistenza di uno dei requisiti relativi alla composizione dell'organo arbitrale contemplati alternativamente dall'art. 816 *quater*, comma primo, ed in particolare il requisito dell'accordo negoziale effettivo di tutte le parti sulla composizione del collegio: l'interventore non potrà contestare quella composizione né tanto meno pretendere la nomina integrativa di un «suo» arbitro, e nessuna delle parti originarie potrà far valere l'argomento – pur fondato, sul piano rigorosamente negoziale – secondo cui l'accordo sulla composizione del collegio era semmai accordo con l'altra parte ma non con l'interventore.

5. a) Quanto alla prima soluzione (nella sostanza quella del lodo in questione), essa – su di un piano prettamente logico-sistematico e con quel tanto che basta di argomento storico – non è resistita da una ipotetica inutilità *tout court* dell'art. 816 *quinquies* come normativa della *sola* ammissibilità dell'intervento di terzo nel giudizio arbitrale, atteso che tale ammissibilità è stata notoriamente e per lungo tempo negata o comunque controversa.

Semmai il più forte argomento contro questa prima soluzione è il seguente: che senso avrebbe predicare *a contrario*, nell'art. 816 *quinquies*, comma secondo, che l'intervento del litisconsorte pretermesso è ammesso, con effetti salvifici per l'arbitrato e, proprio per ciò, senza necessità di consenso delle parti originarie

(«sempre ammesso»), se una delle parti originarie può comunque vanificare insieme quell'intervento e l'arbitrato negando il proprio assenso alla adesione dell'interventore all'organo arbitrale quale già nominato?

Vi sono due risposte. La prima – tranquillizzante sul piano formale, meno quanto alla sostanza delle cose – è quella cui si è già accennato: si tratta pur sempre di profili distinti, una cosa essendo il consenso delle parti all'intervento in quanto tale, altra cosa l'accordo di tutte le parti sulla designazione dell'arbitro; ed oltretutto siffatti due profili volontaristici, distinti sul versante logico, potrebbero anche sul versante concreto e contingente venire in considerazione in momenti diversi pur se contigui.

La seconda risposta è poco appagante sul piano dell'armonia formale del sistema, più tranquillizzante però per chi creda che il sistema, o meglio il segmento di un sistema normativo non debba necessariamente essere un insieme di elementi perfettamente combacianti ad incastro senza sovrapposizioni neppure marginali né buchi. Dal combinato disposto degli artt. 816 *quater*, comma primo, e 816 *quinquies*, comma secondo, inteso secondo la prima soluzione, verrebbe sì fuori un sostanziale e notevole ridimensionamento del «sempre ammessi»: l'intervento del litisconsorte salverebbe «sempre» la procedibilità dell'arbitrato, purché tuttavia entrambe le parti originarie siano consenzienti riguardo al perdurante equilibrio della originaria designazione arbitrale; ma il «sempre ammessi» conserverebbe una sua pregnante valenza operativa rispetto al consenso degli arbitri: indispensabile (816 *quinquies*, comma primo) in caso di intervento volontario *ex art.* 105, comma primo, irrilevante in caso di intervento sanante del litisconsorte pretermesso.

Altra obiezione alla prima soluzione è questa: l'art. 816 *quater*, ed in particolare il suo primo comma, si occupano espressamente della composizione dell'organo arbitrale e della procedibilità dell'arbitrato nel caso della pluralità di parti *originaria* e per di più contemplata a monte dalla convenzione arbitrale («qualora *più di due parti* siano vincolate *dalla stessa convenzione di arbitrato*, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale *se...*»).

Può essere dunque plausibile che il successivo art. 816 *quinquies* regoli non più solo l'intervento in arbitrato in quanto tale, bensì anche e da ogni punto di vista – completando la disciplina dell'articolo precedente – la pluralità di parti *successiva* e perfino non risalente alla convenzione arbitrale. Sennonché è difficile immaginare che una disciplina quale quella dell'art. 816 *quater*, comma primo, tutta ispirata alla cautela estrema (e perfino penalizzante la stessa effettività della convenzione arbitrale) affinché la composizione dell'organo giudicante sia rigorosamente equilibrata rispetto alle tre o più parti e l'arbitrato non si trasformi in un gioco di alleanze da Palio di Siena, debba arrestare la sua portata precettiva allorché la pluralità di parti sia sopravvenuta e per di più a seguito dell'intervento di un terzo pur estraneo alla convenzione arbitrale. Insomma – e ripeto su di un piano solo logico-sistematico – la interpretazione ed applicazione sobriamente estensiva dell'art. 816 *quater*, anche al caso della pluralità sopravvenuta, sembra a tutta prima imporsi sì da ridimensionare fatalmente la portata che l'art. 816 *quinquies*, comma secondo potrebbe altrimenti spiegare oltre i limiti della mera disciplina

dell'intervento (7). A meno che – ma siamo ai rilievi che concluderanno questo scritto – una scelta di valore radicale non giustifichi perché la cautela estrema del legislatore riguardo alla equilibrata composizione del collegio a fronte di più parti avrebbe ragione di cessare in corso di arbitrato ed in caso di intervento.

6. b) Quanto alla seconda soluzione (nella sostanza quella della *dissenting opinion* incorporata nel lodo), e sempre sul piano logico-sistematico, una possibile obiezione rappresenta il contraltare dell'ultima di cui si è detto riguardo alla prima soluzione e si innesta immediatamente sulla replica ad essa cennata a chiusura del paragrafo precedente. Se davvero l'art. 816 *quinquies*, intitolato all'intervento, contenesse implicitamente disciplina erosiva di quella dell'articolo precedente intitolato alla «pluralità di parti» (e del quale, come detto, può ragionevolmente e fino a prova contraria predicarsi vocazione estensiva fino al caso della pluralità di parti sopravvenuta), nel primo comma dell'art. 816 *quater* sarebbe scritto, a scanso di ogni equivoco, «fermo quanto previsto all'articolo seguente».

Mi rendo conto però che gli argomenti fondati sulla presunzione di coerenza e completezza lessicale del legislatore sono sempre più labili.

L'obiezione più forte alla seconda soluzione mi sembra dunque la seguente, anch'essa riprodottriva di rilievi già svolti al paragrafo precedente e sull'altro versante.

(7) Se si accoglie questa interpretazione «sobriamente estensiva» dell'art. 816 *quater* (ma ammetto che qualcuno potrebbe trovarla un po' più che sobria, ed in definitiva tutto dipende – credo e come sto per accennare nel testo – dalla scelta di valore che prospetterò a conclusione di queste pagine), se si accoglie questa interpretazione estensiva – dicevo – cade anche la preoccupazione (v. Consolo, *op. cit.*, 859) circa «l'immotivata disparità di trattamento tra litisconsorte necessario pretermesso parte della convenzione arbitrale (il cui intervento sarebbe allora subordinato al consenso delle parti del giudizio), e litisconsorte necessario pretermesso terzo (per il cui intervento l'art. 816 *quinquies* espressamente esclude la necessità di consenso espresso)». In realtà la necessità del consenso delle parti originarie è escluso dal tenore letterale dell'art. 816 *quinquies*, comma secondo, senza alcuna distinzione fra litisconsorte interveniente estraneo all'accordo compromissorio e litisconsorte interveniente parte dell'accordo. E nessuna distinzione, o immotivata disparità di trattamento fra i due, vi sarebbe qualora la cennata interpretazione estensiva dell'art. 816 *quater*, comma primo, prevalessse sul tenore dell'art. 816 *quinquies*, nel senso di consentire alla parte originaria non già il veto all'intervento del pretermesso (nessuna possibilità di ostacolarlo dunque, per la parte originaria, allorché l'arbitro o il collegio arbitrale per intero siano stati designati da un terzo), bensì una rilevante opposizione alla adesione dell'interventore alla costituzione del collegio già nominato dalle parti. Ed è appena il caso di ribadire che una siffatta interpretazione estensiva dell'art. 816 *quater*, comma primo, evita invece – come si è cercato di chiarire nel testo – altra immotivata disparità di trattamento, questa volta fra situazioni: quella del procedimento arbitrale che comincia litisconsortile fra i partecipi all'accordo compromissorio e che è nondimeno assoggettato al requisito del rigoroso rispetto di precise modalità di designazione degli arbitri; e quella del procedimento arbitrale che diviene successivamente litisconsortile (e perfino con l'intervento di un estraneo al patto di arbitrato) che non sarebbe assoggettato a quel rigore.

Se davvero, dalla sovrapposizione fra le disposizioni in discorso, dovesse risultare che gli interventi in causa contemplati dall'art. 816 *quinquies*, comma secondo, non solo sono sempre possibili in sé ma neppure comportano alcun problema di procedibilità dell'arbitrato, divenuto litisconsortile, con riguardo alla composizione dell'organo decidente, e quale che sia la posizione assunta in proposito dalle parti originarie, non si capirebbe perché il legislatore (art. 816 *quater*) richieda l'accordo effettivamente trilatero sulla nomina quando l'arbitrato inizi litisconsortile e fra partecipi alla convenzione arbitrale (richieda cioè che Tizio sia d'accordo non solo con Caio ma ovviamente anche con Sempronio, e nella consapevolezza di essere d'accordo proprio con entrambi e non con altri, sulla designazione quale arbitro dell'avv. X), e non lo richieda quando il litisconsorzio è sopravvenuto, e perfino con nuovo protagonista estraneo alla convenzione arbitrale.

Tanto più che lo sbilanciamento all'originario accordo sulla nomina — per effetto del combinato disposto degli art. 816 *quater*, comma primo e 816 *quinquies*, comma secondo così inteso — potrebbe avvenire non solo in caso di intervento del litisconsorte necessario pretermesso, con il vantaggio obiettivo della procedibilità dell'arbitrato sotto il profilo della raggiunta integrazione necessaria del contraddittorio, ma anche in caso di intervento adesivo dipendente e senza alcun vantaggio obiettivo per l'arbitrato, bensì solo per l'interventore o per la parte originaria che avesse sollecitato l'intervento, in ipotesi, proprio o anche per sbilanciare la designazione originaria (8).

E tanto più che il predetto sbilanciamento della designazione originaria attraverso l'intervento «sempre ammissibile» ex art. 816 *quinquies*, comma secondo, potrebbe essere scontato non solo da colui che ha dato avvio all'arbitrato a litisconsorzio necessario non integro (per il quale varrebbe in qualche misura la replica

(8) Timore *mutatis mutandis* analogo, e sempre presente, a quello (ormai invece assai poco attuale o meglio assai meno percepibile come preoccupante rispetto ad altre forme di condizionamento del giudice dello Stato) che contribuì ad originare la, oggi sempre più scomoda, giurisprudenza creativa sull'art. 77 c.p.c. e sui limiti alla rappresentanza volontaria esclusivamente processuale: che attraverso il conferimento di poteri rappresentativi *ad hoc* e per il singolo processo, poniamo, ad uno dei maggiori del piccolo centro ecc., si potesse influire sulla equidistanza del locale pretorino. Al di là di ciò, la perplessità di cui si dice nel testo (dovuta alla ben difficile superabilità del tenore letterale dell'art. 816 *quinquies*, comma secondo, nella parte in cui, quale disposizione sui presupposti di ammissibilità dell'intervento, riferisce alquanto infelicitemente il generoso «sempre ammesso» anche all'intervento adesivo dipendente) potrebbe essere superata — qualora si propendesse, sulla questione decisa dal lodo, per la soluzione opposta a quella sposata dal lodo medesimo — riservando appunto al solo caso dell'intervento del litisconsorte necessario pretermesso la non necessità di qualsivoglia assenso delle parti originarie vuoi all'intervento in sé, vuoi alla designazione originaria dell'arbitro pur in ipotesi squilibrata da quell'intervento.

Diversamente sarebbe da dirsi in caso di intervento adesivo, nel quale, sebbene «sempre» ammissibile in astratto, la partecipazione successiva del terzo sconterebbe in realtà la necessità dell'accordo o meglio della mancata opposizione di qualsivoglia delle parti originarie e sotto il profilo implicato dell'art. 816 *quater*, comma primo.

anno questo
tela estrema
a fronte di
i intervento.

a *dissenting*
ma possibile
lo alla prima
chiusura del
l'intervento,
ecedente in-
olmente e fi-
a pluralità di
itto, a scanso

di coerenza e

la seguente,
ull'altro ver-

316 *quater* (ma
tutto dipende —
a conclusione
anche la preoc-
tra litisconsorte
allora subordi-
terzo (per il cui
resso)». In real-
l'art. 816 *quin-*
raneo all'accor-
stizione, o im-
zione estensiva
el senso di con-
a possibilità di
per intero siano
nterventore alla
che una siffatta
e si è cercato di
zioni: quella del
mpromissorio e
à di designazio-
litisconsortile (e
oggettato a quel

dell'*imputet sibi*), ma anche (e come nel caso di cui al lodo) dall'originario convenuto in arbitrato.

7. Sebbene gli argomenti logico-sistematici contrari alla seconda soluzione, e specularmente favorevoli alla prima, mi sembrano lievemente sopravanzanti, ho la sensazione che l'incertezza permanga fortissima (9) e che per dirimerla in qualche modo occorra un approccio assiologico, imperniato cioè sulla prevalenza – ben inteso essa pure sistematicamente fondata – dell'uno o dell'altro fra i valori essenziali in gioco (10). Operata – con notevoli patemi – questa scelta assiologica gli argomenti di cui sopra si ridurranno definitivamente, semmai, ad indici di imperfezioni marginale del sistema.

Quali dunque i valori fondamentali in campo?

Il negozio ed il processo; il fondamento (insopprimibile) nonché il condizionamento negoziale e consensuale dell'arbitrato, o l'essere l'arbitrato (su piano funzionale esteso ormai senza possibilità di dubbio fino agli effetti del lodo) un processo. Non si tratta ovviamente di battaglia finale ed irreversibile, ma di un modesto confronto su singola questione ben ribaltabile riguardo ad altre. Il confronto va dunque specificato: nell'area di possibile sovrapposizione prevale l'art. 816 *quater*, comma primo, quale disposizione intesa a salvaguardare, a costo del sacrificio della procedibilità dell'arbitrato, la autenticità ed integrità dell'accordo di nomina fra tutte le parti a garanzia di equidistanza degli arbitri o meglio come espressione di paritetica e consensuale fiducia nella equidistanza; ovvero prevale l'art. 816 *quinquies*, comma secondo, quale disposizione intesa a far marciare il processo arbitrale verso la decisione di merito sacrificando perciò, se del caso, non la posizione assolutamente non sacrificabile del litisconsorte necessario pretermesso, ma la integrità effettiva dell'accordo di nomina?

Lo si può dire più concretamente ed anzi brutalmente: deve darsi più peso al rischio che la parte originaria sbandieri il mancato accordo sulla nomina con il pretermesso interveniente non per un qualche fondato timore di sbilanciamento dell'organo giudicante, bensì per sabotare l'arbitrato; o deve darsi più peso al rischio

(9) Se poi le due soluzioni sono messe direttamente a confronto, in prospettiva pratica, neppure è dirimente l'argomento ad effetto della esposizione del sistema alla malizia o al paradosso. Paradosso vi è nella eventuale *arbitraria* opposizione – pur veicolata dalla interpretazione estensiva dell'art. 816 *quater* – alla adesione del terzo interveniente. Paradosso vi è però anche nell'eventuale sfruttare dell'art. 816 *quinquies* promuovendo l'arbitrato contro uno solo dei litisconsorti necessari (partecipi o estranei al patto compromissorio) e «programmando» il successivo intervento del pretermesso si da esentarsi da qualunque restrizione in ordine alle modalità di nomina.

(10) E non mi pare che fra questi possano esservi (fatta salva una decente e concreta *workability* della soluzione prescelta) quelli coinvolti dalla semplice domanda: quanti arbitrati con pluralità di parti si salvano, si favoriscono o si incentivano, ovvero si mettono a repentaglio o si disincentivano scegliendo l'una o l'altra soluzione. È lo stesso legislatore che ha mostrato, fin nell'ultima novella, come pluralità di parti ed arbitrato possono compenetrarsi solo grazie ad estrema cautela riguardo alla composizione del collegio.

che la salvezza dell'arbitrato attraverso l'intervento del pretermesso («sempre ammesso» nonostante tutto) conduca poi, a causa del sensibile sbilanciamento dell'equidistanza, ad un risultato di merito che sarebbe stato ben altro se l'organo giudicante, grazie ad un «vero» accordo fra «tutte le (tre) parti», fosse stato diverso o che non si sarebbe mai avuto se quel «vero» accordo non fosse stato raggiunto e l'arbitrato fosse stato condannato all'improcedibilità *ex art. 816 quater*, ultimo comma?

Si tratta di scegliere e di non voltarsi indietro.

Credo che quest'ultimo rischio sia più grave del primo e la mia preferenza va al versante negoziale, e perciò alla espansione dell'art. 816 *quater*, comma primo, sull'area di possibile coabitazione con l'art. 816 *quinquies*, comma secondo.

E ciò per una essenziale ragione: il sacrificio dell'arbitrato come processo o del diritto all'arbitrato (se esiste, ed esiste, e se pure esso abbia contenuto anche sostanziale) non è all'evidenza sacrificio del diritto soggettivo, della pretesa di merito e della giusta decisione sul merito; il sacrificio della delicatissima equidistanza degli arbitri, e di quella in particolare che la volontà compromissoria originaria o successiva delle parti intende perseguire ad oltranza attraverso l'accordo su tutti i nominativi degli arbitri, è idoneo ad incidere direttamente sulla qualità e giustizia della decisione di merito. La fiducia di «tutte» le plurime «parti», nella equidistanza degli arbitri, siccome anch'essa fonda in misura rilevatissima il consenso volontario e libero all'arbitrato, va salvaguardata a costo di quell'altro rischio il quale sarà però comunque rimediabile riproponendo la pretesa davanti al giudice.

È ovvio che qui il confronto non è fra arbitrato purchessia ed imparzialità dell'arbitro e cioè fra due valori entrambi processuali e facilmente ordinabili in senso gerarchico: la salvaguardia del rito alternativo alla giustizia ordinaria, da un lato, e la salvaguardia del rito giusto dall'altro. Se così fosse l'imparzialità vincerebbe a mani basse senza necessità di scomodare Amleto.

Qui il dubbio è ben più sottile, perché lo sbilanciamento del collegio arbitrale a causa dell'irrompere dell'interveniente non è affatto una certezza, e neppure è una certezza la piena equidistanza sol che tutte le parti siano d'accordo sui nomi degli arbitri, e perché in definitiva anche altri sono i mezzi preventivi e repressivi a tutela dell'imparzialità.

Ma se per il caso, già di per sé delicatissimo in punto di equilibrio dell'organo decidente, della pluralità di parti in arbitrato, l'articolo 816 *quater* impone chiaramente, in assenza delle alternative ivi contemplate, l'accordo di tutte le parti su tutti gli arbitri, ciò vuol dire che la volontà compromissoria non può funzionare (con ritorno, a seconda dei casi, ad un arbitrato «semplice» o al giudice ordinario) se non grazie ad un altro negozio, il negozio di nomina concorde appunto, che le stesse parti (non prevedendo compromissoriamente alternative) hanno ritenuto essenziale a tutela della equidistanza. L'integrità dell'accordo di nomina — di tutti gli arbitri da tutte le parti — va allora preservata siccome quella di un negozio funzionale sia e comunque (sebbene in modo non assorbente né decisivo) ad una esigenza primaria del giusto processo, sia soprattutto al rispetto dell'autentica *intentio* compromissoria e cioè alla libera scelta dell'arbitrato, la quale si fonda anche su quella particolare e paritetica fiducia nella equidistanza espressa e consacrata in quel par-

tiolare accordo. È più che evidente che la nomina «di tutti da tutti» è insieme il modo migliore per garantire la equidistanza degli arbitri e soprattutto il modo migliore per assicurare tutte le parti su tale equidistanza. E l'accordo di nomina deve essere dunque un «vero» accordo fra tutti.

Alla opzione di valore che qui si propone non corrisponde affatto una sfiducia di fondo nell'arbitrato, ma solo la consapevolezza di quanto fragile e delicato (11) possa essere uno strumento di giustizia privata affidato a soggetti che non godono (oltre che di quelli estremi della ricusabilità) dei fisiologici presidi di indipendenza che al giudice dello Stato assicurano Costituzione ed Ordinamento giudiziario. È perciò che, prima di pronunciare il fatale *tu l'as voulu* all'indirizzo di chi si affida al giudizio privato, occorre il massimo scrupolo possibile nel rispetto della scelta pattizia dei nomi delle persone degli arbitri secondo quanto la convenzione compromissoria e/o le legge prescrivono in proposito.

Se si condivide questa opzione di valore, il responso del lodo da cui hanno preso abbrivio queste riflessioni è, pur fra dubbi ed incertezze, condivisibile; le argomentazioni microsistematiche a supporto che ho esaminato nei paragrafi precedenti si rafforzano, sul piano assiologico appunto; e quelle contrarie si superano più agevolmente o al più – dicevo – restano a segnalare tollerabili imperfezioni del sistema.

Se si condivide questa opzione si spiegano anche altre cose.

Si spiega ad esempio perché l'apparente portata dell'art. 816 *quinquies*, comma secondo, mentre è indirettamente erosa dal principio potiore riconducibile all'art. 816 *quater*, comma primo, quanto alla rilevanza della volontà delle parti originarie riguardo all'irrompere del terzo interventore che pure accetta l'organo arbitrale così come è, non è invece per nulla erosa riguardo alla indifferenza della volontà degli arbitri.

È vero che anche la volontà negoziale degli arbitri, che si è espressa nella conclusione del contratto di arbitrato, può essere influenzata dalla qualità soggettiva delle parti originarie e che – come più volte e giustamente amava ripetere l'indimenticabile Giuseppe Tarzia e come purtroppo è sempre più vero – «quando accetto un incarico arbitrale lo accetto perché i contendenti sono Tizio e Caio, e non Mevio o Filano». Ma tutto ciò, oltre a trovare un limitato riscontro espresso nel solo art. 816 *quinquies*, comma primo, comporterà, nei congrui casi, la possibilità di rinuncia giustificata all'incarico da parte di un arbitro a seguito dell'intervento di terzo, e perciò un effetto risolutorio del vincolo negoziale parti-arbitro senza influenze sul processo arbitrale (salve quelle momentanee e superabili *ex art.* 811 c.p.c.). Non potrebbe giammai immaginarsi che le pur rispettabilissime esigenze di libertà e consapevole autodeterminazione, pertinenti però ad un versante negoziale ben diverso da quello del negozio *inter partes* di scelta dell'arbitro, e solo

(11) Pur una volta acquisito, su tutt'altro versante, il vantaggio indubbio della possibilità di scelta di giudici privati mediamente più motivati e più «adatti» alle esigenze tecnico-giuridiche o anche solo tecniche della controversia concreta di quanto non siano i giudici togati.

ancillare e funzionale rispetto allo svolgimento dell'arbitrato ed alla emanazione di un lodo qual che sia, incidano drasticamente ed ostativamente sul versante del processo arbitrale. Il che vuol dire che è qui la regola precipuamente processuale (l'art. 816, *quinquies*, comma secondo, quale regola su alcuni tipi di intervento) che influisce in modo condizionante sul versante negoziale: l'arbitro accetta consapevolmente, proprio perché esiste quella regola, un incarico «aperto» ad alcuni tipi di intervento, al sopravvenire dei quali la sua volontà di accettazione dell'incarico non può considerarsi come non prestata, ma solo rinunciabile *ex post* e per motivi giustificati.

Si spiega ancora perché se le parti originarie non hanno per nulla partecipato alla designazione dell'organo arbitrale, bensì questa è avvenuta, per volontà compromissoria, interamente ad opera di un terzo, l'art. 816 *quinquies*, comma secondo, riprende la sua piena ed incondizionata espansione e l'arbitrato potrà tranquillamente proseguire con pluralità di parti a seguito degli interventi ivi menzionati senza che alcuna delle parti originarie possa opporre alcunché, salva ovviamente la ricasazione per motivi sopravvenuti perché soggettivamente riconducibili all'interveniente.

Ciò risulta dalla piana lettura dell'art. 816 *quater*, comma primo. Ed è anche comprensibile e giustificabile: le parti originarie hanno compromissoriamente ed *a priori* rimesso la designazione dell'arbitro o degli arbitri per intero ad un terzo a ciò volontariamente affidando, e non ad altro, la garanzia di equidistanza. Se ciò manca, occorre invece, alla procedibilità dell'arbitrato divenuto multiparti, quell'ulteriore negozio — l'accordo di scelta di tutti gli arbitri fra tutte le parti — che per le ragioni spiegate non può dirsi integrato mediante adesione successiva ad una scelta effettuata *illo tempore* dalle altre.

Se si condivide la impostazione qui sostenuta ma, a mio anche se non la si condivide (12), occorre *a fortiori* assicurare, in caso di intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105, comma secondo, c.p.c., la possibilità del diniego di una delle parti originarie rispetto all'adesione dell'interveniente alla designazione degli arbitri, con la conseguenza della inammissibilità dell'intervento (procedibile restando invece, altrettanto ovviamente, l'arbitrato), e rimanendo dunque confinata la operatività concreta dell'art. 816 *quinquies*, comma secondo, alla non necessità di un apposito consenso delle parti originarie (v. invece il comma primo) ed alla irrilevanza del consenso o dissenso arbitrale circa l'ammissibilità dell'intervento (v. invece sempre il comma primo).

Se si condivide questa impostazione, infine, sarà gioco forza assoggettare, con ulteriori dubbi e problemi, alla medesima espansione dell'art. 816 *quater*, comma primo, e perciò al medesimo ridimensionamento implicito anche l'art. 111, comma terzo, c.p.c. nella parte relativa alla facoltà di intervento del successore a titolo particolare (succeduto o meno nell'accordo compromissorio), anche ove si ritenga una tale disposizione autonomamente applicabile all'arbitrato in virtù del richiamo ge-

(12) V. retro nota 8.

nerale previsto dall'art. 816 *quinquies*, ultimo comma (13). Più semplice il discorso ove si ritenga che il rinvio *ex art. 816 quinquies*, ultimo comma, mentre vale all'applicazione diretta in materia arbitrale di altre disposizioni scritte all'art. 111, non esclude che la partecipazione del successore al procedimento arbitrale vada comunque filtrata attraverso la medesima griglia della normativa speciale sugli interventi scritta nei primi due commi dell'art. 816 *quinquies* (anche per risolvere il complesso problema che altrimenti si porrebbe in ordine alla possibilità di chiamare in causa il successore nel diritto controverso, pur estraneo all'accordo compromissorio, in mancanza di un suo assenso).

ANTONIO BRIGUGLIO
Professore ordinario
nell'Università di Roma-Tor Vergata

(13) Così per tutti G.F. Ricci, in Aa.Vv., a cura di F. Carpi, *Arbitrato*, Bologna 2007, 462 ss. e G. Nela, in Aa.Vv., a cura di S. Chiarloni, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 200, II, 1756.

So

cor
nel
dio
cia:
siv.pro
dei
10
vag
dici
nell
ser
con
dell
rico
murstem
R. Btra i
2008
art. 1
stituz
nini,