



MARCELLO STELLA

Nomina dell'arbitro da parte del presidente del tribunale e rimedi nel caso di rifiuto di nomina*.

Lo scritto si sofferma sulla natura del procedimento di nomina dell'arbitro da parte del presidente del tribunale del luogo della sede dell'arbitrato. Si prova a dare risposta, in particolare, all'inesausto quesito del rimedio esperibile avverso il provvedimento di diniego della nomina, dovuto al patologico rilievo della invalidità della convenzione arbitrale o della inarbitrabilità della lite, benché non competeva al presidente del tribunale decidere tali questioni.

The essay enquires the object of the proceeding for appointment of arbitrators by the president of the court of the arbitration seat. A tentative answer is given to the troubling issue concerning the remedy available against a denial of appointment, based upon the exorbitant finding that the arbitration agreement is invalid or the dispute is not arbitrable, despite those issues should not be addressed by the president of the court.

Sommario: 1. La nomina giudiziaria dell'arbitro come attività vincolata - 2. Oggetto e limiti della cognizione del presidente del tribunale - 3. Il rigetto della istanza di nomina dell'arbitro - 4. La tutela giurisdizionale avanti al g.o.: dichiarativa, costitutiva, risarcitoria - 5. Obiezioni di sistema alla nomina in via cautelare dell'arbitro - 6. Impugnazione del diniego avanti al g.a.: esclusione - 7. Reclamabilità del decreto presidenziale in base al novellato art. 810 c.p.c.

1. La nomina giudiziaria dell'arbitro come attività vincolata

La nomina dell'arbitro è atto di esercizio di un potere di fonte negoziale, a schietta rilevanza processuale. Per mezzo della nomina dell'arbitro, la parte, cui compete l'esercizio di tale potere¹, investe l'arbitro di propria elezione del potere di decidere la controversia e di statuire sui diritti soggettivi o rapporti giuridici sostanziali affermati con la domanda di arbitrato.

Il potere di nomina può essere a legittimazione individuale o congiunta. È ad esercizio congiunto quando la designazione dell'arbitro unico o del presidente del collegio arbitrale è previsto avvenga di comune intesa tra le parti.

Può accadere che la parte rimanga inerte o che le parti siano in disaccordo sulla persona dell'arbitro da nominare². Può accadere che il terzo, ad es. la istituzione arbitrale

* Il presente scritto riproduce il testo, con la aggiunta di note, della relazione svolta in occasione del convegno "Arbitrato e giudice statale" presso la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 12 novembre 2021.

¹ La parte avrà facoltà di ratificare la nomina dell'arbitro compiuto dal difensore privo di procura, v. Cass., 4 giugno 1992, n. 6866, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, pp. 1513 ss., con nota di C. CONSOLO, *In tema di inefficace nomina degli arbitri da parte del difensore e dei modi della sua eventuale ratifica*.

² Quanto al disaccordo (e alla sua prova) tra le parti o tra gli arbitri *a latere* sulla scelta, rispettivamente, dell'arbitro unico o del presidente del collegio, è da ritenere che se una parte adisca "prematuramente" il presidente del tribunale, senza avere nemmeno promosso un tentativo di accordo o aver "messo in mora" l'altra parte, l'istanza di nomina andrà probabilmente

amministrante, designato dalle parti quale autorità di nomina, non provveda alla nomina a sua volta.

In tutti questi casi di *blocage* del procedimento di costituzione del decidente privato, accomunati da omesso esercizio del potere di nomina, l'ordinamento giuridico si premura di eliminare lo stallo dell'arbitrato³.

Il *supporto giudiziario all'arbitrato* si traduce in ciò, che il potere, di cui è mancato l'esercizio da parte del titolare primario, viene esercitato, in via sostitutiva, su istanza di parte, dal presidente del tribunale. Che è quello nel cui circondario si trova la sede dell'arbitrato, se questa è stata fissata dai compromittenti, o altrimenti quello del luogo della stipula della convenzione arbitrale⁴: così dispone l'art. 810 c.p.c. Altrettanta competenza all'esercizio del potere sostitutivo è prevista per l'ipotesi in cui vengano a mancare arbitri già nominati e la parte autrice della nomina o la autorità di nomina designata privatamente ometta di rinnovare l'esercizio del potere: art. 811 c.p.c.

Quando esercita il potere di nomina in via sostitutiva, il presidente del tribunale subentra nelle stesse prerogative della parte sostituita. Perciò soggiace ai medesimi vincoli di fonte pattizia che circondano il potere di cui è stato omesso l'esercizio. Va da sé che il presidente del tribunale non è, né diviene parte della convenzione arbitrale. Ma ciò non significa che, quando il presidente è chiamato ad attuare la convenzione in luogo della parte, questa non lo vincoli esattamente allo stesso modo in cui vincolerebbe la parte rimasta inerte. L'art. 810 c.p.c. non attribuisce al presidente del tribunale un potere di nomina "a titolo originario", sganciato dal *volutum* dei compromittenti⁵. Il silenzio non vale affrancamento, per quanto, secondo una autorevole opinione (Punzi), il legislatore avrebbe fatto meglio a esplicitare che il presidente è tenuto al rispetto della convenzione. E allora, valgono e vanno osservate, salvo che siano contrarie a norme imperative, tutte le indicazioni impartite dai compromittenti per la

respinta *ad instar* di un rigetto per difetto di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (qui per carenza di interesse al mezzo). La prova del disaccordo tra compromittenti graverà su colui che richiede la nomina suppletiva. Se il disaccordo verte sulla sola nomina del presidente del collegio, peraltro, difficilmente il presidente del tribunale potrà negare la esistenza di una convenzione di arbitrato che entrambe le parti, con la loro condotta, abbiano mostrato di ritenere esistente. Poiché la legge non pone un termine perentorio per raggiungere l'accordo sulla nomina del comune arbitro, si potrà ritenere che il termine di 20 giorni previsto dall'art. 810 c.p.c. si applichi per analogia: Cass., 22 luglio 2009, n. 17152, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 702 ss., con nota adesiva di E. MARINUCCI. Decorso tale termine senza progressi nelle trattative, ciascuna parte sarà libera di proporre il ricorso ex art. 810 c.p.c.

³ L'interesse dell'ordinamento processuale alla decisione della lite da parte degli arbitri, come ha osservato più di recente R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 83, sulla scia di Capaccioli, è testimoniato da varie disposizioni del c.p.c.: da quella sulla ricsuzione dell'arbitro, alla fissazione del termine entro il quale gli arbitri sono tenuti a pronunciare il lodo, alla nomina sostitutiva nel caso di inerzia della parte.

⁴ Mentre per l'arbitrato societario statutario vale una regola diversa, ed irragionevolmente tale secondo E. DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013, p. 189: l'art. 34, co. 2, d.lgs. 5/2003 individua nel presidente del tribunale della sede della società, la autorità di nomina suppletiva. Là dove per sede può intendersi anche la sede effettiva, ai sensi dell'art. 46 c.c.; di talché ai terzi, diversi dalla società, e così ai soci, amministratori, sindaci, sarà dischiuso un certo quale margine di *forum shopping* nella selezione del presidente del tribunale cui rivolgersi per ottenere la nomina eteronoma dell'arbitro.

⁵ Che il giudice togato debba prestare *due regard* alle qualifiche dell'arbitro cui aspirano i compromittenti, è principio espressamente accolto dalle Model Rules UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale (art. 11(5)) oltre che dal diritto inglese. E così pure il § 587, comma 8, ZPO austriaca e il § 1035 ZPO tedesca.

selezione dell'arbitro. Anche se il presidente del tribunale nutra riserve sulla congruità dei criteri di selezione pattizi.

Ecco che se la parte "doveva scegliere per forza il suo arbitro da un elenco, anche il giudice che esercita in via surrogatoria il medesimo potere deve sceglierlo dallo stesso elenco"⁶. Tale soluzione è stata confermata dalla giurisprudenza, per cui è annullabile il lodo pronunciato da un arbitro nominato dal presidente del tribunale in difformità dalla convenzione d'arbitrato, che imponeva che l'arbitro fosse tratto dalla avvocatura di Stato o dai componenti dell'ufficio legislativo regionale⁷.

A nulla rileva che presso l'ufficio giudiziario del presidente adito non esistano albi ufficiali o elenchi da cui trarre il nominativo dell'arbitro. Alla acquisizione delle fonti in seno al procedimento di nomina, il presidente potrà agevolmente ovviare sollecitando le parti.

Pur se la riforma del 2006 ha espunto il riferimento alla facoltà di sentire le parti, molti presidenti seguitano a provocare il contraddittorio. Del resto, la instaurazione del contraddittorio è spesso di stimolo alla parte a nominare autonomamente *in extremis* il proprio arbitro, per evitare di subire l'imposizione eteronoma di un arbitro inaspettato. L'attivazione del contraddittorio si rivela altresì proficua per fare emergere eventuali eccezioni di incompetenza del presidente del tribunale adito, e prevenire eccezioni postume di invalidità della costituzione del collegio arbitrale (v. *infra*, § 7).

2. Oggetto e limiti della cognizione del presidente del tribunale

Fatte queste premesse, possiamo dire di avere pressoché esaurito la rassegna degli approdi sicuri. Ora occorre interrogarsi più da vicino sull'oggetto del procedimento di cui agli artt. 810-811 c.p.c.

Si è sempre detto che il procedimento di nomina non ha natura contenziosa e neppure ha ad oggetto un diritto soggettivo. Il decreto di nomina o sostituzione dell'arbitro, a differenza del decreto di liquidazione dei compensi dell'arbitro, viene coerentemente ritenuto privo di carattere decisorio ed insuscettibile di produrre effetti sostanziali o processuali di cosa giudicata. Ne consegue che è inammissibile il ricorso straordinario per violazione di legge ex art. 111, co. 7, Cost.⁸.

La dottrina dubita altresì, e a ragione, che l'istituto della nomina suppletiva dell'arbitro sia dettato da finalità di tutela di interessi pubblicistici⁹. La legge non affida al presidente veruna ponderazione di interessi né gli rimette un sindacato di *opportunità* sull'*an* della adozione del provvedimento. L'interesse pubblico sotteso alla nomina giudiziaria dell'arbitro è frutto di pre-

⁶ Così, F. AULETTA, *Lo stato presente del processo di giurisdizione volontaria*, in questa *Rivista*, 2020, 170.

⁷ Cass. 20 aprile 2016, n. 7956; conf. Cass., Sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15290; *contra*, nel senso della piena autonomia del presidente nella scelta dell'arbitro, Cass., 14 maggio 2012, n. 7450, che però travisa vistosamente il *dictum* delle sez. un. del 2001, che concerneva il caso particolare in cui la convenzione arbitrale non possa essere attuata per contrarietà a norme imperative dei criteri di nomina fissati dalle parti: le due Cassazioni del 2012 e del 2016 si sono misurate esattamente con la stessa clausola arbitrale inserita dal Comune siciliano di Savoca nei contratti stipulati con vari professionisti.

⁸ Cass., 9 luglio 2018, n. 18004.

⁹ F. AULETTA, *op. cit.*, 172: "non pare esserci alcuna pubblicità dell'interesse da proteggere".

valutazione legislativa. Il supporto giudiziario all'arbitrato, in altre parole, è l'interesse politico che presiede all'accoglimento dell'istituto nel nostro ordinamento¹⁰. E dei suoi omologhi corrispettivi nelle leggi arbitrali dei principali sistemi processuali stranieri.

L'unico ambito di insopprimibile discrezionalità rimessa al presidente attiene, come naturale ed ovvio, alla scelta del nominativo dell'arbitro. Redenti esprimeva tutto questo (ossia: natura vincolata dell'attività compiuta dal presidente del tribunale; carattere non giurisdizional-contenzioso del procedimento) dicendo che il provvedimento di nomina *deve essere dato, per dovere d'ufficio*. Sulla semplice delibazione dell'esistenza di un compromesso o clausola compromissoria¹¹.

Non compete, invece, al presidente del tribunale, almeno *de iure condito*, un sindacato sulla validità della convenzione arbitrale, sui limiti oggettivi di essa o sulla arbitrabilità della lite. La delibazione presidenziale è circoscritta al vaglio di non manifesta *inesistenza* della convenzione arbitrale, che è ben altra cosa. La questione relativa ai limiti soggettivi della convenzione si colloca, invece, sul crinale tra esistenza dell'accordo arbitrale e sua efficacia *ultra partes*, nei confronti di chi non risulti parte formale della convenzione. Sono questi i casi del cessionario del credito nascente dal contratto recante la clausola compromissoria; dell'assicuratore che si surroga nel diritto dell'assicurato, parte della convenzione arbitrale stipulata con il terzo; della cessione *en bloc* del contratto cui accede la clausola compromissoria. In tutti questi casi potrà nascere il dubbio, se la convenzione arbitrale vincoli anche l'avente causa del compromittente. Il presidente del tribunale, tuttavia, crediamo debba senz'altro astenersi dal decidere anche solo *incidenter tantum* tali questioni (più complesse ancora quando concorrano profili inerenti la legge applicabile se divergente dalla *lex contractus*). Spetterà infatti agli arbitri deciderle, secondo la regola della *Kompetenz-Kompetenz*.

La impostazione del sindacato minimo prescelta dall'art. 810 c.p.c., che limita la cognizione del presidente alla mera verifica di esistenza di una convenzione arbitrale, è in linea con la tradizione di molti altri paesi, specialmente dell'area francofona¹². Come è stato efficacemente notato "une restriction au pouvoir d'examen du juge d'appui est souhaitable

¹⁰ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, III ed., Roma, 1949, pp. 28-29, distingue tra l'interesse di politica legislativa che permea la disciplina del fallimento come istituto ("tutela dei creditori in forma collettiva, con esclusione delle disordinate azioni individuali [...] impedire al debitore dissestato di determinare, con i suoi incanti o irregolari traffici, nuovi turbamenti nell'economia del paese") e gli interessi privati dei creditori e del debitore che si tutelano nel fallimento in quanto esecuzione, per addivenire alla conclusione che il fallimento non possa essere ricondotto nell'ambito della giurisdizione volontaria.

¹¹ Mentre la costruzione di G. A. MICHELI, *In tema di impugnabilità e di revocabilità dell'ordinanza presidenziale ex articolo 810 codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 259 ss., c. 264, secondo cui il provvedimento ex art. 810 c.p.c. avrebbe contenuto decisorio (onde per cui sarebbe impugnabile in un autonomo processo contenzioso), in quanto "definisce un processo, per quanto pochissimo articolato, ma non si può dire che quell'ordinanza abbia contenuto meramente ordinatorio, in quanto mediante essa il giudice si pronuncia esauendo il *petitum*, nomina dell'arbitro", pare affetta da circolarità, là dove pretende di desumere il contenuto del provvedimento dal dato esteriore della forma del procedimento che ne precede la adozione.

¹² Si v. pure l'art. 179, co. 3, LDIP svizzera, che recita: "il giudice cui è stata affidata la nomina di un arbitro soddisfa tale richiesta eccetto che, da un esame sommario, risulti che le parti non sono legate da un patto d'arbitrato".

car elle contribue à éviter un long et difficile débat devant ce magistrat au sujet de la validité de la convention d'arbitrage, alors que son rôle consiste à mettre en œuvre l'arbitrage et non à en vérifier les fondements"¹³. La *ratio* dell'art. 810 c.p.c. si rispecchia in tali parole.

Non così nell'ambiente giuridico anglosassone, là dove, alla accezione in chiave sostanzialista degli *agreements to arbitrate* e al diverso modo di concepire il rapporto tra arbitri e giudice togato, in cui sono piuttosto i primi ad essere visti come ausiliari del secondo (dispensato dal ruolo di *trier of fact*), e non viceversa, s'accompagna una disciplina del *judicial appointment* allquanto innovativa e ricca, consegnata alla Section 17, *Arbitration Act 1996*, e corredata dalla previsione dell'*appeal* contro i provvedimenti assunti dal giudice togato, frequentemente chiamato a intervenire durante la vita ed all'esordio del procedimento arbitrale, per supplire al *default* di nomina. Né vi sono ostacoli colà ad ammettere che in sede di nomina il giudice togato possa sindacare anche la validità della convenzione arbitrale.

Torniamo ora al versante domestico.

La nomina dell'arbitro, può dirsi, in via di prima approssimazione, frutto di un procedimento *sui generis*: funzionalmente esso è riconducibile alla vasta plaga delle *nomine o autorizzazioni*, di cui il codice civile offre vari esempi. Ma il provvedimento, che per omologia strutturale suole ricondursi alla volontaria giurisdizione¹⁴, in questo caso del tutto peculiare, non è finalizzato a realizzare, né direttamente (*autorizzazione*) né indirettamente (*nomina*), un elemento di una più complessa fattispecie sostanziale¹⁵.

La nomina dell'arbitro, in particolare, non serve ad integrare una capacità negoziale, a completare una fattispecie o a rimuovere limiti alla autonomia privata. In tal senso, si ha quasi l'impressione che la Cassazione pecchi di concettualismo quando parla di "limiti dell'attività di integrazione suppletiva del contratto", sia pur soltanto al fine di ribadire che il presidente del tribunale è tenuto a rispettare i criteri di nomina fissati dai compromittenti. La convenzione arbitrale, da cui nasce il potere di nominare l'arbitro, è negozio in sé perfetto, non bisognoso di alcun tipo di integrazione eteronoma.

3. Il rigetto della istanza di nomina dell'arbitro

Definire con maggior precisione natura e oggetto del procedimento di nomina, si rivela chiave utile per individuare il rimedio esperibile nei casi patologici, in cui il presidente del tribunale

¹³ J. F. POUURET-S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, p. 363.

¹⁴ Ma già E. ALLORIO, *Sulla non impugnabilità della ordinanza del presidente del tribunale di nomina degli arbitri*, in *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 39 ss., c. 40, intuiva che il procedimento di nomina era "di tipo particolare", perciò non riconducibile *tout court* ai provvedimenti camerali e quindi non soggetto a reclamo.

¹⁵ Sul tema delle nomine e autorizzazioni, in generale, M. G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994, pp. 333 ss.; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1995, p. 652, si limita a censire il procedimento ex art. 810 c.p.c. tra quelli appartenenti alla *species* nomine e autorizzazioni. Secondo V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel procedimento civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, pp. 12 ss., p. 22, i procedimenti che riguardano gli arbitri "presentano gli elementi tipici della giurisdizione volontaria". Questo ultimo A., come noto, opina che alla non reclamabilità dei provvedimenti in sede di volontaria giurisdizione si potrebbe ovviare con una autonoma *actio nullitatis* in sede contenziosa.

rifiuti di provvedere alla nomina dell'arbitro, all'esito di un sindacato esorbitante di invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale.

A differenza del caso in cui la nomina sostitutiva dell'arbitro vi sia, seppur difforme dal voluto dei compromittenti, di talché il vizio della nomina potrà esser fatto valere dapprima davanti agli stessi arbitri, e poi alla occorrenza convertirsi in motivo di impugnazione del lodo ex art. 829, co. I, n. 2, c.p.c.¹⁶; nel caso opposto, di rigetto della istanza di nomina da parte del presidente del tribunale, si annida il rischio – per la parte più diligente rimasta fedele all'accordo arbitrale; ma anche, in ipotesi, per tutti i compromittenti che non riescano ad accordarsi sulla scelta dell'arbitro unico o del *chairman* – di diniego del «bene della vita» dato dalla (per solito più celere) decisione arbitrale, con lodo soggetto allo speciale regime impugnatorio di cui agli artt. 827 ss. c.p.c.

Né si creda che infrequenti siano le ipotesi in cui tale evenienza – il rifiuto di nomina – fosse anche a fin di bene, o per consentaneità di vedute tra presidente e curatela fallimentare o parte pubblica convenuta, abbia a verificarsi.

Sovviene il caso recentemente deciso da Cass., 9 giugno 2020, n. 10985.

Il presidente del tribunale di Verona si rifiutò di nominare l'arbitro alla società convenuta, già in concordato preventivo, rilevato che la domanda di arbitrato proposta dal creditore, mirante a far accertare un credito prededucibile, sarebbe stata improcedibile *apud arbitros* perché

¹⁶ Sul punto, R. MURONI, *Alcune riflessioni sulla natura del termine di venti giorni per la nomina del secondo arbitro ai sensi dell'art. 810 comma 1 c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2006, 1554 ss., 1555. Troveranno così soluzione i casi patologici repertoriati. Nel caso risolto da Cass., 6 maggio 1953, n. 1242, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 180 ss., con nota di R. VECCHIONE, *Inesistenza del compromesso o del procedimento per arbitri e inefficacia del lodo*, ad es., in seno al procedimento di ricusazione dell'arbitro veniva data notizia che l'arbitro ricusato aveva rinunciato all'incarico. Il presidente del tribunale provvedeva d'ufficio alla sostituzione dell'arbitro. In violazione soverchia del principio della domanda ex art. 112 c.p.c. La Cassazione ebbe a rilevare che la cessata materia del contendere ricusatorio "non autorizzava" affatto il presidente a nominare un sostituto. Ancora, potrebbe verificarsi il caso in cui il Presidente del tribunale valuti – erroneamente – che più parti processuali costituiscano un unico centro di interesse e provveda, in accoglimento della istanza di una di tali parti, alla nomina di un arbitro per l'intero gruppo. Il caso si presentò subito dopo la riforma dell'arbitrato del 1994 (anche se si verteva in materia di arbitrato irrituale, cui si reputa che l'art. 810 c.p.c. si applichi per analogia). Una lite tra una società acquirente e tre fratelli in posizione di venditori, ciascuno del proprio pacchetto azionario, vedeva la società attrice nominare il proprio arbitro e poi ricorrere al presidente per ottenere la nomina di un altro arbitro a tutti e tre i convenuti; nominato tardivamente il suo arbitro uno dei fratelli, con ricorso ex art. 810 c.p.c., chiedeva al presidente di "confermare" la scelta dell'arbitro di propria elezione anche per le sorelle; una delle sorelle ricorreva a sua volta al presidente dello stesso tribunale per ottenere la nomina di un quarto e di un quinto arbitro, uno per ciascun convenuto. Il presidente nominava infine un solo arbitro per i convenuti, peraltro diverso da quello suggerito e già nominato dal fratello (da intendersi per l'effetto sostituito *ope iudicis*). Il reclamo delle sorelle veniva dichiarato inammissibile dalla corte d'appello ed il loro successivo ricorso per cassazione veniva anch'esso rigettato da Cass. n. 1021 del 1994. Il fratello ricorreva invece subito per cassazione avverso la nomina "della terza via" operata dal presidente del tribunale di Palermo ma il suo ricorso veniva dichiarato parimenti inammissibile perché avente ad oggetto un atto "meramente strumentale" alla instaurazione del procedimento arbitrale, dalla S.C. ravvisato quale unico processo giurisdizionale vertente sulla *res in iudicium deducta* (Cass. n. 3513 del 1994). Si faccia, ancora, il caso in cui il presidente della sede legale della società, richiesto di nominare l'arbitro, si avveda che la clausola compromissoria statutaria vuole un arbitrato estero. Stando alla lettera dell'art. 810 c.p.c., il presidente dovrebbe qui astenersi dalla nomina, per essere la autorità giudiziaria straniera quella preposta a fungere da *juge d'appui*. Eppure potrebbe esser forte la tentazione qui di ritenere che la previsione di arbitrato societario estero sia nulla *in parte qua*, e che la soluzione alla pregiudiziale questione di validità determini la rinascita in capo al presidente del tribunale della competenza a nominare l'arbitro.

rientrante nella competenza esclusiva del giudice delegato. Caso vuole che il rigetto della istanza di nomina sia corredato da una condanna alle spese. Si offrì al creditore il destro per esperire ricorso straordinario avverso il capo condannatorio del provvedimento, per ogni verso abnorme. Il ricorso straordinario è occasione per una valutazione incidentale sulla legittimità del rigetto della istanza. La Cassazione, giustamente, stigmatizza il fatto che il presidente del tribunale non si sia limitato alla verifica formale dei presupposti di sua spettanza ma si sia “ingerito nel contenuto della decisione devoluta agli arbitri”, e conclude che “effettivamente quindi, il provvedimento impugnato ha erroneamente applicato l'art. 91 c.p.c.”. Null’altro la Cassazione potrà fare. Esclusa è la cassazione con rinvio del diniego di nomina, di per sé non impugnabile per cassazione.

4. La tutela giurisdizionale avanti al g.o.: dichiarativa, costitutiva, risarcitoria

Come evitare che la interazione tra giudice togato e arbitrato conduca a un vincolo cieco?

Che in questi casi sia in gioco la esigenza di assicurare la “conservazione” del contratto arbitrale¹⁷, o *rectius* la giusta aspirazione del compromittente fedele a promuovere il giudizio degli arbitri difficilmente può negarsi. La legge, tuttavia, tace sul rimedio esperibile contro il rifiuto presidenziale di nomina: è costume lesinare le soluzioni in materia arbitrale (*in dubio abstine*). Tuttavia, a seguito del definitivo superamento delle tesi negozialiste sulla natura dell’arbitrato rituale e del riconoscimento della sua giurisdizionalità a tutto tondo e della piena equipollenza del suo esito decisorio rispetto alla sentenza del giudice togato, pare assai meno accettabile che le parti siano costrette a divinare le intenzioni del *conditor* per colmare le lacune del reticente art. 810 c.p.c.

La dottrina classica, ancorata al vecchio modo di intendere la funzione e la natura dell’arbitrato nel vigore del codice del 1865¹⁸, non vedeva possibile alcun tipo di rimedio in forma specifica contro il mancato esercizio del potere di nomina, sia diretto sia sostitutivo. Per Satta non vi era alcuna forma di “coercibilità della parte che non vuol nominare o concorrere a nominare l’arbitro: né può, come si è sostenuto, invocarsi l’art. 2932 perché non si è di fronte a un obbligo di contrarre ma a una condizione perfezionativa del compromesso”¹⁹.

Autori del calibro di Andrioli²⁰ ritenevano (in alternativa alla via della azione costitutiva a fronte della violazione dell’obbligo di nomina) che si sarebbe potuto soltanto dare corso alla *risoluzione del contratto arbitrale*. Dunque la parte fedele alla convenzione avrebbe avuto via libera alla proposizione della domanda in sede ordinaria. Consolazione ben magra però.

¹⁷ Sono parole di Cass., 1021 del 1993, in *Riv. arb.*, 1994, 709 ss., con nota di L. LANFRANCHI, *Nomina degli arbitri e diritto dell’arbitrato*.

¹⁸ Nel quale la disciplina dell’arbitrato era inserita nell’ambito dei mezzi stragiudiziali di composizione della lite ed il venire meno per qualsivoglia ragione dell’arbitro era fonte della cessazione degli effetti del compromesso, concepito come accordo *ad finiendam litem*. Per una analisi critica di tale concezione della natura della convenzione arbitrale, R. MURONI, *La pendenza*, cit., pp. 89 ss.

¹⁹ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1970, p. 253.

²⁰ V. ANDRIOLI, *Commento*, IV, p. 806.

E non è detto, oltretutto, che il convenuto nel giudizio ordinario non possa ancora farsi scudo con la *exceptio compromissi*; è da negare, del resto, che il motivo portante del rigetto in rito della istanza di nomina possa vincolare altri giudici o gli arbitri, se per qualsivoglia evenienza (ripensamento della parte inerte) questi venissero infine nominati.

A queste tesi, diciamo pure arrendevoli, si è allineata più di recente anche la voce autorevole di una scrittrice²¹, che bene intuendo la gravità dello scarto tra la aspirazione del compromittente al giudizio arbitrale e il palliativo del giudizio ordinario sulla *res iudicanda* sostanziale, ravvisa in un autonomo giudizio a cognizione piena, avente però ad oggetto la validità della convenzione arbitrale, il grimaldello per by-passare pertinaci dinieghi presidenziali.

In disparte la questione della ammissibilità di un autonomo giudizio di validità della clausola (arg. ex art. 819-ter, ult. co., c.p.c.), a stento potrebbe dirsi effettivo e proporzionato quel rimedio che, per spianare la strada al processo arbitrale, imponga di coltivare prima un autonomo processo togato sulla validità della convenzione. Vien da chiedersi poi se la richiesta al giudice ordinario di dichiarare meramente arbitrabile una determinata lite, possa assurgere alla nozione di “entità minima” deducibile nel processo civile, siccome vogliono gli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c.

La alternativa della azione costitutiva ex art. 2932 c.c., rinverdata da coloro che tuttora ravvisano nell’atto di nomina “un obbligo ovvero un adempimento avente fonte nel rapporto obbligatorio che nasce dal patto compromissorio”²², per le stesse ragioni di impraticità di fondo (prima ancora delle obiezioni sistematiche che le sono state mosse) parrebbe impercorribile.

Più plausibile è la opzione del rimedio risarcitorio. Questa soluzione per (arduamente quantificabile) equivalente avrebbe quanto meno il pregio della deterrenza contro indebite ingerenze presidenziali, trasmodanti in un controllo di validità della clausola o della arbitrabilità della lite.

La soluzione risarcitoria non manca di affiorare da alcuni precedenti di legittimità²³, che però individuano nel solo compromittente infedele il legittimato passivo, senza fare accenno all’ipotetico concorso di colpa del presidente che si sia rifiutato di nominare l’arbitro.

²¹ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 238.

²² C. CECHELLA, *L’arbitrato*, Torino, 1991, p. 121.

²³ Si tratta di Cass., Sez. I, 21 luglio 1992, n. 8800: “se il provvedimento ha un contenuto negativo e per ciò viene a mancare la costituzione del collegio arbitrale, il pregiudizio che una delle parti potrebbe ricevere non è conseguenza del provvedimento ma del mancato dispiegamento dell’attività negoziale che l’altra parte avrebbe dovuto compiere per consentire la costituzione del collegio arbitrale e può essere rimosso con la proposizione di una ordinaria azione di cognizione”; e v. già Cass., 9 novembre 1985, n. 5499, in *Mass. Giur. it.*, 1985: “l’inerzia o rifiuto di una delle parti ad accedere all’organo privato contrattualmente previsto, non comporta limiti all’azione che l’altra parte può instaurare davanti al giudice ordinario per l’accertamento dello specifico obbligo previsto dal compromesso o dalla clausola compromissoria, derivandone la possibilità di costituzione del collegio a norma degli art. 810, 811 c. p. c. oltretché la facoltà del ricorso a mezzi risolutivi della clausola ed all’azione per il risarcimento dei danni”.

Non mette conto soffermarsi sulla individuazione, né sicura né scontata, del pregiudizio risarcibile in capo alla parte costretta a radicare un giudizio ordinario, per avere l'altra parte (con la sua colpevole inerzia e il concorso del presidente del tribunale) impedito la costituzione del collegio arbitrale. La tutela giurisdizionale del diritto che formava oggetto della domanda arbitrale improcedibile per mancata costituzione del decidente arbitrale non sarebbe comunque preclusa. Risarcibile sarà allora, al postutto, soltanto la componente riconducibile alla maggior durata del processo togato e il danno non patrimoniale da inadempimento del *pactum compromissi*.

5. Obiezioni di sistema alla nomina in via cautelare dell'arbitro

Chi ancora muova da premesse negozialiste e ascriva natura "solutoria" all'atto di nomina dell'arbitro, potrebbe esser tentato di scorgere nella tutela cautelare anticipatoria ex art. 700 c.p.c., se del caso cumulata ad *astreinte* ex art. 614-bis c.p.c., la soluzione al problema.

Una sorta di *emergency appointment* di ricalzo, rimesso non più al presidente del tribunale, ma al tribunale monocratico, quale giudice della cautela.

Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che una simile iniziativa, se promossa subito a fronte della inerzia dell'altro compromittente, finirebbe per scontrarsi col difetto di residualità.

Per reagire alla inerzia della parte, la legge appronta lo speciale procedimento della nomina sostitutiva da parte del presidente del tribunale.

E quando la mancata nomina fosse imputabile al rifiuto del presidente sarebbe pur sempre il suo provvedimento ad aver conformato la realtà giuridica, a negare la nomina dell'arbitro sulla premessa della inesistenza *prima facie* di una convenzione arbitrale: *ergo* non di tutela cautelare anticipatoria vi sarebbe bisogno, ma di un rimedio contro il provvedimento giudiziario.

Sarebbe tutto da dimostrare, poi, che il diritto cautelando, alla base di un ipotetico ricorso ex art. 700 c.p.c., sia idoneo a formare oggetto di un giudizio di merito e di giudicato.

Tale prospettiva non pare corretta: nessun giudicato potrebbe calare mai sul (e fissare anche per il futuro il) dovere della parte di nominare *quel* dato arbitro per *quella* data controversia. L'attività di nomina dell'arbitro, oltre un certo segno, non può essere sovraccaricata di valenze sostanziali per tracciarne proiezioni sul piano dinamico della tutela giurisdizionale.

6. Impugnazione del diniego avanti al g.a.: esclusione

Ed allora non potrà apparire corretta neppure la propensione, certo più intrigante sul piano teorico, mostrata da parte della giurisprudenza amministrativa, ad ammettere la impugnabilità avanti al g.a., eventualmente previa sospensione cautelare, dei provvedimenti di nomina.

L'orientamento in parola vorrebbe abbeverarsi alla giurisprudenza costituzionale.

Se fin da C. Cost., 1 dicembre 1999, n. 437, così suona la tesi, si è professato che il provvedimento di nomina non è espressione dell'esercizio di funzioni giudicanti, onde difetta

in capo al presidente del tribunale il potere di sollevare questioni incidentali di costituzionalità, allora il presidente del tribunale, quando esercita il potere di nomina, viene svolgendo una attività amministrativa. L'argomento prova troppo. Il compromittente, quando si rivolge al presidente del tribunale, non agisce un proprio interesse legittimo. Il presidente del tribunale, è vero che non svolge una attività di giudizio, ma è altrettanto vero che neppure compie una attività di amministrazione attiva, idonea a concretarsi in un atto amministrativo. Già si vede che la nomina non è espressione di cura o perseguimento di interessi. Ciò impedisce di evocare il binomio interesse legittimo-giurisdizione amministrativa.

Queste le imperanti ragioni per cui non parve convincente la decisione con cui il Consiglio di Stato²⁴ ebbe cautelarmente a sospendere l'ordinanza con cui il presidente della corte d'appello di Roma aveva nominato un arbitro ai sensi dell'art. 45, D.P.R. 1063 del 1962.

Poteva farlo? Nell'annotare quel precedente eversivo, Verde lo negò con forza: "nel nostro caso viene in rilievo non la situazione giuridica finale, quale è quella che ha per oggetto la sostanza della controversia, ma la situazione strumentale, quale è il diritto a portarla in modo utile dinanzi a un giudice, sicuramente siamo fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva e altrettanto sicuramente siamo fuori dalle ipotesi di esercizio di un c.d. interesse legittimo"²⁵.

Dunque il privato, sia che subisca la nomina eteronoma dell'arbitro, sia che veda rigettata la istanza di nomina, non potrebbe pensare di rivolgersi ammissibilmente al TAR per far caducare, e prima cautelarmente sospendere, il provvedimento presidenziale. Per carenza, a monte, di un interesse legittimo rilevante ex art. 113 Cost. o comunque di un diritto soggettivo che possa dirsi inciso o conformato da un provvedimento servente alla mera costituzione del giudice privato²⁶.

²⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 1999 n. 1412, in *Corr. giur.*, 2000, pp. 809 ss., con nota di A. SPAGNOLO; in *Riv. arb.*, 2000, pp. 476 ss., con nota critica di G. VERDE, *Il giudice amministrativo interviene nel procedimento di nomina degli arbitri*.

²⁵ Soggiungerei che il diniego della nomina, cautelarmente sospeso dal Consiglio di Stato, non emanava neppure dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c., bensì dalla autorità di nomina indicata dalle parti (presidente della corte d'appello). Di talché, proprio a fronte del diniego opposto da parte di quella, le parti avrebbero certamente avuto la possibilità di rivolgersi al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato per ottenere da lui, in via surrogatoria, la nomina dell'arbitro mancante. Anche sul versante civilistico, beninteso, non sono mancate prese di posizione giurisprudenziali *extra ordinem*. Nella vicenda annotata criticamente da E. ALLORIO, *A proposito di non impugnabilità di provvedimento presidenziale di nomina di arbitro*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, c. 1079, contro il provvedimento del presidente del tribunale di Lecco, che aveva provveduto a nominare l'arbitro, il compromittente rimasto inerte aveva proposto ricorso gerarchico al presidente della corte d'appello di Milano (accolto) e, in parallelo a tale iniziativa, aveva proposto ordinaria azione di accertamento della illegittimità e inefficacia del provvedimento di nomina, a motivo della supposta nullità della clausola compromissoria (domanda dichiarata "improponibile" dal tribunale, a motivo della non impugnabilità della ordinanza presidenziale prevista dall'art. 810 c.p.c.).

²⁶ Alla medesima stregua, è criticabile la pronuncia di TAR Lazio, Sez. III, 16 marzo 2010, n. 4119 che dispone l'annullamento dell'atto con cui l'ANAC aveva nominato un arbitro ai sensi dell'art. 241, co. 2, cod. app. L'ANAC aveva reputato, del tutto correttamente ai sensi dell'art. 810 c.p.c., di non poter compiere verun sindacato sulla validità ed operatività della clausola compromissoria attivata dalla impresa. Nell'accogliere il ricorso giurisdizionale della convenuta, il TAR ha sostenuto che la autorità di nomina dovrebbe rifiutarsi di nominare l'arbitro ogni qual volta constati di essere "in presenza di un'ipotesi di manifesta inesistenza/inoperatività della clausola compromissoria". Così non è: la lettera dell'art. 810 c.p.c. non si spinge fino a tanto. La dottrina, anche nel vigore della precedente versione della norma, da sempre escludeva che il presidente del tribunale possa ingerirsi nel sindacato di validità della clausola: per ulteriori riferimenti v. il commento di C. GIOVANNUCCI

7. Reclamabilità del decreto presidenziale in base al novellato art. 810 c.p.c.

La riforma dell'arbitrato del 2006 ha profondamente inciso sulla lettera dell'art. 810 c.p.c. È caduto il riferimento alla non impugnabilità della ordinanza di nomina dell'arbitro da parte del presidente²⁷. Si torna a una versione *minimal*, non diversa dalla formulazione dell'art. 12, co. I, c.p.c. del 1865. La legge tace sul rimedio esperibile contro il diniego di nomina giudiziaria. La modificazione dell'art. 810 c.p.c. ha dato però nuova linfa (dopo i fatui tentativi di sostenere la parziale abrogazione tacita di tale disposizione ad opera dell'art. 742-*bis* c.p.c. innestato dalla novella del 1950) alla tesi della reclamabilità del provvedimento di diniego della nomina di arbitro.

In tale senso si è espressa la dottrina all'indomani della riforma del 2006²⁸.

Ci pare che questa sia, per esclusione, la soluzione più convincente e tutelante per la parte che voglia rimaner fedele alla convenzione arbitrale. È vero che l'art. 739 c.p.c. testualmente ancora prevede il reclamo soltanto avverso i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio o dal giudice del tribunale dei minori, mentre qui il provvedimento emana dal presidente del tribunale.

Una modesta estensione della lettera della legge, tuttavia, pare questa volta ben possibile, in via interpretativa, onde restituire alla parte una minima garanzia di riesame – da parte di organo diverso, ciò che la riproposizione mera non consentirebbe, alimentando allora i sospetti di incostituzionalità della norma (Ghirga) – del provvedimento di diniego dettato dalla risoluzione di questioni pregiudiziali eccentriche rispetto all'ambito della cognizione del presidente²⁹. Del resto, questa soluzione interpretativa riporterebbe l'art. 810 c.p.c. in linea con le altre legislazioni arbitrali. In Francia, l'art. 1457 n.c.p.c. prevedeva addirittura l'*appel*

ORLANDI, *sub* art. 810, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2001, pp. 138 ss. Tale questione non va risolta anticipatamente dal *juge d'appui*.

²⁷ Prima della riforma del 2006 l'art. 810 c.p.c. disponeva categoricamente che il presidente «*sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile*». Non impugnabile è sinonimo anche di non revocabile. L'art. 810, co. 3, c.p.c. vigente prevede invece che il presidente del tribunale competente «*provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero*».

²⁸ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, Padova, 2012, p. 602, per il quale espulso il paradigma della non impugnabilità “non sembra più possibile negarsi l'assoggettabilità a reclamo” della ordinanza presidenziale ai sensi dell'art. 739 c.p.c.; laddove nel vigore del vecchio art. 810 c.p.c., Cass., Sez. III, 19 gennaio 2006, n. 1017 aveva statuito che l'ordinanza di nomina ex art. 810 c.p.c. comunque non ha contenuto decisorio e non è quindi assoggettabile a reclamo ex art. 739 c.p.c.”; conf. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, IV ed., Torino, 2013, p. 91: “se questa opinione è corretta si risolve anche il problema del provvedimento negativo. Infatti per il passato parlando la legge di ordinanza non impugnabile si aveva in questo caso un difetto di tutela”.

²⁹ Mentre non convincente apparve alla Cassazione e alla dottrina il tentativo di una giurisprudenza torinese e milanese (C. App. Torino, 15 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1952, I, 2, c. 40; C. App. Milano, 7 novembre 1955, *ivi*, 1956, I, 2, c. 1080), all'indomani della riforma del 1950 e dell'innesto dell'art. 742-*bis* c.p.c., di argomentare nel senso della abrogazione tacita della previsione di non impugnabilità della ordinanza ex art. 810 c.p.c. A farsi carico della confutazione dell'argomento di successione tra norme con effetto abrogativo, fu E. Allorio, *Sulla non impugnabilità della ordinanza del presidente del tribunale*, cit., c. 40, che, rilevato il tenore meramente ricognitivo dell'art. 742-*bis* c.p.c., escludeva che una simile disposizione potesse aver mutato lo stato di cose, ossia la convivenza decennale dell'art. 810 c.p.c. con l'art. 739 c.p.c. sotto l'impero del codice di rito del 1940 fino alla novella.

contro il diniego di nomina presidenziale. Il § 587 ZPO austriaca nega il reclamo solo contro la ordinanza che dispone la nomina dell'arbitro.

La tesi della reclamabilità del provvedimento di rifiuto della nomina, non incontrerebbe ostacolo nella mancanza di un diritto soggettivo deciso o inciso dal provvedimento. Il reclamo si dà anche contro i provvedimenti resi nei processi a contenuto oggettivo, cui quello di nomina dell'arbitro si lascia accostare. La istanza, dopotutto, non racchiude una vera e propria domanda giudiziale. È invece qualificabile come mero atto di impulso finalizzato all'adozione di un atto dovuto, in ragione della scelta di *policy* di supporto giudiziario all'arbitrato compiuta dall'ordinamento.

La prassi giudiziaria milanese, inedita, ma cui ha accennato il Presidente Bichi, è dal 2006 orientata nel senso della reclamabilità del diniego presidenziale di nomina. Non però davanti al collegio del tribunale (ad evitare condizionamenti in capo a chi dovrà sindacare l'operato del capo dell'ufficio), bensì della corte d'appello. Legittimata a proporre il reclamo sarà la parte, la cui istanza sia stata respinta. Escluderemmo che sia legittimato a proporre reclamo contro il decreto di rifiuto della nomina anche il compromittente rimasto inerte (non si vedrebbe quale interesse potrebbe avervi, tenuto conto che in ogni momento egli potrebbe esercitare il suo potere originario di nomina).

Un ultimo rilievo attiene al rimedio avverso il provvedimento di nomina assunto da presidente del tribunale incompetente. Trattandosi di provvedimenti di volontaria giurisdizione, la competenza per territorio è tra quelle definite inderogabili dall'art. 28 c.p.c.³⁰. Se il presidente abbia provveduto alla nomina senza instaurare il contraddittorio, e la parte assente non abbia potuto sollevare la relativa eccezione di incompetenza ex art. 38 c.p.c. nel corso del procedimento di nomina, non resterà che sollevare la eccezione (non più, a rigore, di incompetenza ma) di invalidità della nomina davanti agli arbitri e poi, eventualmente, farla valere come motivo di impugnazione del lodo ex art. 829, co. I, n. 2, c.p.c. Certo, il reclamo consentirebbe in maniera assai più snella di ovviare alla costituzione di un collegio e alla pronuncia di un lodo caducabile. Il reclamo sarà però esperibile solo contro il diniego della nomina. In ogni altro caso, la critica deve avvenire nelle forme previste dalla legge, dunque in base a quanto previsto dall'art. 829, co. I, n. 2, c.p.c.

Anche nel caso di diniego di nomina dettato da incompetenza territoriale potrà aver senso ammettere il reclamo³¹. Né parrebbe aprioristicamente da escludere che lo stesso presidente del tribunale adito con la istanza di nomina sostitutiva, che si reputi incompetente per territorio, debba fare applicazione analogica della regola della *translatio iudicii* prevista dall'art. 50 c.p.c., sì da salvaguardare appieno gli effetti sostanziali e processuali della

³⁰ Cass., 12 novembre 1992, n. 12188.

³¹ A dispetto della lettera dell'art. 810 c.p.c., ante riforma del 2006, A. BRIGUGLIO, *Inderogabilità della competenza territoriale ex art. 810 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 422 ss. aveva affacciato la idea che la ordinanza di rifiuto della nomina a motivo della incompetenza del presidente del tribunale fosse soggetta a regolamento di competenza o, alternativamente, a reclamo, *ad instar* dell'art. 669-terdecies c.p.c. (si attendeva, all'epoca, l'esito della rimessione alla Consulta della questione di reclamabilità delle ordinanze di rigetto della domanda cautelare).

domanda di arbitrato pendente (litispendenza, però, da ritenersi “contratta”, sino alla accettazione degli arbitri), nelle more del procedimento di nomina giudiziaria, la cui attivazione si sia resa necessario proprio per vincere la riluttanza dell’altro compromittente a nominare il proprio arbitro, così da promuovere la investitura degli arbitri.

Marcello Stella

Associato dell’Università degli studi di Napoli Federico II