

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA
Scuola di Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche
“La cultura giuridica europea dell’impresa e delle istituzioni”
XXVIII Ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

“LODO E CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ DELL’ARBITRATO”
(s.s.d. IUS/15)

Tutor:

Chiar.mo Prof. Carlo Vellani

Direttore della Scuola di dottorato:

Chiar.mo Prof. Aljs Vignudelli

Candidato:

Michela De Santis

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	9
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA NATURA DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ: VECCHIE E NUOVE QUESTIONI

§.1. Un breve <i>excursus</i> storico sull'impugnabilità del lodo: il modello del codice del 1865 e il sistema attuale a confronto.....	13
§.2. L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale come rimedio specifico dell'arbitrato.....	24
§.2.1. (segue): un tentativo di re-inquadramento.....	29
§.3. Le più recenti novità.....	34
§.3.1. (segue): è applicabile il filtro in appello?	37
§.4. Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (cenno).....	43

CAPITOLO SECONDO

I MOTIVI DI IMPUGNAZIONE DEL LODO. IN PARTICOLARE, IL MOTIVO DI CUI ALL'ART. 829, COMMA 1, N. 4, SECONDA PARTE, C.P.C. E LA CARENZA DI POTESTAS

IUDICANDI DEGLI ARBITRI

§.5. I motivi di impugnazione del lodo: premessa.....	47
§.6. Lodo ha deciso il merito quando «il merito non poteva essere deciso»: il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, seconda parte, c.p.c. (App. Milano, 1 luglio 2014).....	48
§.6.1. (segue): «se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato»: il motivo di cui al n. 4, seconda parte, già esistente.....	50
§.6.2. (segue): la novità della novella del 2006: riconducibilità dei casi di ultrapetizione e di pretermissione del litisconsorte necessario «in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso».....	52

§.7. La contrarietà a precedente lodo non più impugnabile come ipotesi di carenza di potestas iudicandi riconducibile al vizio di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: critica (App. Roma, 29 agosto 2013).....	61
§.7.1. (segue) la nullità del lodo per inesistenza della convenzione arbitrale, di cui al n. 1, per consunzione (a causa di altro arbitrato che vi abbia attinto). La sua non rilevabilità d'ufficio.....	65

CAPITOLO TERZO

L'ART. 829, COMMA 2, C.P.C.: OBBLIGO DI BUONA FEDE E LIMITI

ALL'IMPUGNAZIONE DEL LODO ARBITRALE

§.8. L'art. 829, comma 2, c.p.c. e l'onere di eccezione nei singoli motivi di impugnazione.....	71
§.9. L'estensione applicativa dell'art. 829, comma 2, c.p.c. [...].	74
§.9.1. (segue) alla violazione del principio del contraddittorio.....	76
§.10. Buona fede negoziale o coerenza processuale?.....	79
§.10.1. La conferma processuale della coerenza di un principio di coerenza.....	80
§.11. L'inammissibilità dell'impugnazione come sanzione.....	81
§.12. Abuso del processo (cenno).....	84
§.13. L'estoppel di diritto francese.....	86

CAPITOLO QUARTO

L'IMPUGNAZIONE AVVERSO LA SENTENZA RESA NEL GIUDIZIO DI NULLITÀ DEL LODO: AMMISSIBILITÀ, DISCIPLINA E POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

§.14. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità: ammissibilità (Cass., sez I, 23 febbraio 2016, n. 3481).....	95
§.15. Rispetto al motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la Corte di cassazione è giudice del «fatto processuale».....	98
§.15.1. (segue) fuori dai casi in cui sia in discussione la «competenza» arbitrale, l'esame della Corte di cassazione è diretto sulla sentenza della Corte d'appello e non sul lodo arbitrale.....	100
§.16. Una possibile definizione di «fatto processuale» in questo contesto.....	102

§.17. Considerazioni conclusive sui poteri della Corte di cassazione..... 107

CAPITOLO QUINTO

L'APPLICAZIONE DELL'ART. 393 C.P.C.: LA REVIVISCENZA DEL LODO DOPO LA CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO

§.18. Il problema dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'impugnazione per nullità del lodo..... 109

 §.18.1. (segue): una recente decisione sotto regime previgente nel senso dell'estensione applicativa (Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188).... 111

§.19. I limiti dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato.....114

 §.19.1. (segue): l'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato come soluzione accettabile nel regime previgente ma non in quello attuale..... 118

§.20. La modifica per d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 dell'art. 830 c.p.c.: il criterio della distinzione tra casi e casi di nullità..... 120

§.21. La soluzione francese. Il contesto dell'art. 1034 CPC: le *voies des recours*, in particolare l'*appel* e le *pourvoi en cassation*..... 128

 §.21.1. (segue): la decisione di rinvio..... 137

 §.21.2. La *chose jugée* della sentenza di primo grado quale effetto della mancata «riassunzione»: l'art. 1034 CPC (vs. l'art. 393 c.p.c.)..... 140

 §.21.3. Somiglianti problemi applicativi..... 144

PRINCIPALE GIURISPRUDENZA COMMENTATA..... 149

BIBLIOGRAFIA 161

A Stefano

INTRODUZIONE

Il presente lavoro, alla luce di novità giurisprudenziali e normative, prende in analisi l'impugnazione per nullità di lodo arbitrale, quale tipico mezzo di impugnazione dell'arbitrato. Accanto ad (ancora) astratti propositi di più generale «razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale» ⁽¹⁾, già il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (rubricato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»), convertito con modifiche con l. 10 novembre 2014 n. 162, introducendo un nuovo meccanismo di «trasferimento» del giudizio pendente dinanzi alla Corte d'appello alla sede arbitrale, ha un evidente impatto sul sistema delle impugnazioni civili, quindi anche sull'impugnazione del lodo arbitrale ⁽²⁾.

Le più recenti novellazioni sulle impugnazioni civili poi, pur non coinvolgendo direttamente il rimedio impugnatorio che qui si considera, andando tutte, in generale, nella direzione di limitare le possibilità di contestazione di una qualsivoglia decisione, per ragioni di sostenibilità della giustizia ovvero per conformarsi ad

(1) D.d.l. 11 marzo 2016, n. 2284, «Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», approvato in Parlamento e in corso di esame in commissione al Senato, prevede «quanto ai procedimenti speciali: 1. potenziamento dell'istituto dell'arbitrato, anche attraverso [...] la razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale».

Nel corso della stesura del presente lavoro (nella sua parte finale), sono state rese note le «Proposte normative e note illustrative» (Anno 2017) della istituita «Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato» presieduta da Guido Alpa. Considerando che dette Proposte sono state rese note nei primi mesi dell'anno 2017, non saranno analizzate, se non tangenzialmente, nel presente lavoro. La principale novità, in tema di impugnazione per nullità, accanto all'abbreviazione dei termini per impugnare, è, nell'ottica di una maggiore stabilità del lodo arbitrale, la possibilità per le parti (che già non abbiano disposto l'impugnazione per violazione delle regole di diritto attinenti al merito della controversia) di proporre l'impugnazione per nullità «immediatamente alla corte di cassazione con ricorso *omisso medio*, ossia senza l'impugnazione davanti alla corte d'appello di cui al primo comma dell'art. 828», previa previsione in questo senso che sia anteriore al lodo. Le considerazioni contenute nel presente lavoro ritengo possano comunque condurre a una valutazione di detta proposta.

(2) Il d.l. è stato pubblicato in G.U. Serie Generale n. 212 del 12 settembre 2014 e, per la parte che qui incide, è entrato in vigore il giorno successivo. È poi intervenuta la legge di conversione del d.l. (l. 10 novembre 2014 n. 162, pubblicata in G.U. n. 261 del 10 novembre 2014 ed entrata in vigore il giorno successivo) che ha introdotto modifiche al d.l. ma non sui punti che qui direttamente incidono.

imposti criteri di ragionevolezza, indirettamente lo hanno coinvolto ⁽³⁾. Sono del resto sempre minori le *chances* lasciate nei confronti della gemella sentenza di primo grado: ciò che potrebbe ammettere un'ulteriore compressione del diritto di impugnazione del lodo.

La questione può porsi anche in diversi termini. La scelta delle parti a favore della strada arbitrale, quindi di una strada (che sanno già essere) stretta all'impugnazione, ammette sin quasi a legittimare una compressione del diritto di impugnazione considerando che questa è la tendenza del recente legislatore (tanto più se l'arbitrato è deflattivo)? O la piena assimilazione degli effetti del lodo a quelli di una sentenza (Cass. civ. S.U., 25 ottobre 2013 n. 24153) impone maggiori garanzie, giungendo a una soluzione diametralmente opposta a quella precedente?

La Corte d'appello di Milano, in una sua ordinanza del 2013, non ha escluso, ad esempio, la generale applicabilità del «filtro in appello» all'impugnazione per nullità di lodo arbitrale. L'applicazione di detto filtro che, come noto, opera attraverso gli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., è stata eccepita dalla parte appellata proprio nell'ambito di un giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale instaurato innanzi alla sopraccitata Corte.

Così, se in prima battuta potrebbe sembrare solo una questione di definizioni o di sistemazione teorica degli istituti (quella della natura dell'impugnazione del lodo arbitrale), in realtà la riconduzione del giudizio d'impugnazione del lodo arbitrale a un giudizio di primo grado o d'appello o in unico grado, o altro, anche alla luce delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, non è priva di conseguenze.

Tuttavia tale riconduzione o assimilazione non è mai stata agevole a farsi, e sempre molto discussa. Se a ciò si aggiunge che gli interventi legislativi che hanno recentemente investito le impugnazioni civili hanno messo in crisi le stesse definizioni e categorie giuridiche, il percorso logico-deduttivo si complica ancora: è

(3) Il riferimento è al d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modifiche in l. 7 agosto 2012 n. 134, che ha attenuato il carattere devolutivo e sostitutivo dell'appello, ma anche, ancor prima, alla l. 18 giugno 2009 n. 69 che ha limitato ulteriormente (rispetto alla l. 26 novembre 1990 n. 353 e alla giurisprudenza) l'ammissibilità di *nova* in appello restringendo ancora l'oggetto di quel controllo. È possibile quindi, sin da subito, rilevare una riduzione di distanza tra i due rimedi, l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e l'ordinario appello, avvicinandosi il secondo al primo. Anche le intenzioni del nuovo legislatore delegato sembrano andare in questa direzione e cioè ancora di un «potenziamento del carattere impugnatorio dell'«appello», anche attraverso la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali e la tipizzazione dei motivi di gravame».

difficile, oggi, intendersi sul termine «appello» e, così, ancor più difficile è riconoscere che cosa vi si possa o non vi si possa includere per trarne conclusioni o certezze.

Quel che è certo è che, oggi, l'impugnazione per nullità *ex art. 828 c.p.c.* è il mezzo di impugnazione per eccellenza dell'arbitrato e che esso rientra, a tutti gli effetti, tra le impugnazioni processuali, a maggior (e non certo per la sola) ragione alla luce dell'824-*bis* c.p.c.. Altrettanto certo è che il *decisum* arbitrale, per via dell'impugnazione per nullità, rientra nell'alveo della giurisdizione ordinaria per un controllo richiesto dalla parte che, pur avendo volutamente evitato la giurisdizione ordinaria sottoscrivendo la clausola compromissoria, intenda contestarlo.

Ma quale controllo? Nel titolo del presente lavoro c'è (già) la risposta.

Nel primo capitolo si analizzerà proprio la questione della natura dell'impugnazione per nullità, all'esito di una breve indagine storica dell'impugnazione per nullità del lodo.

Il secondo capitolo sarà invece dedicato ai motivi di impugnazione del lodo, tenendo conto delle più recenti pronunce giurisprudenziali, oltre che delle interpretazioni dottrinali, ancora a mente della spinta data dal moderno legislatore all'istituto dell'arbitrato quindi dell'esigenza di «razionalizzazione» anche di questi. Più precisamente, oggetto della presente lavoro, e quindi di analisi, saranno i motivi il cui ambito applicativo è più incerto: il caso di lodo che ha deciso il merito «quando il merito non poteva essere deciso» (n. 4), introdotto dall'ultima novella, e il caso di lodo contrario a precedente lodo non più impugnabile (n. 8), col complesso tema del giudicato arbitrale che fa da sfondo a questo motivo. Nel presente lavoro sono dunque selezionati e analizzati, tra i motivi di impugnazione del lodo di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c., quelli dai confini più incerti, motivi che, proprio per questa ragione, sono stati oggetto di isolate, ma sia pur importanti, pronunce giurisprudenziali (che saranno oggetto di commento).

Il terzo capitolo sarà dedicato all'onere di eccezione dei motivi di nullità nel corso del procedimento arbitrale, come condizione di ammissibilità dell'impugnazione per nullità e come sanzione, sullo sfondo del recente dibattito della dottrina processual civilista sull'abuso del processo, a dimostrazione della

massima esaltazione dell'autoresponsabilità delle parti nel processo arbitrale, che deriva dal fondamento negoziale dell'arbitrato.

Oggetto del quarto e del quinto capitolo è il ricorso per cassazione, mezzo (almeno storicamente) di legittimità per eccellenza, avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo. Si tratta di un terreno non molto battuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per via della maggiore resistenza del lodo arbitrale alle impugnazioni, ma di grande importanza sistematica. Obiettivo del presente lavoro è proprio analizzare la disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello sul giudizio di nullità del lodo e i poteri della suprema Corte adita di tale finale giudizio, provando a rispondere al quesito: rivive il lodo se la Corte di cassazione cassa la sentenza di annullamento?

Tutta l'analisi condotta nel presente lavoro sarà supportata da una comparazione con l'ordinamento francese, comparazione che, anche tenuto conto delle somiglianze tra i due ordinamenti, dovrebbe essere utile ai fini di una migliore comprensione dell'istituto dell'impugnazione per nullità, ma anche all'importazione di soluzioni all'abuso dello strumento impugnatorio *de quo*, sì da garantire l'efficacia della scelta delle parti a favore della strada arbitrale, al tempo stesso garantendo il rispetto del principio del *double degré de juridiction*. Uno degli obiettivi del presente studio è infatti ricercare un contemperamento di questi due interessi richiedendo, la questione dell'impugnazione del lodo arbitrale, un giusto equilibrio tra due legittime e contrapposte esigenze: della parte vittoriosa, di assicurarsi una pronuncia definitiva e vincolante, e quella della parte soccombente, la quale al contrario potrebbe aver subito, attraverso la sentenza arbitrale, un'ingiustizia.

CAPITOLO PRIMO

LA NATURA DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ: VECCHIE E NUOVE

QUESTIONI

§.1. Un breve *excursus* storico sull'impugnabilità del lodo: il modello del codice del 1865 e il sistema attuale a confronto. – §.2. L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale come rimedio specifico dell'arbitrato. – §.2.1. (segue) un tentativo di re-inquadramento. – §.3. Le più recenti novità. – §.3.1. (segue): è applicabile il filtro in appello? – §.4. Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (cenno).

§.1. Un breve *excursus* storico sull'impugnabilità del lodo: il modello del codice del 1865 e il sistema attuale a confronto.

Nel codice del 1865, i rimedi esperibili contro la «sentenza arbitrale», calata in un sistema arbitrale molto diverso da quello attuale già solo per l'«omologazione» di cui necessitava il lodo ⁽¹⁾, erano l'appello, la revocazione, il ricorso per cassazione e l'azione di nullità, oltre al reclamo contro il decreto di omologazione. Dunque, ben

(1) L'omologazione era infatti il fulcro dell'intero sistema arbitrale. Era necessario l'intervento del giudice (il pretore) che doveva “riconoscere” quindi omologare la decisione del giudice privato, altrimenti priva di qualsivoglia efficacia, alla luce di un controllo di validità formale (il regolare deposito del lodo e l'esistenza convenzione d'arbitrato, v. su questo punto C. LESSONA, *Arbitramento*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, 3, Milano, 1983, 627, per il quale ciò spiega perché il Codice del 1865 non ponesse tra i motivi di impugnazione l'inesistenza del compromesso, diversamente dal Codice napoleonico e da quelli preunitari; *contra* E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1899, p. 256, il quale invece riteneva che, qualora venisse apposta l'omologazione nonostante l'inesistenza del compromesso, fosse comunque possibile esercitare l'azione di nullità *ex art. 32, n. 1, c.p.c.* che prevedeva l'ipotesi compromesso nullo o scaduto, in cui rientravano implicitamente tutte le ipotesi di mancanza di condizioni necessarie all'arbitrato; v., anche, C. VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 643 ss.), senza l'intervento delle parti e l'instaurazione del contraddittorio, cui era contrapposta la validità sostanziale della pronuncia da appurare con l'azione di nullità. Il lodo non depositato, entro cinque giorni dalla sua ultima sottoscrizione (lo stesso momento da cui oggi il lodo «ha gli stessi effetti di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria»), era incompleta e viziata da nullità assoluta e insanabile, in quanto il disposto dell'art. 24 aveva, secondo l'opinione prevalente, un fondamento di ordine pubblico e concludeva l'incarico degli arbitri. V. M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, cit., 284. Per questi e altri riferimenti con riferimento al Codice del 1865, v. V. G. MARANI, *Aspetti negoziali e processuali dell'arbitrato*, Torino, 1996, 157.

cinque rimedi erano esperibili avverso la sentenza arbitrale, il che evidenzia la complessità di quel sistema e la sua poca funzionalità rispetto all'istituto arbitrale ⁽²⁾.

Il lodo arbitrale era dunque impugnabile coi rimedi proponibili avverso le sentenze dell'a.g.o. (appello, ricorso per cassazione e revocazione, mentre esclusa era l'impugnazione di terzo) ma anche con l'azione di nullità.

Ai sensi dell'art. 28 del codice del 1865, il lodo era appellabile salvo che: le parti non avessero rinunciato all'appello o avessero autorizzato gli arbitri a decidere come amichevoli compositori; o, ancora, che gli arbitri avessero pronunciato come giudici di appello; o, infine, che si trattasse di causa che sarebbe rientrata nella competenza del conciliatore (le cui sentenze erano appellabili solo per motivi di competenza). Dunque vigeva la regola di generale appellabilità del lodo, fatte salve queste quattro ipotesi.

La terza eccezione alla generale appellabilità del lodo («quando i medesimi [arbitri] abbiano pronunciato come giudici d'appello» di cui all'art. 28), rendeva manifesta la possibilità di dar corso a un «arbitrato d'appello», per cui veniva data alle parti dell'arbitrato la possibilità di appellare il lodo innanzi ad altri arbitri.

Nel codice attuale l'arbitrato d'appello non è ammesso, sebbene non sia espressamente escluso. L'ultimo d.l. 132/2014 nell'ammettere il trasferimento ad arbitrato delle cause pendenti «in grado d'appello», consentendo, almeno in astratto, che giudici non statali possano decidere sui motivi dall'appello delle sentenze dell'a.g.o. ⁽³⁾, dovrebbe consentire, *a fortiori*, l'«arbitrato d'appello» ⁽⁴⁾.

(2) Era stato ad esempio notato come fosse irragionevole prevedere un reclamo contro il decreto concessivo dell'*exequatur* dal momento che l'impugnazione del decreto si risolveva in una richiesta di annullamento della sentenza arbitrale, e così i motivi di reclamo avrebbero potuto confluire nell'azione di nullità. Così L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, s.d., 194. Oppure che, stante la sostanziale identità di motivi, erano riunibili l'azione di nullità e il ricorso per cassazione, su cui *infra*.

Più in generale, l'elevato numero dei rimedi esperibili avverso il lodo e la macchinosità di tutto il sistema impugnatorio arbitrale erano indice, per la dottrina di allora, della diffidenza del legislatore verso l'arbitrato. In questo senso, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3ed, 1988, 580; T. CARNACINI, voce *Arbitrato*, in *Noviss. dig. it.*, vol I, Torino, 1957, 910.

(3) Mi pare debba poi essere appurata la costituzionalità di una norma che ammette il sindacato e la riforma di una pronuncia del giudice di primo grado da parte di arbitri, quindi appurato che questa non violi l'art. 102, comma 1, Cost. Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma potrebbe essere quella che le parti, col trasferimento delle cause civili «in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del [...] decreto» (*ex art. 1, comma 1, d.l.*), rinuncino, come è loro consentito, agli effetti di una pronuncia di primo grado, a condizione che venga adottato un lodo

Interessante, sul punto, proprio muovendo dal dato storico per verificare lo spazio che potrebbe avere oggi l'«arbitrato d'appello», è la comparazione col modello francese. Numerosi centri arbitrali, ha notato la dottrina francese, ma questo argomento può essere esteso al sistema italiano ⁽⁵⁾, ammettono l'arbitrato su due gradi di giudizio. Gli arbitri di primo grado rendono un «progetto di lodo» destinato a mutare in lodo definitivo se, nel termine previsto, nessuna delle parti ha domandato al centro arbitrale un arbitrato di secondo grado. In questa seconda ipotesi, infatti, il «*projet de sentence*» diviene «*caduque*» ⁽⁶⁾. Tale pratica è stata consacrata, dal decreto francese del 1980, nel vecchio art. 1145 *CPC* ai sensi del quale «*la personne chargée d'organiser l'arbitrage peut prévoir que le tribunal arbitral ne rendra qu'un projet de sentence et que si ce projet est contesté par l'une des parties, l'affaire sera soumise à un deuxième tribunal arbitral*». La norma è scomparsa con l'ultima riforma dell'arbitrato (quella per decreto del 13 gennaio 2011) ma questa indifferenza, per la dottrina francese, non pregiudica la validità di questo tipo di arbitrato. Così, nel sistema francese, la sentenza arbitrale resa in primo grado può essere oggetto di appello o di *recours en annulation* davanti alla Corte d'appello, a meno che le parti non si siano avvalse della possibilità di far giudicare la controversia una seconda volta dal un nuovo tribunale arbitrale ⁽⁷⁾.

Tornando al sistema italiano di allora, nella vigenza del codice del 1865 (art. 31) era ammesso il ricorso per cassazione contro le sentenze degli arbitri pronunciate in grado d'appello ma solo se fondato su motivi non deducibili con l'azione di nullità. Proprio in ragione di tale eccezione, e in ragione del fatto che i motivi di ricorso (art. 517) non erano sostanzialmente diversi dai casi di nullità, l'ambito

arbitrale che si pronunciano, più che sui motivi d'appello, sulla effettiva tenuta dell'accertamento dei giudici di prime cure e che dunque non è propriamente un lodo "d'appello".

(4) A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 473 ss.

(5) Si veda, in Italia, il Regolamento della Corte Arbitrale Nazionale (artt. 11 e 12).

(6) E. LOQUIN, *L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré*, in *Rev. arb.*, 1990, 422.

(7) CA Paris, 5 juill. 1981, in *Rev. arb.*, 1983, 109; CA Rouen, 16 avr. 1986, in *Rev. arb.*, 1988, 372; CA Paris, 8 oct. 1998, in *Rev. arb.*, 2000, 128, con nota di E LOQUIN; CA Paris, 7 mai 2009, in *Rev. arb.*, 2009, p. 440.

applicativo del ricorso per cassazione era molto limitato, ed appariva un'inutile sovrastruttura⁽⁸⁾.

In altre parole, il ricorso per cassazione appariva, e appare tutt'oggi, un doppione dell'impugnazione per nullità, avendone, come emergerà nel prosieguo, una serie di caratteri (primo fra tutti la natura di giudizio di «legittimità»), tanto che è da escludere la diretta ricorribilità per cassazione del lodo arbitrale, essendo peraltro l'intervento nomofilattico della suprema Corte comunque assicurato dalla ricorribilità per cassazione della sentenza resa sull'azione di nullità.

Alla stessa conclusione si deve giungere immaginando che il lodo si sostituisca oggi alla sentenza d'appello in forza del meccanismo previsto dal recente d.l. 132/2014 o immaginando il ricorso per cassazione del lodo come effetto indiretto dell'applicazione di meccanismi di recente introduzione (mi riferisco al filtro in appello), qualora se ne sostenesse l'estensione all'impugnazione per nullità⁽⁹⁾.

Nel sistema francese, nel vecchio articolo 1481 *CPC*, come nel nuovo art. 1503 *CPC*, quindi anche all'indomani della riforma dell'arbitrato del 2011 che ha escluso l'appello avverso il lodo salva volontà contraria delle parti, viene affermato chiaramente che «[l]a sentence arbitrale n'est pas susceptible de pourvoi en cassation», e tale *interdiction* viene giustificata dalla dottrina anche sulla considerazione che il ruolo della *Cour de cassation* è quello di assicurare il controllo e l'unità della giurisprudenza dell'ordine giudiziario, ordine al quale non appartengono gli arbitri, quali giudici privati⁽¹⁰⁾. Mentre la sentenza resa dalla Corte d'appello sull'appello o sul *recour en annulation* è ricorribile per cassazione⁽¹¹⁾.

L'azione per nullità di cui all'art. 32 del codice del 1865 era il rimedio speciale per l'arbitrato: denominato «azione di nullità», attraverso detto rimedio si poteva ottenere l'annullamento del lodo che risultasse affetto da uno dei vizi indicati dalla stessa norma, nonché una nuova decisione nel merito della controversia. I casi di nullità previsti dalla norma erano: il caso di lodo reso «sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dai limiti del compromesso»; il caso di lodo che non avesse pronunciato «sopra tutti gli oggetti del compromesso» o che contenesse disposizioni

(8) E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, cit., 521 ss.

(9) S. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro*, cit., 185. Sono affermazioni che saranno oggetto di dimostrazione nei capp. seguenti.

(10) E. LOQUIN, *La décision arbitrale. Les voies de recours*, in *JC procédure civile*, fasc. 1046

(11) Cass. com., 9 janv. 1979, in *Dalloz*, 1980., 204..

contraddittorie; il caso di lodo pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro, o senza la necessaria partecipazione di tutti i componenti del collegio arbitrale; il caso di lodo che mancasse dei requisiti di contenuto-forma della pronuncia (indicati nell'art. 21 del Codice ossia l'indicazione delle parti, dell'atto di compromesso, dei motivi in fatto e in diritto, l'indicazione del giorno, del mese, dell'anno del luogo della pronuncia in cui la sentenza degli arbitri è stata pronunciata); il caso di lodo pronunciato fuori dal Regno (art. 22 del Codice) e, infine, il caso di lodo risultato di un procedimento in cui non fossero state osservate «le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità» ove le parti ne avessero prescritto l'osservanza nel compromesso.

Ispirata all'opposizione all'ordinanza di *exequatur* dell'art. 1028 del *CPC* francese del 1806, che vedeva riuniti l'opposizione all'ordinanza di *exequatur* e l'impugnazione pe nullità ⁽¹²⁾, l'azione di nullità di cui all'art. 32 del codice di rito

(12) G. MARANI, 178. Tale istituto del diritto francese, previsto per la prima volta dalla giurisprudenza del periodo rivoluzionario, voleva impedire l'esecuzione forzata di pronunce arbitrali munite dell'*exequatur* sebbene inficiate da vizi sostanziali (e come tali non rilevabili dal giudice dell'omologa) e per i casi in cui l'appello non fosse proponibile per non averne le parti fatta espressa riserva: cfr. Cass. 18 pratile a V. in *Le nouveau ferrière, ou dictionnaire de droit de la pratique*, Paris, 1804, voce *Arbitre*, 198ss.: Req. 3 venoso a. IX, Cass. 12 partile a., X, Req. 10 vendemmiaio a. XIV, Req. 9 maggio 1809, Req. 1 frimaio a. XII, Req. 2 giugno 1818, citt., nel Rep. Dalloz, cit., V. voce *Arbitrage-Arbitre*, 138, n. 1218. Tali sentenze pongono a fondamento dell'opposizione all'ordinanza di esecuzione ogni vizio che tolga alla pronuncia la natura di lodo, come l'aver gli *arbitri* emanato la decisione al di fuori dell'oggetto del compromesso, o senza a aver ricevuto poteri dalle parti. La norma recepiva tale giurisprudenza ammettendo che quando gli arbitri hanno giudicato senza averne i poteri (nn. 1 e 2) o eccedendo quelli loro attribuiti dalle parti (nn. 3 e 5), o quando il terzo chiamato per *départager* ha ommesso di conferire con i primi arbitri (n. 4), con un unico atto sia possibile opporsi all'ordinanza di *exequatur* e chiedere che sia dichiarata la nullità del lodo, *rectius* «de l'acte qualifié jugement arbitral». L'Autore, nell'esaminare tale istituto, precisa che non si trattava di un mezzo di impugnazione in senso tecnico (già solo per il fatto che la sentenza che decide su questo è appellabile) ma rimedio tipico dell'arbitrato con cui impedire l'esecuzione del lodo e, al tempo stesso, far valere i vizi di questo, formato quindi da un'azione di nullità e dalla sua «veste processuale» ossia l'opposizione all'esecuzione. In altre parole, i vizi di nullità del lodo costituiscono le ragioni all'opposizione all'*exequatur*. Rispetto all'omologazione, che comunque non era necessaria per rendere il lodo impugnabile (e a maggior ragione non era necessaria, come lo era invece in Italia, a impedire l'efficacia del lodo), rileva l'Autore, l'istituto di cui all'art. 1028 *CPC* rimette in discussione, anche se per motivi diversi, l'efficacia dell'ordinanza concessiva dell'*exequatur* integrando, come una sorta di appendice, sul piano sostanziale, quel primo controllo meramente formale. Il distinto appello, proponibile in alternativa all'opposizione *ex art. 1028 CPC*, presupponeva il riconoscimento della qualità di sentenza, all'atto impugnato e perciò precludeva l'opposizione infatti il giudice dell'appello poteva essere adito soltanto se la sentenza non fosse dichiarata nulla.

del 1865 rappresentava un momento autonomo e diverso dall'opposizione all'*exequatur* di cui all'art. 25⁽¹³⁾.

Nella sistematica del codice del 1865, l'azione per nullità era collocata tra i mezzi di impugnazione della sentenza arbitrale e, conseguentemente, andava proposta nel medesimo termine perentorio previsto per l'appello (art. 33, comma 1), che «decorre[va] dal giorno in cui fu notificata la sentenza col decreto che l'ha resa esecutiva» (art. 29, u.c.) quindi era proponibile non avverso il lodo ma avverso la «sentenza arbitrale». Il giudice competente era quello che sarebbe stato competente a conoscere della controversia in primo grado e la sentenza di questi era a sua volta suscettibile di appello. L'appello si spiegava agevolmente considerando che se il giudice dell'azione di nullità avesse dichiarato la nullità del lodo (e ciò nell'accertare l'inesatto adempimento delle obbligazioni assunte dall'arbitro nella conclusione del contratto d'arbitrato collegato al compromesso)⁽¹⁴⁾, allo stesso giudice era imposto di decidere anche il merito della controversia quindi di pronunciare una sentenza sostitutiva della pronuncia arbitrale nulla⁽¹⁵⁾.

Si sviluppò, alla luce di quella impostazione normativa, un intenso dibattito sui rapporti tra azione di nullità e appello con il delinearsi di tre opinioni, che la recente dottrina ha riassunto⁽¹⁶⁾: la prima, secondo cui chi intendesse far valere la nullità di una sentenza soggetta ad appello non avrebbe potuto servirsi del rimedio di cui all'art. 32 ma dell'appello, di conseguenza si poteva esperire l'azione di nullità solo quando non fosse ammesso l'appello, ad esempio perché le parti avevano rinunciato all'appello oppure perché gli arbitri avevano pronunciato come giudici d'appello⁽¹⁷⁾; secondo un'altra opinione, l'unico rimedio esperibile per far valere la nullità della sentenza era l'azione di nullità mentre l'appello era proponibile solo per ragioni di

(13) L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile annotato*, Torino, 1908, I, 78.

(14) Oggi, come emergerà, detto accertamento non è così limitato ma attiene anche a profili processuali che esulano dal contratto d'arbitrato e dalla sua corrispondenza di quest'ultimo rispetto alla convenzione d'arbitrato.

(15) V. GALANTE, *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, Napoli, 1906, 151 ss.

(16) S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 13 ss

(17) M. AMAR, *op. cit.*, 346; per ulteriori riferimenti v. V. GALANTE, voce *Sentenze arbitrali.*, in *Dig. it.*, XXI, 2, Torino, 1891-1986, 729 .

merito ⁽¹⁸⁾; vi era poi una terza e intermedia, rispetto alle prime due, opinione, secondo la quale la parte aveva a disposizione entrambi i rimedi, ma l'appello, essendo proponibile solo avverso la «sentenza arbitrale», implicando dunque il suo riconoscimento, precludeva l'esercizio dell'azione di nullità ⁽¹⁹⁾.

La prima delle tre opinioni si fondava sul principio di economia processuale, sull'idea che «il cumulo delle liti che vanno ad addossarsi sul compromesso, che a titolo di libertà e di economia è accordato ai cittadini (...) tolga di molto alla importanza del beneficio» ⁽²⁰⁾. Però v'era anche chi sosteneva che non vi fosse motivo per non applicare anche alle sentenze arbitrali la regola, che vale(va) per le sentenze del giudice togato, secondo cui le nullità andavano fatte valere con l'appello. Era, sul punto stato osservato come fosse «contrario al nostro sistema giudiziario l'ammettere due autorità giudiziarie superiori, l'una delle quali debba giudicare mezzi di nullità, l'altra i mezzi di gravame», ciò che invece consentiva un sistema così congegnato nell'ammettere l'esperibilità di entrambi i mezzi.

Tuttavia a tale impostazione c'era chi obiettava che il cumulo dei due rimedi avrebbe comportato la perdita di un grado di giudizio ⁽²¹⁾ e chi, ancora, obiettava che la regola dell'assorbimento o conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame non era applicabile alle sentenze arbitrali sulla considerazione che solo le sentenze dei giudici togati, venendo il loro potere direttamente dalla legge, «quantunque nulle, non cessano di essere considerate tali» mentre quelle degli arbitri «non sono vere e proprie sentenze se non in quanto siano dichiarate immuni dai gravissimi difetti che sono previsti dall'art. 32» ⁽²²⁾. Insomma, l'azione di nullità di cui all'art. 32 serviva ad «attacca[re] direttamente e nel suo intrinseco, nel suo essere cioè sentenza» la decisione degli arbitri, mentre l'appello presupponeva l'esistenza di una sentenza

(18) F. RICCI, *op. cit.*, 43; CODOVILLA, *op. cit.*, 633 ss., per il quale la parte aveva l'onere di proporre entrambi i rimedi ma l'appello rimaneva in sospeso in attesa della definizione del giudizio di nullità.

(19) V. GALANTE, *op. cit.*, 732; L. MORTARA, *op. cit.*, 206-207; secondo L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV, Torino, 1902, 748 ss., la parte che intendesse impugnare la sentenza sia per motivi di nullità che per motivi di merito aveva l'onere di far valere gli uni e gli altri per mezzo dell'appello dato che, proposta l'azione di nullità, l'appello doveva intendersi rinunciato.

(20) M. AMAR, *op. cit.*, 351, commentando Cass., 10 giugno 1871, in *Giur. it.*, 1871, I, c. 425.

(21) F. RICCI, *op. cit.*, 43 ss; CODOVILLA, *op. cit.*, 635 e 645.

(22) F. RICCI, *op. cit.*, 45 ss.; CODOVILLA, *op. cit.*, 643.

arbitrale da qui l'insostenibilità della tesi dell'assorbimento o conversione dell'uno nell'altro⁽²³⁾.

Come è stato osservato dalla recente dottrina⁽²⁴⁾, alla base di tale contrasto c'era una diversa concezione dell'istituto azione di nullità di cui all'art. 32 del codice del 1865: da un lato c'era chi sosteneva che si trattasse di un mezzo di impugnazione, analogo a quelli esperibili contro le sentenze del giudice togato, da cui la sua assorbibilità nell'appello, dall'altro c'era chi sosteneva che si trattasse di un rimedio peculiare che, sul modello di quello francese del codice del 1806, metteva in discussione l'esistenza stessa della sentenza arbitrale «quasi si trattasse della seconda fase di un unico procedimento omologatorio *latu sensu* inteso, volta a integrare il controllo meramente formale svolto dal pretore in sede di concessione dell'*exequatur*»⁽²⁵⁾. Lo stesso contrasto si presentava intorno ad altra e consequenziale questione, se l'esperimento del rimedio sospendesse automaticamente l'esecuzione della sentenza⁽²⁶⁾.

Tale questione riguardava, come è stato anche più recentemente precisato⁽²⁷⁾, solo l'ipotesi in cui le parti avessero rinunciato all'appello o questo fosse escluso per legge infatti, in caso contrario, dato che l'art. 23 del codice estendeva alle sentenze arbitrali il regime dell'esecuzione provvisoria delle sentenze del giudice togato, non vi erano dubbi che l'esecuzione restasse sospesa indipendentemente dall'azione di nullità.

Per escludere l'effetto sospensivo si osservò che l'azione di nullità doveva essere considerata un mezzo di impugnazione «straordinario», infatti, come i mezzi di impugnazione straordinari, era esperibile solo nei casi stabiliti dalla legge e non dava luogo a un nuovo giudizio di merito della causa⁽²⁸⁾. Si era altresì osservato,

(23) L. BORSARI, *op. cit.*, 80.

(24) S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 18 ss-

(25) S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 18

(26) In senso affermativo, F. RICCI, *op. cit.*, 42-43; L. BORSARI, *op. cit.*, 75; M. AMAR, *op. cit.*, 360 ss.

(27) S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 18.

(28) In questo senso, E. CODOVILLA, *op. cit.*, 607-608; L. MATTIROLO, *op. cit.*, 742; T. CARNACINI, M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 681. Afferma il carattere straordinario dell'azione di nullità anche M. AMAR, *op. cit.*, 370-371, sia pur in senso atecnico. Sul punto, va precisato che il codice del 1865, diversamente da quello attuale, pur contenendo in varie disposizioni la nozione di sentenza passata in giudicato, nozione che è determinante nella distinzione tra mezzi ordinari e straordinari, non disciplinava in modo espresso le condizioni per il verificarsi di

nella medesima direzione, che le sentenze non soggette ad appello costituiscono *res iudicata*, e contro di esse sono ammessi solo rimedi straordinari; ne consegue che l'azione di nullità poteva essere equiparata al ricorso per cassazione avverso le sentenze del giudice togato infatti, come quest'ultimo, non «intacca[va] (...) l'autorità di cosa giudicata che deriva[va] dall'esaurimento o dall'inammissibilità del secondo grado di giurisdizione»⁽²⁹⁾.

Chi invece sosteneva l'effetto sospensivo, lo faceva più sul fondamento che l'azione di nullità non configurasse una vera e propria impugnativa che non su quello dell'ordinarietà del mezzo.

Allora, come oggi, c'era dunque contrasto sul modo di concepire l'istituto: per alcuni si trattava di un mezzo di impugnazione, per altri, di un rimedio *sui generis* che poteva rimettere in discussione l'esistenza di un atto qualificabile «sentenza arbitrale».

Questo contrasto, del resto, riflette quello attorno alla natura dell'arbitrato: l'imprescindibilità di una presa di posizione su tale tema, ai fini di un corretto inquadramento dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, è stata infatti dimostrata dalla dottrina più recente⁽³⁰⁾.

A seguito dell'abrogazione del codice del 1865, il nuovo codice assoggettava la sentenza arbitrale solo a impugnazione per nullità e revocazione, ma, mentre l'azione di nullità di cui all'art. 32 del codice del 1865 non era ammessa per violazione delle regole di diritto, l'impugnazione per nullità del codice del 1942 ammetteva questo motivo di impugnazione, tanto che una parte della dottrina assimilava il giudizio di

un tale fenomeno (cui faceva riferimento l'art. 1351 c.c., relativo appunto all'autorità di cosa giudicata. L'art. 465 c.p.c., per converso, codificava la distinzione (elaborata proprio in relazione al fenomeno del giudicato, dalla dottrina francese) tra mezzi di impugnazione ordinari (appello, opposizione contumaciale) e straordinari (ricorso per cassazione, revocazione, opposizione di terzo), senza tuttavia precisarne l'esatto significato nell'ordinamento italiano. La tesi per cui il passaggio in giudicato avrebbe dovuto identificarsi con la preclusione delle impugnazioni ordinaria, sostenuta dalla dottrina più antica (cfr., ad es., L. MATTIROLO, *op. cit.*, 802, 1066 ss.), venne tuttavia abbandonata dalla dottrina successiva (con l'eccezione di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano, 1920, II, 207 ss., 231 ss., che nel diverso momento del passaggio in giudicato della sentenza individuò il momento «forse più importante» della distinzione tra mezzi ordinari e straordinari) ove prevalse la diversa opinione (sostenuta in modo particolare da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965, 948 ss, volta ad attribuire rilievo impeditivo del giudicato anche al ricorso per cassazione e alla revocazione per vizi «palesi»

(29) L. BORSARI, *op cit.*; L. MORTARA, *op. cit.*, 226-227

(30) S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 23 ss.

impugnazione della sentenza arbitrale al giudizio d'appello, così escludendone la scomparsa nel nuovo codice ⁽³¹⁾. Insomma, si riteneva che l'azione di nullità e l'appello del codice del 1865 fossero stati, nel nuovo codice, unificati in un unico mezzo di impugnazione, che comunque assumeva la natura di vero e proprio giudizio d'appello ⁽³²⁾. Per altri, l'impugnazione per nullità del nuovo codice era un'impugnazione *sui generis* principalmente in ragione del fatto che il giudizio da essa provocato, essendo affidato all'a.g.o. e quindi ad organi di un altro ordine e con altri poteri, interveniva dall'esterno rispetto alla sfera d'azione degli arbitri ⁽³³⁾. Per altri ancora, l'impugnazione per nullità configurava un procedimento in un unico grado ⁽³⁴⁾.

Si vedrà, nel paragrafo seguente, che lo stesso dibattito sulla natura dell'impugnazione per nullità si intavola sul dato normativo attuale (riformato, rispetto ad allora, da una serie di riforme).

Come anzidetto, un'importante novità del codice del 1942 consisteva nell'ammissione dell'impugnazione per nullità non solo per far valere vizi *in procedendo* ma anche vizi *in iudicando*, salvo che le parti non avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero convenzionalmente stabilito che il lodo non fosse impugnabile per violazione di norme di diritto. Altra importante novità era che l'impugnazione per nullità fosse proponibile al giudice superiore a quello che sarebbe stato competente a conoscere la controversia in assenza di convenzione arbitrale, mentre nel codice del 1865 la competenza del giudice superiore era riservata all'appello del lodo.

La soluzione del legislatore del 1942 appariva dunque una scelta di compromesso tra due opposte esigenze, quella di semplificare il (troppo macchinoso) sistema impugnatorio dell'arbitrato e quella di garantire pur sempre un riesame sulla decisione degli arbitri.

(31) C. PUNZI, voce *Arbitrato*, I, *Arbitrato rituale e irrituale*, 41.

(32) ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 905 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1951, 665, 243 aa, che qualifica l'impugnazione per nullità del lodo come riesame straordinario; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 596 ss., e 654, per il quale l'impugnazione per nullità consiste in un procedimento d'appello sia pure peculiare in ragione della sentenza che vi è soggetta e dei motivi

(33) T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, 912.

(34) R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 366.

Delle riforme che si sono succedute, quella del 1983 (legge 9 febbraio 1983, n. 28, il cui fulcro è l'eliminazione dell'obbligatorietà del deposito del lodo)⁽³⁵⁾ non ha condotto a modificazioni sostanziali dell'impianto impugnatorio arbitrale, ma rimaneva la questione di quali rimedi fossero esperibili contro il lodo non depositato, visto che l'art. 827 c.p.c. nell'individuare i mezzi di impugnazione – impugnazione per nullità e revocazione – ricollegava la loro esperibilità alla «sentenza arbitrale», e cioè al lodo munito di *exequatur*. Il problema venne risolto dalla riforma del 1994 (legge 5 gennaio 1994, n. 25), con la quale si stabilì che l'impugnazione del lodo arbitrale era proponibile indipendentemente dal suo deposito⁽³⁶⁾.

La legge n. 28 del 9 febbraio 1983 di fatto ha apportato un'unica modifica alla disciplina dell'impugnazione per nullità, e cioè l'eliminazione del motivo di impugnazione per nullità del lodo, di cui al n. 5, riguardante l'ipotesi del mancato deposito del lodo nel termine stabilito dall'art. 825 c.p.c. (deposito non più obbligatorio), mentre la legge n. 25 del 5 gennaio 1994 ha aggiunto due nuovi motivi di impugnazione per nullità per *errores in procedendo* (i nn. 8 e 9).

La riforma più importante del sistema impugnatorio arbitrale, che sarà oggetto di diffusa analisi nel prosieguo del presente lavoro, è quella per d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, e cioè la riforma che, in attuazione della legge delega⁽³⁷⁾, oltre a modificare alcuni motivi di impugnazione per nullità del lodo per *errores in procedendo*, e a introdurne di nuovi, ha subordinato, con l'art. 829, comma 3, c.p.c., l'impugnazione del lodo per *errores in iudicando*, oltre che a specifica previsione di legge, all'espressa volontà delle parti⁽³⁸⁾, invertendo così il rapporto tra regola ed

(35) F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, 54.

(36) Sulla l. n. 28/1983, v. E. GRASSO, *La nuova disciplina dell'arbitrato alla luce della legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *L'arbitrato secondo la l. 28/1983*, a cura di G. VERDE, Napoli, 1985, 15 ss.; A. BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato del 1983: soluzioni giurisprudenziali ed implicazioni sistematiche*, II, cit., 415; E. FAZZALARI, *Una buona novella*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 6 ss.

(37) La legge delega, cioè la l. n. 80 del 14 maggio 2005, se con riferimento all'impugnazione del lodo, tra i criteri direttivi dettati al legislatore delegato, difatti, contempla, all'art. 1, comma 3, lett. b), quello di "riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato" prevedendo, tra l'altro, «una razionalizzazione delle ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità secondo» principi dalla stessa legge delega dettati ed in particolare «subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'art. 829, comma 2, c.p.c. alla esplicita previsione delle parti, salva diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, e disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità".

(38) L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversie è comunque ammessa, in ogni caso, per contrarietà delle decisioni all'ordine pubblico, ex art. 829, comma 3, c.p.c., oltre che nei casi specificamente contemplati dal comma 4 del citato articolo

eccezione rispetto al sistema previgente, sul modello dell'impugnazione del lodo internazionale di cui all'art. 838 c.p.c. cui quindi la disciplina del lodo domestico si è uniformata⁽³⁹⁾.

§.2. L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale come rimedio specifico dell'arbitrato.

Ai sensi dell'art. 827 c.p.c., i mezzi di impugnazione esperibili oggi nei confronti del lodo arbitrale sono l'impugnazione per nullità, la revocazione c.d. straordinaria e l'opposizione di terzo. La stessa norma precisa che detti rimedi possono essere esperiti per contrastare la decisione degli arbitri «indipendentemente dal deposito del lodo». Infatti, per legge e col benestare della suprema Corte⁽⁴⁰⁾, è dall'ultima sottoscrizione, e dunque indipendentemente dal deposito richiesto a soli fini esecutivi, che il lodo arbitrale produce gli effetti tipici di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, ed è quindi da quel momento che può essere impugnato.

Il lodo arbitrale, al pari di una sentenza, deve poter essere suscettibile di un controllo, se richiesto, da parte di soggetti giudicanti diversi da quelli che lo hanno reso, controllo che nasce dall'esigenza di «non accontentarsi di un primo giudizio,

829, cioè nelle controversie previste dall'art. 409 c.p.c. e se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato. In attuazione delle delega il d.lgs. n. 40 del 2006, sempre limitando i riferimenti all'impugnazione per nullità, modifica anche l'art. 830 c.p.c.

(39) Tra i tanti, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pag. 511 e ss.; P.L. NELA, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, cit., 1864 e ss. ed in particolare a p. 1875 ove l'autore fa esplicito riferimento all'aver operato, il legislatore delegato del 2006, mutuando la disciplina dell'impugnazione per nullità del lodo internazionale, che contestualmente abroga, estendendola a tutti i lodi, pur evidenziando la permanente differenza in merito alla fase rescissoria a seconda che si tratti o meno di lodo "internazionale", di cui all'art. 830, comma 2, c.p.c..

(40) Il riferimento è all'art. 824-bis c.p.c. e alla recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Unite, Ord., 25 ottobre 2013, n. 24153 che può leggersi in *Corr. giur.*, 2014, 84 ss., con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*) che, richiamando il *dictum* della Corte costituzionale di pochi mesi prima che ha dichiarato incostituzionale l'art. 819-ter c.p.c., riportato a questione «di competenza» il rapporto arbitri-giudici con piena *translatio iudicii* quindi affermato la piena fungibilità dell'arbitrato rispetto al processo statale (Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, che può leggersi in *Corr. giur.*, 2013, 1110, con nota di C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; e in *Foro it.*, 2013, I, 2697 ss., con nota di M. ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*), ha affermato la natura «giurisdizionale e sostitutiva» dell'arbitrato.

nel dubbio che esso possa essere viziato da qualche errore, o semplicemente ingiusto, o comunque perfettibile»⁽⁴¹⁾).

Oggi, in verità, quel controllo non è più ritenuto e sentito così indispensabile o, meglio, per ragioni «di economia», ne è stato considerevolmente ridotto l'oggetto, almeno per quei giudizi che dimostrino di rispettare quel *minimum* richiesto dalla legge a garanzia di irrinunciabili principi costituzionali, perché ove non fosse avverata questa condizione, l'appello non dovrebbe e non potrebbe essere limitato o filtrato⁽⁴²⁾. Seguendo questo ragionamento, vi sarebbe allora da chiedersi se l'arbitrato, nelle vesti di primo grado di giudizio, possa garantire sempre quel *minimum* sì da giustificare una compressione del diritto d'impugnazione del suo risultato. Mi limito a osservare, sul punto, che la stessa previsione legislativa dell'istituto arbitrale, quale strumento a tutela di diritti di cui le parti hanno la piena disponibilità, e la sua riconosciuta compatibilità costituzionale, costituiscono una sufficiente garanzia, insieme alla scelta (di politica legislativa) di prevedere un rimedio impugnatorio specifico per l'arbitrato, l'«impugnazione per nullità di lodo arbitrale», diverso, per funzione e scopo, dall'appello e rispetto a questo molto più limitato, garantendo, per questa via, più stabilità al lodo arbitrale che non a una sentenza dell'autorità giudiziaria ordinaria appellabile⁽⁴³⁾.

(41) C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, tomo II, Torino, 2013, 68.

(42) Il riferimento implicito è all'appello avverso sentenze ordinarie che vengano da moduli processuali diversi. Così, recentemente, L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello*, cit., 650, che distingue tra appello «di diritto comune» e appello «del sommario», per poi affermare che la maggior ampiezza dell'appello del sommario trova la sua giustificazione nelle lacune di un primo giudizio (quello *ex art. 702-bis c.p.c.*) «rimess[o] in larga misura alla discrezionalità del giudice» e ne è la stessa condizione di costituzionalità. *Contra*, la dottrina che sostiene che il procedimento sommario sia in grado di garantire *ex se* una cognizione piena, seppur semplificata, e che, di conseguenza, un appello *ad hoc* non sia necessario. Per tutti, v. M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss.*, in *www.judicium.it*; e in giurisprudenza, v. Cass., 14 maggio 2013, n. 11465. Sono andati nella direzione contraria anche gli interventi legislativi recenti: la l. 11 agosto 2012 n. 134 che (anche) per l'appello sommario ha ammesso solo i *nova* istruttori indispensabili (anziché solo rilevanti) e il d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 che ha sin escluso l'appello di alcune decisioni soggette al rito sommario.

(43) A margine di questa considerazione, riportiamo un dato ormai consolidato in giurisprudenza (anche costituzionale) e dottrina e cioè che il diritto all'impugnazione in materia civile non rientra tra i diritti «costituzionalmente» tutelati (v. Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 585; Cass., Sez. Unite, 19 aprile 2010, n. 9217; Cass., 26 febbraio 2013, n. 4782; in dottrina, *ex pluribus*, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del procedimento civile*, 1991, Napoli, 514; E. F. RICCI, *Doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 59 ss., 61).

Quello che poi forse distingue l'arbitrato dal giudizio ordinario, quindi il lodo da una sentenza, sotto questo profilo, è che le parti, quando vi ricorrono — per la tutela di un diritto di cui hanno la piena disponibilità — sentono più forte l'esigenza di *una* decisione — su quel diritto — definitiva, in tempi celeri e che questa promani da persone di (ritenuta dalle parti) fiducia piuttosto che la assolutezza della stessa.

Da qui, la previsione di uno strumento *ad hoc* e i limiti posti dal legislatore al controllo di quella decisione: primo fra tutti quello che, salvo che le parti non abbiano disposto diversamente, in base al dettato del comma 3 dell'art. 829 c.p.c., l'impugnazione del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è *di regola* esclusa («è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge»)⁽⁴⁴⁾. Il legislatore, con questa previsione normativa, ha visibilmente inteso escludere *un* appello dal novero dei mezzi di impugnazione esperibili avverso un lodo arbitrale, lasciandolo (anch'esso) nella disponibilità delle parti ⁽⁴⁵⁾: visibile è stato infatti il cambio di tendenza del legislatore del 2006 ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ In corso di stesura dal presente lavoro, è intervenuta la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Unite., 9 maggio 2016, n. 9284) sulla questione relativa all'applicabilità dell'art. 829, comma 3, c.p.c., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, laddove sancisce che l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge, ai procedimenti arbitrali promossi successivamente alla sua entrata in vigore ma la cui convenzione arbitrale sia stata stipulata in data anteriore. È disponibile in *Giur. it.*, 2016, 1452 ss, con nota di C. CONSOLO, V. BERTOLDI, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni arbitrali ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*. le S.U., il 9 maggio 2016. Le S.U. hanno stabilito che se in applicazione della disciplina transitoria, dettata dall'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del citato decreto, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, ancorché fondati su convenzioni arbitrali antecedenti, la "legge" cui lo stesso comma 3 rinvia, per stabilire se sia ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è quella, diversa dal art. 829, comma 3, c.p.c., e cioè quella vigente al momento della stipulazione della convenzione d'arbitrato da essa disciplinata. Ne consegue, per le S.U., che nel caso di convenzione d'arbitrato stipulata antecedentemente alla entrata in vigore del citato decreto, la legge di rinvio è l'art. 829, comma 2, c.p.c., antecedente alla sua riformulazione attuata con il citato art. 24, che ammetteva l'impugnazione dei lodi per violazione delle norme di diritto.

⁽⁴⁵⁾ Si veda, così chiaramente, App. Torino, I civ., pres. Griffey, n. 1238, dep. 22 settembre 2009, in *L'impugnazione del lodo arbitrale: Massimario di Giurisprudenza della Corte d'Appello di Torino*, 65, disponibile sul sito internet della Camera Arbitrale del Piemonte, che afferma che «contro un lodo rituale non è ammissibile un appello ma unicamente un'impugnazione di legittimità per nullità, a motivi vincolati: ciò significa che l'impugnazione può essere formulata solo deducendo e specificamente argomentando alcuna delle ipotesi di nullità di cui all'art. 829 c.p.c.» e dichiara l'impugnazione inammissibile.

⁽⁴⁶⁾ Del resto quella modifica attua una specifica direttiva della Legge Delega (l. 14 maggio 2005 n. 80) di «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo: [...] una razionalizzazione [...] secondo i seguenti principi: [...] subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'articolo 829 del codice di procedura civile alla esplicita previsione delle

Se è vero che il d.lgs. 40/2006 ha eliminato dall'art. 827 c.p.c. l'avverbio «soltanto» e che ciò potrebbe far pensare che il lodo sia assoggettabile anche ai mezzi di impugnazione propri delle sentenze, questa circostanza è da escludere, poiché questi sono ritagliati sulle sentenze pronunciate dai giudici togati e non si adattano alle specificità dei lodi arbitrali ⁽⁴⁷⁾.

A questo riguardo poi può esser utile un cenno di comparazione con quegli ordinamenti, come quello francese (cui il nostro legislatore si è sempre dichiaratamente ispirato), strenui difensori del *double degré de juridiction* ⁽⁴⁸⁾, e che al tempo stesso vantano primati in materia di arbitrato ⁽⁴⁹⁾.

parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico». Da qui il nuovo art. 829, comma 3, c.p.c. ma anche una serie di eccezioni: quando una più ampia impugnazione sia disposta dalla legge; per le controversie di lavoro (art. 829 comma 5, lett. a, c.p.c.); per la soluzione di questioni pregiudiziali non arbitrabili risolte dagli arbitri ex art. 819 c.p.c. (art. 829, comma 5, lett. b, c.p.c.); quando le decisioni degli arbitri violino l'ordine pubblico; la tutela rafforzata dell'art. 36, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, in materia societaria. La diffidenza per l'istituto arbitrale è poi invero riaffiorata, almeno per l'arbitrato (non di diritto comune ma) su materie speciali perché talvolta queste sottendono diritti al limite della disponibilità o norme inderogabili, come quello societario (succitato) il cui coordinamento con l'invertito rapporto regola-eccezione qui in considerazione non è così pacifico (v., sul tema, L. SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, 59 ss.); o quella dei contratti pubblici avendo il d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 aggiunto due disposizioni *ad hoc* in materia di impugnazione di nullità del lodo all'art. 241 c.p.c., una delle quali (il comma 15-bis) prescrive che «il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia», che quindi integra una delle eccezioni evocate dall'art. 829 c.p.c., in cui il legislatore, per chi scrive, «ha mostrato tutta la sua reticenza nei confronti dell'arbitrato riaprendo, tale ulteriore motivo di impugnazione, la strada a un controllo “senza limiti” sul lodo da parte dei giudici dello Stato [...] quindi riducendo la sua stabilità» reticenza peraltro confermata anche dalla l. 6 novembre 2012 n. 190 “anticorruzione” anche questa intervenuta sull'istituto arbitrale, così M. DE SANTIS, *L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in L. CUOCOLO (ed.), *Transazione e arbitrato nel diritto pubblico*, RULES Paper No. 2014-14, disponibile su www.baffi.unibocconi.it.

(47) Per un'analisi dei singoli mezzi di impugnazione propri delle sentenze dei giudici togati quindi delle ragioni specifiche che, mezzo per mezzo, giustificano la loro non applicabilità e inadattabilità ai lodi arbitrali, v. S. BOCCAGNA, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi commentate*, 2007, 1408 ss. Con specifico riferimento al ricorso in cassazione, escluso anche questo dal novero dei mezzi di impugnazione del lodo arbitrale, e sui suoi limiti v. F. AULETTA, *La nullità del lodo o del procedimento arbitrale nel sindacato della corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 1598 ss. V. *infra* nota 28.

(48) Sul tema delle diverse enucleazioni di quel principio a seconda dell'ordinamento, si veda J. VAN COMPERNOLLE, A. SALETTI, *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 2010, per i quali «dans tous les systèmes juridiques envisagés, existe un double degré de juridiction» ma «là s'arrête la convergence».

(49) Primato, quello francese, che non viene certamente e solo da una razionalizzata e più organica disciplina in materia di *voies de recours*, ma da una serie di molteplici fattori, anche culturali, a partire dalla perfetta cooperazione tra arbitri e giudice statale (oggi non è nemmeno più

Una prima differenza tra i due sistemi è ravvisabile nel fatto che la *sentence arbitrale* francese è suscettibile anche d'*appel*: l'*appel*, come gravame a critica libera, rientra dunque tra i mezzi ordinari di impugnazione esperibili avverso il lodo arbitrale accanto (e distinto) (d)al *recours en annulation* aperto a sei motivi (e non dodici). Tuttavia, l'ultima riforma francese sull'arbitrato, di cui al decreto 14 gennaio 2011 n. 48, che ha introdotto significative novità in tema di *voies de recours*, ha invertito il rapporto tra *appel* e *recours en annulation* ⁽⁵⁰⁾: così, nel sistema francese riformato, il *recours en annulation* è la regola e l'*appel* l'eccezione, ed evidente è stato dunque il cambio di tendenza anche del legislatore francese. È esattamente attraverso questo rovesciamento, come si legge nella relazione al decreto, che il legislatore francese della riforma, come quello italiano della novella del 2006, ha inteso perseguire l'obiettivo di «*améliorer l'efficacité*» dell'arbitrato ⁽⁵¹⁾.

Per quanto concerne «*les autres voies de recours*» queste sono, analogamente (nell'*an* ma non nel *quomodo*) al sistema italiano, la *tierce opposition* (art. 1501 *CPC*) e il *recours en révision* (art. 1502 *CPC*)⁽⁵²⁾, restando esclusi dal novero delle

solo «*étatique*» quel giudice ma «*d'appui*» al procedimento arbitrale). V. E. GAILLARD, DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 175 ss., che scrivono di una «*coopération sans faille entre le tribunal arbitral et le juge étatique*» come motivo dell'«*efficacité*» dell'arbitrato francese; POUDRET, *L'originalité du droit français de l'arbitrage*, in *Revue int. dr. comparé*, 2004, 133 ss., per il quale l'originalità del diritto processuale francese risiede nel fatto che è ristretto significativamente l'ambito di cognizione del giudice ordinario rispetto a quello arbitrale.

(50) Per qualche commento, v. C. JARROSSON, J. PELLERIN, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. arb.*, 2011, 5 ss.; E. GAILLARD, DE LAPASSE, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Cah. arb.*, 2011, 263 ss.; per un commento dalla prospettiva italiana, M. DE SANTIS, M. M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927 ss., e in *Dir. comm. int.*, 2012, 59 ss.

(51) Ministère de la Justice et des Libertés, *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in *Journ. off.*, 14 janvier 2011. Così anche RACINE, *Propos sur l'efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011*, in SALETTI, VAN COMPERNOLLE, DROOGHENBROECK (diretto da), *L'arbitre et le juge étatique. Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruylant, 2014, 337, che, all'indomani della riforma, scrive di «*politique juridique de faveur envers l'efficacité des sentences arbitrales*», definisce l'*appel* come un mezzo che «*n'est pas naturel en matière d'arbitrage*» e di «*vision en quelque sorte inversée des voies de recours par rapport à l'approche traditionnelle, approche dans laquelle les voies de recours sont perçues comme une garantie de bonne justice (le fameux double degré de juridiction)*» arrivando sin ad affermare che «*en droit de l'arbitrage, du moins international, toute logique de double degré de juridiction est bannie*» e che «*l'arbitrage est une procédure à 'un coup'*».

(52) Ma mentre nel sistema italiano è sempre competente la Corte d'appello, nel sistema francese competente a conoscere della *tierce opposition* è il giudice che sarebbe stato competente in assenza di

impugnazioni, per espressa previsione normativa (art. 1502, dernière al. *CPC*) l'*opposition* (del contumace) e il *pourvoi en cassation*. Anche da questa impostazione è percepibile una somiglianza tra i due sistemi sebbene gli approcci agli stessi siano diversi.

§.2.1. (segue): un tentativo di re-inquadramento.

Tentando di re-inquadrare l'impugnazione per nullità *ex art.* 828 e ss c.p.c. alla luce della classificazione sistematica che la dottrina processual civilistica ha fatto dei mezzi di impugnazione esperibili avverso le sentenze ordinarie — perché, si è detto, l'impugnazione per nullità di lodo arbitrale rientra a tutti gli effetti tra i mezzi di impugnazione processuale, con la conseguenza che trovano applicazione le norme contenute nel capo I del titolo III delle impugnazioni in generale ⁽⁵³⁾ — si può affermare che si tratta un mezzo di impugnazione ordinario, a critica vincolata e a giudizio rescindente.

Sul fatto che rientri tra i mezzi ordinari di impugnazione, lo si evince dal fatto che il termine per la sua proposizione ha un *dies a quo* certo e che i motivi posti a base della impugnazione (elencati all'art. 829 c.p.c.) sono tutti riconducibili a nullità del procedimento o della decisione arbitrale e sono immediatamente percepibili al momento della comunicazione del lodo. Inoltre, l'art. 2945, u.c., c.c., sulla interruzione-sospensione della prescrizione, afferma che questa, nel caso di arbitrato, non corre dalla notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato «sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione», impugnazione che, proprio perché

convenzione arbitrale (art. 1501 *CPC*); e competente a conoscere del *recours en révision* è, dopo la riforma, lo stesso tribunale arbitrale (art. 1502, al. 2 *CPC*). La riforma, su questo secondo punto, ha assecondato le critiche mosse dalla dottrina francese intorno al vecchio art. 1491 *NCPC*, che stabiliva la competenza della Corte d'appello così distinguendo nettamente i lodi dalle sentenze dei giudici statali soggette a *révision* davanti allo stesso giudice che le ha emesse. Cfr. sul tema, T. CLAY, *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales*, in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, 651 ss. V. *infra* par. 4 sulla competenza funzionale della Corte d'appello italiana su tutti i mezzi impugnatori esperibili avverso lodo arbitrale.

(53) S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 217; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, cit., 689; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 394; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., Milano, 2009.

interferisce col passaggio in giudicato del *decisum* arbitrale, è da classificare come ordinaria⁽⁵⁴⁾.

Rientra tra le impugnazioni di legalità o a critica vincolata (che si contrappongono ancora a quelle di giustizia o a critica libera) poiché l'impugnante, nell'atto di impugnazione, non può far valere la generica violazione di regole di diritto relative al merito della controversia, né tantomeno la sola ingiustizia della decisione arbitrale, ma è «vincolato ad un campione limitato di vizi denunciabili» che sono quelli tassativamente indicati dall'art. 829 c.p.c., pena l'inammissibilità dell'impugnazione⁽⁵⁵⁾.

Si tratta poi di un'impugnazione a giudizio rescindente, infatti il giudizio rimesso ai giudici togati è limitato all'accertamento dei vizi di nullità dedotti con l'atto di impugnazione (e rientranti tra quelli elencati dall'art. 829 c.p.c.) e solo in determinati casi, quelli indicati nell'art. 830 c.p.c., comma 2, e sempre che le parti non abbiano escluso tale possibilità, il giudice togato, investito dell'impugnazione per nullità e dichiarata la nullità del lodo, potrà proseguire con un nuovo esame nel merito. Fuori dalle ipotesi indicate dal comma 2 dell'art. 829 c.p.c., al giudice d'appello è preclusa una pronuncia rescissoria trovando applicazione la convenzione d'arbitrato, che significa che detta pronuncia deve provenire dagli arbitri (altri rispetto ai primi, non trattandosi di una vera e propria rimessione), e non dal giudice dell'impugnazione così garantendo il rispetto del principio del doppio grado di

(54) Così S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 391 ss. *Contra*, BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 408 ss., nt. 19, per il quale si tratta di un'impugnazione *straordinaria* perché «con essa non si segue la tecnica della continuazione del processo ma quella della proposizione di una domanda nuova», con la precisazione che è proprio questa caratteristica che distingue i mezzi ordinari dai mezzi straordinari di impugnazione. *Contra*, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 528.

(55) Sul fatto che il *discrimen* tra rimedi a critica libera e rimedi a critica vincolata risieda in questo, e cioè nella vincolatività o non vincolatività del rimedio a vizi predeterminati dalla legge e che, per questa stessa ragione, nell'appello moderno prevarrebbero ancora i caratteri del mezzo di gravame, C. CONSOLO, A. ROMANO, *Le novellazioni del 2012 e le nuove «amputazioni» alle garanzie delle impugnazioni*, aggiornamento de *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 5, sul sito Cedam, per i quali chiaramente «l'appello continua ad essere, pur dopo il d.l. n. 83/2012, un mezzo di gravame a critica pienamente libera»; v. in giurisprudenza, Cass., 25 maggio 2012, n. 8335. *Contra*, nel senso o che l'appello si avvicina sempre più a un mezzo di impugnazione in senso stretto a critica vincolata, si veda, per tutti, G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it*; in giurisprudenza, Cass., Sez. Unite, 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1436 ss., con nota di G. BALENA, A. PROTO PISANI, N. RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*.

giurisdizione e la scelta delle parti a favore dell'arbitrato ⁽⁵⁶⁾. Nell'ambito dell'arbitrato estero, il giudizio di nullità assume, in tutti i casi, senza distinzioni, un carattere unicamente rescindente (ex art. 830, comma 2, secondo periodo, c.p.c.)⁽⁵⁷⁾.

Se è vero dunque che il legislatore nel «costruire» i singoli mezzi di impugnazione ha fatto risaltare talvolta la funzione eliminativa talvolta rinnovatoria, col rimedio *de quo*, come col giudizio di cassazione, ha evidentemente inteso privilegiare la prima delle due funzioni, pur non rinunciando a perseguirle entrambe ⁽⁵⁸⁾.

Sotto il profilo degli effetti, questi si distinguono a seconda dell'esito dell'impugnazione: quando questa sia rigettata, il rimedio *de quo* non è caratterizzato da alcun «effetto sostitutivo» (né tantomeno «devolutivo») ma quando venga accolta, quindi, vengano accertate talune delle nullità previste dall'art. 829 c.p.c. e venga (prima) dichiarata la nullità del lodo — e le parti, come è verosimile che sia, non abbiano deciso altrimenti nella convenzione arbitrale — il giudice può (poi) decidere di nuovo il merito della causa pronunciando sentenza «sostitutiva». Da questo (solo eventuale) effetto, potrà derivare che la mancata riassunzione del giudizio dopo la cassazione della sentenza che ha annullato la pronuncia arbitrale o l'estinzione della fase di rinvio provocano l'applicazione dell'art. 393 c.p.c. ed escludono qualsiasi reviviscenza del lodo ⁽⁵⁹⁾.

(56) Prima della riforma del 2006, la Corte d'appello, ex art. 830 c.p.c., non si limitava ad annullare il lodo ma doveva pronunciarsi anche sul merito se la causa era in condizione di essere decisa o rimettere la causa «all'istruttore» col problema, allora, del coordinamento tra la disposizione testé richiamata e la collegialità richiesta ex art. 56 ord. giud. (e ex art. 350 c.p.c.) per i giudizi d'appello, sul quale si veda A. ATTERITANO, *Note sul giusto procedimento davanti alla corte d'appello (a proposito del giudizio di nullità del lodo)*, il quale annota Cass., 19 settembre 2003, n. 13894, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1313 ss., tanto da trarre proprio da tale argomento la non compatibilità dell'impugnazione per nullità di lodo arbitrale con la disciplina dell'appello.

(57) Si veda, in giurisprudenza, App. Torino, Sez. I civile, sentenza dep. 1 giugno 2005; pres. Gamba; rel. Macchia; M. s.a. c. L.C. s.r.l., in *Massimario*, cit., 26.

(58) Cfr. M. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2013, 53.

(59) Così F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., il quale richiama Cass. 26 novembre 1996 n. 10456, in *Riv. arb.*, 1997, 317. Lo stesso Autore esclude la ricorribilità diretta in cassazione del lodo arbitrale, il ricorso *per saltum* e il ricorso straordinario in cassazione dal novero dei rimedi esperibili avverso il lodo arbitrale, prima sul presupposto normativo (ossia dagli artt. 323 e 827 c.p.c.) e poi sull'idea che l'impugnazione per nullità non configuri un «*quid medii ma extremii*, e di una sequenza di atti è logicamente dispensabile soltanto un elemento intermedio mai quello finale». Contro la ricorribilità in cassazione del lodo arbitrale osservo anche: che l'argomento storico (ammesso che lo stesso sia probante vista la diversità di contesti, normativo ma anche politico-sociale, entro cui era

Si può allora affermare che l'impugnazione per nullità configuri un giudizio di secondo grado (quindi non di primo o in unico grado)⁽⁶⁰⁾ rispetto al *decisum* arbitrale e che, alla luce di un giudizio di mera somiglianza, questo giudizio ricordi di più il giudizio di cassazione che quello di appello, poiché, di fatto, l'unica analogia con quest'ultimo è che l'impugnazione per nullità riunisce — e nemmeno sempre — fase rescindente e fase rescissoria ⁽⁶¹⁾. L'unico appello con cui potrebbe avere una qualche affinità è quello «a motivi limitati» e tipico esperibile avverso le sentenze rese dal giudice di pace *ex art.* 113, comma 2, c.p.c., introdotto col d.lgs. 40/2006, e soggetto peraltro alla disciplina di diritto comune dell'appello, ma ritengo che ciò non sia sufficiente a fondare una equiparazione: questo appello consente di censurare taluni *errores in iudicando* ed è produttivo degli effetti tipici dell'appello comune, e ciò è bastevole per escludere una compatibilità tra i due rimedi ⁽⁶²⁾.

inserito l'istituto arbitrale), a ben guardare, non mutua a favore poiché è vero che il codice del 1865 ammetteva, all'art. 31, il ricorso per cassazione contro le sentenze degli arbitri («pronunziate in appello») ma ne prevedeva, tra le eccezioni, il caso in cui la sentenza arbitrale fosse impugnata col rimedio specifico dell'arbitrato e cioè per l'azione di nullità di cui al successivo art. 32; e, ancora, che la stessa giurisprudenza di legittimità esclude un controllo diretto sulla decisione arbitrale ma solo sulla decisione emessa in sede di impugnazione (v., da ultimo, Cass., 12 agosto 2010, n. 18644, in *Giust. civ.*, 2010, 2762 ss.). Si veda anche, sul tema, E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393*, in *Riv. arb.*, 1997, 317 ss. Il tema sarà trattato approfonditamente nel cap. V.

(60) Sostiene che si tratti di un giudizio in un unico grado nel quale sono cumulate un'azione di annullamento del lodo e, quando questa venga accolta, un'azione avente ad oggetto la medesima controversia devoluta agli arbitri, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 510 ss.

(61) Peraltro ben distinte nell'impugnazione per nullità ma non nell'appello. Su questo punto, quindi nell'affermare una vicinanza al ricorso per cassazione, non può poi non notarsi come (anche) la originaria concezione del giudizio di cassazione come rimedio meramente rescindente sia entrata in crisi (accanto alla crisi dell'appello, v. *supra*), infatti oggi il giudizio di cassazione è ormai «universalmente riconosciuto come un mezzo potenzialmente sostitutivo, che può concludersi, sia pure alle condizioni imposte dal sindacato di legittimità, con una decisione rescissoria», così M. COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 13. Quindi anche la eventuale doppia veste dell'impugnazione per nullità non impedisce questo giudizio di somiglianza, anzi lo conforta. Nel senso di una maggior vicinanza dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale al ricorso per cassazione, seppur prima del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 564. Cfr. con nota 24. Lo stesso Autore indicava, tra le differenze, l'assenza di un vaglio di ammissibilità analogo a quello previsto dall'art. 360-bis c.p.c. (oggi astrattamente prevedibile, v. *infra* par. 5, *n.d.a.*) e il fatto che fossero maggiori i casi di pronuncia anche rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità. Anche l'argomento storico (cfr. *supra* nota 49 dove anche un *caveat*) supporta tale valutazione dal momento che l'azione di nullità nel codice del 1865 rappresentava un' "eccezione" al ricorso in Cassazione.

(62) V., sulla applicabilità della disciplina dell'appello comune all'appello *ex art.* 339, comma 3, c.p.c., quindi sulle caratteristiche di detto appello, L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, cit., 610.

Così ragionando, che venga estesa all'impugnazione per nullità di lodo arbitrale la disciplina dell'appello si deve giustificare solo per il fatto che detto rimedio impugnatorio non sia dotato di una sua organica disciplina e perché, in virtù di un principio desumibile dal sistema (e, in particolare, dagli artt. 400 e 406 c.p.c.), ai singoli giudizi di impugnazione si applica la disciplina codicistica del giudice adito di quel giudizio, e non per via di una forzata equiparazione⁽⁶³⁾.

Dette conclusioni mi pare possano essere rassegnate anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83: è vero che la distanza tra i due rimedi impugnatori si è ridotta venendo l'appello comune ad assumere sempre e più i caratteri di un'impugnazione a critica vincolata⁽⁶⁴⁾, ma la equiparazione con l'appello appare a tutt'oggi forzata (e la maggior vicinanza con il ricorso in cassazione confermata) poiché dette modifiche hanno mutato l'appello ma non lo hanno trasformato. Il fatto che la parte impugnante abbia l'onere di indicare un vizio tra quelli indicati nell'art. 829 c.p.c., pena l'inammissibilità dell'impugnazione, e che questi non si riferiscano al merito della decisione, echeggia ancora oggi di più il ricorso in Cassazione che non l'appello, ed è dirimente⁽⁶⁵⁾.

Anche nel sistema francese, è netta la differenza tra i due rimedi impugnatori: rappresentando il *recours en annulation* (art. 1491 CPC), e non l'*appel* (art. 1489 CPC), un tipico *contrôle de légalité*, che conduce all'annullamento del lodo quando (attraverso la fase rescindente di annulation) vengano accertati determinati vizi procedurali, con la previsione di un riesame *au fond* (attraverso la fase rescissoria di *réformation*) nel solo caso in cui il giudizio rescindente accerti l'esistenza dei

(63) Cass., 19 settembre 2003, n. 13894, cit.; Cass., 24 aprile 2003, n. 6517, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 4 ss., che ha affermato che «opera nell'ordinamento processuale un principio in base al quale davanti ad un giudice adito con un mezzo di impugnazione si osservano le norme stabilite per il procedimento che innanzi a lui si svolge in quanto non espressamente derogate», richiamando Cass., 7 febbraio 2001, n. 1731.

(64) V. § introduttivo (nota 2). Sul tema dell'impatto delle recenti novellazioni sul rimedio de quo, v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di "degiurisdizionalizzazione"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, 1135.

(65) La stessa Suprema Corte ha sempre affermato che nell'impugnazione per nullità di lodo arbitrale «trova applicazione la regola della specificità della formulazione dei motivi, in considerazione della natura rescindente di tale giudizio». V., da ultimo, Cass., Sez. I, 18 ottobre 2013, n. 23675.

suddetti vizi e che tale riesame non sia espressamente escluso dalle parti ⁽⁶⁶⁾. Sono tuttavia, in quel sistema, consentiti entrambi i rimedi e questo potrebbe interrompere l'utilità della comparazione.

Già da questi primi passi d'indagine, dovrebbe trasparire un primo e fondamentale concetto, che lo stesso titolo del presente lavoro dovrebbe svelare, e cioè che il controllo sul lodo arbitrale da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, nella sistematica dei mezzi di impugnazione del nostro codice di procedura civile, è un controllo di (sola) legittimità.

§.3. Le più recenti novità.

Dopo un primo tentativo di re-inquadramento, veniamo a qualche recente pronuncia giurisprudenziale sulla natura dell'impugnazione per nullità, e sui riflessi di questa classificazione, nonché a qualche valutazione *de iure condendo*.

La Corte di cassazione ha avuto modo di affermare che l'impugnazione di lodo arbitrale «agli effetti della penosità dell'attesa di giustizia» è equiparabile a un giudizio di primo grado. Alla luce di quanto affermato, tale equiparazione non sarebbe condivisibile. Si può anche accettare l'idea che l'aspettativa di una ragionevole durata del processo venga a cadere quando le parti abbiano deciso di rivolgersi ad arbitri e non a giudici dello Stato, come sostenuto dalla suprema Corte. Tuttavia, da questa premessa non è possibile concludere — perché l'argomento proverebbe troppo — nel senso che il giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale sia equiparabile, anche solo sotto questo specifico profilo, a un giudizio di primo grado e che quindi possa durare di più di un giudizio di secondo grado. Le caratteristiche dell'impugnazione per nullità *ex art. 828 c.p.c.* impediscono una tale equiparazione. Trattandosi poi di un giudizio su soli *errores in procedendo* specificamente dedotti, è ragionevole ritenere che questo giudizio, sottratto agli arbitri e rimesso ai giudici, sia ben più celere di un giudizio di primo grado (ma anche di un comune appello) perché diversamente verrebbe, ancora e di più, vanificato il risultato arbitrale. La celerità, del resto, è una delle ragioni della scelta

(66) Si veda, sul tema, seppur ante-riforma, la comparazione di E. MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 132 ss.

dell'arbitrato in luogo della giurisdizione ordinaria ⁽⁶⁷⁾. Così, la equiparabilità, sotto il profilo della penosità del giudizio, del giudizio di impugnazione a quello d'appello (quindi la ragionevolezza di un termine di due anni), come sostenuta dal ricorrente, sarebbe stata forse più corretta.

Veniamo ora alle proposte normative avanzate di recente. Tra queste vi sarebbe quella di allineare il c.d. termine lungo di impugnazione del lodo arbitrale, previsto dall'art. 828, comma 2, c.p.c., a quello previsto dalle disposizioni sulle impugnazioni in generale cui l'impugnazione per nullità è soggetta.

Dal 2009, nell'ottica di una generale riduzione dei termini processuali, il termine *ex art. 327 c.p.c.* è stato ridotto da un anno a sei mesi, che sono stati ritenuti sufficienti dal legislatore a far presumere la conoscenza di una sentenza. La medesima *ratio*, quindi la medesima esigenza di riduzione dei tempi, è ravvisabile nell'art. 828 comma 2 c.p.c. che, accanto al termine breve di impugnazione del lodo arbitrale (di novanta giorni) che decorre dalla comunicazione del lodo, prevede un termine lungo (di un anno) che decorre dalla data dell'ultima sottoscrizione ⁽⁶⁸⁾.

L'unica differenza tra i due termini lunghi di impugnazione, quello delle sentenze ordinarie e quello dei lodi arbitrali, è ravvisabile nel *dies a quo* che per le prime coincide con la pubblicazione delle stesse, mentre per i secondi coincide con la data dell'ultima sottoscrizione. Quest'ultimo termine potrebbe apparire più incerto nel *quando* (non nell'*an*) poiché prescinde dalla materiale consegna del lodo e dalla formale pubblicazione dello stesso ⁽⁶⁹⁾, tuttavia tale distinzione non giustifica due termini distinti essendo semplicemente il riflesso della diversa natura delle due

(67) Così anche C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 483, per il quale la possibilità di impugnare il lodo contrasta con la ragione stessa della scelta dell'arbitrato in luogo della giurisdizione ordinaria e cioè «il desiderio di porre fine (alle controversie) il più presto possibile», citando M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, 318. Tuttavia tale opinione non è da tutti condivisa: nel senso che la rapidità non è uno dei motivi di scelta dell'arbitrato, S. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 36-37.

(68) Sul fatto che la mancata impugnazione del lodo o il suo rigetto, ovvero la dichiarata inammissibilità o improcedibilità, come accade per le sentenze ordinarie, determini un «consolidamento del lodo del tutto analogo al passaggio in giudicato delle sentenze» e quindi conduca alla definitività dello stesso nonostante non investa terzi, v. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 525, il quale richiama E. FAZZALARI,

(69) Qualche perplessità sul fatto che la decorrenza iniziale del termine lungo prescinda dalla consegna materiale del lodo quando dovrebbe invece consistere in un «evento immediatamente percepibile», v. TARZIA, *Sub art. 828 c.p.c.*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E. F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, Padova 1999, 160.

pronunce (quella arbitrale e quella statale) ed essendo, un termine di sei mesi, sufficiente a far presumere la conoscenza (anche) di un lodo.

Recente è la proposta, di cui si è fatto cenno dell'introduzione al presente lavoro, di ridurre anche il termine «breve» di impugnazione, da novanta a sessanta giorni (dalla notificazione del lodo), sempre nell'ottica di accelerare il giudicato arbitrale ⁽⁷⁰⁾.

Entrambi i termini di impugnazione del lodo arbitrale, quello breve e quello lungo, in quanto termini di natura processuale, paiono stabilmente soggetti alla sospensione feriale dei termini di cui della legge 7 ottobre 1969 n. 742 come da ultimo modificata con d.l. 12 settembre 2014 n. 132 ⁽⁷¹⁾, che, dunque, anche qui incide.

L'altra proposta di modifica muove invece dalla diversa esigenza di alleggerimento del carico giudiziario pendente innanzi alle Corti d'appello. L'arbitrato potrebbe infatti fare la sua parte: sottraendo alle Corti d'appello il giudizio di impugnazione di lodi arbitrali (insieme alla revocazione e all'opposizione di terzo *ex art. 831 c.p.c.*, nonché al reclamo avverso il decreto di *exequatur ex art. 825 c.p.c.*) per affidarlo alla competenza funzionale del tribunale in composizione collegiale.

Tale soluzione preserverebbe la concentrazione operata dalla legge del 1994 di tutti i rimedi impugnatori esperibili contro un lodo arbitrale nella Corte d'appello — quella Corte d'appello che è competente anche in materia di mancata ottemperanza o contestazione del riconoscimento di una sentenza straniera che faccia ingresso in Italia, *ex art. 67 L. 218/1995* ⁽⁷²⁾ — quindi la possibilità, espressamente prevista

(70) È tra le «Proposte normative e note illustrative» (Anno 2017) della istituita «Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato» presieduta da Guido Alpa.

(71) V. nota 1. Infatti l'art. 16 del citato decreto riduce la sospensione feriale «dal 6 al 31 agosto di ciascun anno». Tale norma acquisterà tuttavia efficacia solo dal primo gennaio 2015. Che detti termini siano termini di natura processuale e che, come tali, siano soggetti a sospensione feriale, v. Cass., 6 giugno 1995, n. 6362, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2361 ss.; Cass. 19 settembre 2000, n. 12392, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Termini processuali civili*, n. 12; e, in dottrina, G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Sub art. 828, IV ed., Milano, 2001; CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzioni*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 428, nota 10; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 525.

(72) Così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 485, per il quale «riconosciuta l'efficacia naturale sia del lodo arbitrale nazionale, sia del provvedimento giurisdizionale straniero,

dall'art. 831, ultimo comma, c.p.c., di riunire nello stesso processo avanti la Corte d'appello le differenti impugnazioni (per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo)⁽⁷³⁾, ma potrebbe venir meno «l'investitura di un giudice specializzato, nel senso culturale del termine, per giudizi e delicati come quelli della impugnazione dei lodi»⁽⁷⁴⁾.

Se questa era la proposta della allora «Commissione Vaccarella»⁽⁷⁵⁾, quella più recente (della Commissione sulle *adr* presieduta da Guido Alpa) va nella direzione opposta, e cioè della ricorribilità diretta del lodo in cassazione.

Qualche valutazione conclusiva può ancora venire dal metodo comparativo. Nel sistema francese competente a conoscere l'*appel* e il *recours en annulation*, ricevibili nel termine (unico) di *un* mese (e non di tre) dalla notificazione della sentenza arbitrale, è la *Cour d'appel* con la (qui) espressa previsione normativa che questi «*sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1*» (art. 1494 *CPC*) che regolano i procedimenti davanti alla Corte d'appello.

§.3.1. (segue): è applicabile il filtro in appello?

Veniamo ora alla questione dell'applicabilità o meno all'impugnazione per nullità dell'art. 348-*bis* c.p.c., risolta, al di là del caso concreto, in senso non ostativo dalla Corte d'appello di Milano⁽⁷⁶⁾. Infatti, nell'ambito di un procedimento di

viene istituita la corte d'appello come giudice unico per rimuovere questa efficacia, in sede di impugnazione del lodo nazionale o di azione negatoria della sussistenza delle condizioni stabilite per il riconoscimento». Il d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 ha confermato tale impostazione infatti la competenza a conoscere controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'articolo 67 della legge 31 maggio 1995 n. 218 è della «corte d'appello del luogo di attuazione del provvedimento» con un elemento di novità, su cui meglio *infra*.

(73) Cfr. con sistema francese in nota 21. I lavori della Commissione sono pubblicati su *judicium.it*. Per commento sulle quelle proposte di modifica con specifico riguardo alla materia arbitrale, v. RASIA, *Proposte di modifica in materia di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 417 ss.

(74) G. TARZIA, *Sub art. 828 c.p.c.*, cit., 159.

(75) Costituita con D.M. 28 giugno-4 luglio 2013 per elaborare nuove proposte di intervento in materia di processo civile e mediazione

(76) App. Milano, 12 marzo 2013; pres. Sodano; rel. Fieconi, con nota di CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. arb.*, 2014, 1, 183 ss. Qui il testo dell'ordinanza e uno dei primi commenti. Tra i primi commenti, v. anche F. AUTELITANO, C. UCCELLA, in *AA.VV.*, *Il filtro in appello*, Torino, 2013, 87 ss.

impugnazione per nullità di lodo arbitrale *ex art.* 828 ss. c.p.c., la parte appellata, costituendosi, ha chiesto alla Corte di valutare l'ammissibilità dell'appello *ex art.* 348-*bis* c.p.c., quindi di valutare se l'impugnazione avesse o meno «ragionevole probabilità di accoglimento». Senza alcuna valutazione rispetto al caso concreto, la richiesta della parte appellata mi appare (almeno in prima battuta) legittima e il dubbio ragionevole: l'art. 348-*bis* c.p.c. non inserisce tra i casi di non applicazione del filtro, accanto al caso in cui l'appello sia proposto relativamente a una delle cause in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero e al caso in cui l'appello sia proposto avverso un'ordinanza pronunciata all'esito del rito sommario di cognizione, l'impugnazione per nullità esperibile nei confronti del lodo arbitrale *ex art.* 828 c.p.c. ⁽⁷⁷⁾.

Senza entrare nel merito del filtro come strumento processuale congegnato dal legislatore col preciso intento di migliorare l'efficienza delle impugnazioni selezionando quelle meritevoli di essere trattate nel merito — la cui introduzione è stata da più parti criticata e la cui concreta applicazione e operatività non è ancora così percettibile ⁽⁷⁸⁾ — si può ritenere che lo stesso, in mancanza di espressa esclusione, sia applicabile all'impugnazione per nullità *ex art.* 828 ss. c.p.c.? La Corte d'appello di Milano, si è posta, e al tempo stesso ha risolto, il dubbio, nel senso

(77) La relazione illustrativa del d.d.l. 22 giugno 2012 n. 83 giustifica la prima eccezione con la «connotazione pubblicistica» delle cause cui deve necessariamente partecipare il p.m., la seconda con la «deformalizzazione istruttoria» del procedimento sommario di cognizione, che verrebbe così «recuperata» da un appello «più aperto ai nuovi mezzi di prova». Ci si dovrebbe dunque interrogare se vi sia un reale motivo per escludere l'impugnazione di nullità dall'ambito di applicazione dell'art. 348-*bis* c.p.c. Peraltro anche a guardare le due eccezioni, se una sembra giustificarsi, come sostenuto, «dalla ridotta signoria delle parti sui diritti controversi» (così, C. CONSOLO, A. ROMANO, *Le novellazioni del 2012 e le nuove «amputazioni» alle garanzie delle impugnazioni*, cit., 33) per l'arbitrato potrebbe ben valere l'argomento contrario avendo le parti, in arbitrato, *piena* disponibilità dei diritti controversi; potrebbe l'arbitrato integrare l'altra eccezione ma la (asserita) conseguente esigenza di un appello pieno non è esigenza dell'arbitrato. Cfr. *supra* nota 33. Nel senso invece che configurando il nuovo meccanismo una eccezione «alla normale dinamica dell'appello», vada trattato come eccezione e non come regola, v. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, cit., 186-187.

(78) Per tutti G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, su www.treccani.it, dove un ampio richiamo di dottrina, nonché, più in generale sulle ultime riforme processuali e il *trend* di queste, sullo stesso sito internet, C. CAVALLINI, *Verso una giustizia «processuale il tradimento della tradizione*, su www.treccani.it, nonché su *Riv. dir. proc.*, 2013, 316-327, 318. Per un commento a due anni dalla sua introduzione dove anche la più recente giurisprudenza di legittimità, v. G. VERDE, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 971 ss., 981. Per una lettura entusiasta degli effetti del filtro, v. *infra* nota 58.

che «nel caso di specie», in cui erano state dedotte «plurime ragioni di inammissibilità», *comunque* la questione non poteva essere definita con ordinanza *ex art. 348-bis c.p.c.* ma non ha negato *tout court* l'applicazione del filtro all'impugnazione per nullità ⁽⁷⁹⁾.

Infatti, ancora estraniandosi dalle polemiche ed assumendo che la disciplina applicabile all'impugnazione per nullità *ex art. 828 cc. c.p.c.* sia quella dell'appello entro la quale rientra il nuovo filtro ⁽⁸⁰⁾, pur nella consapevolezza che non si tratti di appello poiché la natura dei due rimedi è diversa ⁽⁸¹⁾, un filtro potrebbe accelerare l'impugnazione e quindi far bene all'arbitrato, sempre che si accetti l'idea che l'intento originario delle parti (che hanno scelto e coltivato l'arbitrato) fosse allontanarsi dalla giustizia ordinaria e percorrere la più celere via arbitrale e che, come autorevolmente affermato l'impugnabilità del lodo rappresenti di per sé la «negazione dell'arbitro e di arbitrato» ⁽⁸²⁾.

(79) Così anche F. AUTELITANO, . UCCELLA, *Impugnazione di lodo arbitrale e filtro in appello*, cit., 88.; *contra* S. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità*, cit., 192, per la quale «l'ordinanza nel suo tenore generale non de[ve] essere enfatizzata».

(80) Sul perché dell'applicabilità di detta disciplina all'impugnazione per nullità *ex art. 828 cc. c.p.c.*, v. *supra* § 2.

(81) Cfr., sull'applicabilità del filtro a un'altra impugnazione che formalmente non è appello ma che sostanzialmente lo è, M. DE LUCA, *Reclamo nel procedimento specifico in materia di licenziamenti e recenti riforme in appello: note minime*, in *Foro it.*, 2013, 235 ss., il quale prima afferma che il reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (art. 1, commi 58 ss., l. 92 del 2012) «è nient'altro che un appello» per poi trarne la conclusione che ad esso si applichi il filtro. L'Autore, sulla stessa conclusione, richiama App. Bologna, 21 maggio 2013. *Contra*, nel senso che, se le parole hanno un peso, *reclamo* non è *appello* quindi già questo dovrebbe escludere l'estensione di una norma rubricata «inammissibilità dell'appello» al reclamo e che l'Autore con la sua conclusione sarebbe caduto in una «contraddizione in termini» poiché, così ragionando, non si porrebbe nemmeno il problema della compatibilità delle norme regolatrici, F. AULETTA, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. JORIO, B. N. SASSANI, Milano, 2016, il quale, analizzando altro «reclamo», quello contro la sentenza dichiarativa di fallimento *ex art. 18 L.F.*, quindi concludendo per la non estensione a questo del filtro, non fa comunque leva sul solo *nomen* ma anche sulla diversa natura giuridica dei due istituti (reclamo e appello) tanto da non ritenere nemmeno necessaria (oltre che errata) la riconduzione di tale reclamo al primo dei due casi di non applicazione del filtro *ex art. 348-bis*, comma 2, c.p.c.

(82) F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, p. 103. La stessa esigenza di celerità, ancora sottolineando l'affinità dei due procedimenti (v. *supra* nota 61) sembrerebbe ravvisarsi nei procedimenti *ex art. 67 L. 218/1995* di delibazione delle sentenze straniere infatti il d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 ha stabilito che questi, instaurati innanzi alla Corte d'appello, siano regolati dal rito sommario di cognizione.

Così, quando il lodo venga impugnato e questa impugnazione, che presuppone una indicazione specifica dei vizi del lodo e non prevede (se non in certi casi) effetto sostitutivo⁽⁸³⁾, non abbia *prima facie* ragionevoli probabilità di accoglimento poiché nessun vizio è dedotto, l'impugnazione potrebbe essere, per via del filtro e grazie ad esso, dichiarata inammissibile sin dalla prima udienza, con un evidente risparmio di tempo e di «energie del servizio-giustizia»⁽⁸⁴⁾, oltre a risolvere, quasi definitivamente, quella situazione di incertezza ancor meno giustificata se ad esservi trascinato è un lodo arbitrale. E se una valutazione *prima facie* di fondatezza nel contesto di un comune appello può apparire difficile, nell'ambito di un'impugnazione per nullità di lodo arbitrale, che è a critica vincolata, lo sarebbe meno (difficile), non presupponendo e non imponendo di fatto un «doppio studio del fascicolo», e richiedendo uno studio meno approfondito⁽⁸⁵⁾. Come autorevolmente affermato «qui la compatibilità [delle norme regolatrici dell'appello all'impugnazione per nullità] sarebbe rafforzata da ciò, che una impugnazione di legittimità quale è quella *ex art. 829 c.p.c.* è perfino più agevolmente filtrabile nei termini dell'*art. 348-bis c.p.c.*»⁽⁸⁶⁾.

Se tutto ciò in astratto è realizzabile e, per l'efficacia dell'arbitrato, sin auspicabile (la previsione di un strumento che filtri le impugnazioni più pretestuose a chiusura di un sistema dove celerità e certezza delle situazioni giuridiche sono le ragioni stesse della scelta di quel sistema), in concreto non lo è. Si condivide infatti che la strada dell'estensione dell'ambito applicativo di *quel* filtro, già di per sé pericoloso, all'arbitrato non sia percorribile poiché troppi ostacoli di natura processuale si incontrano percorrendo quell'estensione. La ragione principale è del

(83) Sull'effetto sostitutivo, v. *supra* § 2.1.

(84) Nel senso che questo è lo spirito della riforma, App. Roma, 23 gennaio 2013.

(85) Cfr., con riferimento all'appello a motivi limitati *ex art. 339, comma 3, c.p.c.* di cui si è fatto cenno *supra* per le affinità con il rimedio *de quo* (par. 3), G. BALENA, *Le novità relative all'appello ne d.l. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 335 ss.; L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, cit., secondo la quale proprio perché tale rimedio è “a critica vincolata” o comunque è “limitato” «ben si prest[a] a essere applicat[o] all'appello *ex art. 339, comma 3* [...] il meccanismo del filtro *ex art. 348-bis* (che consente di disporre rapidamente dell'impugnazione le cui censure appaiano palesemente infondate)». Infatti lo stesso argomento addotto nel testo (della migliore filtrabilità) varrebbe a sostegno della estensione dell'ambito applicativo del filtro all'appello “a motivi limitati”, che pur non è un appello comune.

(86) Così, efficacemente, A. BRIGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 573 ss., spec. 581. *Contra*, S. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, cit., 190.

resto la sin qui affermata non equiparazione tra i due rimedi ⁽⁸⁷⁾: se si tratta di filtro «in appello» questo non può applicarsi a un rimedio che appello non è e che nemmeno gli somiglia, anche ammesso che la disciplina applicabile, per esigenze pratiche, sia quella dell'appello.

Ma poi, a ben veder, si può poi richiedere e quindi fare una valutazione sulla manifesta fondatezza o infondatezza di un'impugnazione che, per sua natura, non presuppone ed esige un giudizio di merito? ⁽⁸⁸⁾ Oppure ammettiamo che il filtro incida esclusivamente sulla meritevolezza (e non sul merito) dell'impugnazione — che per l'arbitrato sarebbe comunque un male minore — e quel filtro possa vagliare tutto? ⁽⁸⁹⁾

E ancora: l'effetto della ricorribilità in cassazione del lodo arbitrale quando l'impugnazione venga dichiarata inammissibile configurerebbe, oltre che una un'evidente distorsione del sistema, una sorta di «doppione», dal momento che, si è detto, l'impugnazione per nullità è essa stessa un rimedio affine al ricorso in cassazione ⁽⁹⁰⁾, sebbene la ricorribilità in cassazione del lodo arbitrale sarebbe la mera conseguenza di una preclusione che più o meno convenientemente mira a contenere impugnazioni all'evidenza infondate ⁽⁹¹⁾.

(87) V. *supra* § 2.1. dove si prova a spiegare che l'impugnazione per nullità di lodo arbitrale non è un appello. Si condivide, in sintesi, che l'alterità tra i due rimedi, l'uno di tipo sostitutivo l'altro di tipo di regola rescindente, è tale da non consentire l'estensione del filtro, così come S. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, cit., 190.

(88) V. G. VERDE, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo*, cit., 981; *contra* M. BOVE, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 389, per il quale quando l'inammissibilità o improcedibilità stesse sono evidenti non c'è ragione per escludere questa situazione dal caso in cui l'impugnazione non abbia ragionevole probabilità di essere accolta. Su questa seconda scia, v. Cass., ord., 15 aprile 2014, n. 8940, a distanza di pochi giorni da Cass., ord., 18 marzo 2014, n. 7232, di senso opposto. Sulla questione v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di "degiurisdizionalizzazione"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, 1135 ss., par. 2.

(89) Cfr. G. VERDE, *La riforma dell'appello civile*, cit., 987-988.

(90) Così, S. CAPORUSSO, *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, cit., 191, per la quale, se già la soluzione della riviviscenza della sentenza di primo grado a seguito della ordinanza di inammissibilità dell'appello è del *tutto* singolare («un inedito» per l'ordinamento processuale italiano) lo è «*a fortiori*» se a rivivere è un lodo. V. E. MARINUCCI, *cit.*, par. 2.

(91) Infatti c'è anche chi, rispetto all'intento deflattivo del filtro, ne riscontra, nei fatti, effetti positivi negando le difficoltà applicative e associando queste alla novità in sé dell'istituto a alla reticenza degli avvocati. Così, G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte d'Appello di Milano*, 25 gennaio 2014, il quale parla di «impatto positivo nei primi mesi di applicazione [del filtro in appello]». Non sembra condividere questa entusiastica ricostruzione il

Ci si deve allora domandare: le impugnazioni per nullità di lodi arbitrali sono così tante e così lunghe da richiedere e scomodare l'applicazione di un meccanismo decisorio, già di per sé faticoso, dal suo normale ambito applicativo e da incorrere in plurime incoerenze di sistema? ⁽⁹²⁾

Sul numero delle impugnazioni proposte, non potendo conoscere il numero dei lodi arbitrali, non si possono fare valutazioni ma sui loro tempi una qualche considerazione (anche statistica) può esser fatta ⁽⁹³⁾. Se il tempo necessario per decidere sull'impugnazione di lodo arbitrale è quello che ha impiegato la Corte d'appello di Roma nel caso *supra*, e cioè di ben otto anni, l'operare di un filtro sortirebbe forse i suoi effetti (più di un risarcimento *ex post*, forse)⁽⁹⁴⁾.

Indipendentemente dalla conclusione cui si giunga, se non si vuole ridurre l'arbitrato «ad un mero esperimento, fatto con l'occhio sempre rivolto alla giurisdizione, come il vero e il solo giudizio» ⁽⁹⁵⁾ e il lodo arbitrale a un «*chiffon de papier*» ⁽⁹⁶⁾, le possibilità di contestazione e il tempo di questa devono essere contenuti ⁽⁹⁷⁾.

nuovo legislatore che parrebbe voler sopprimere il filtro affermandone, e confermandone, non troppo implicitamente, la sua lesività rispetto ai principi del giusto processo e di leale collaborazione tra i soggetti processuali, così si legge nello schema di d.d.l. del 29 agosto 2014 (nota 1).

(92) Che è come chiedersi «a quale funzione può mai rispondere una estensione dell'impugnazione per nullità del lodo quel che già per l'appello ordinario sembra scaturito dalla Zauberkiste del legislatore?», così efficacemente, CAPORUSSO, *Sull'applicabilità*, cit., p. 195. Mette in luce tutti i limiti e le difficoltà dell'operare del filtro a due anni dalla sua introduzione, G. VERDE, *La riforma dell'appello civile*, cit., 971 ss.

(93) Si veda la ricerca recente indagine statistica di L. BARISON, *Un'indagine statistica sull'impugnazione del lodo arbitrale nazionale*, in *Riv. arb.*, 2015, 2, 403 ss.

(94) Il riferimento è al risarcimento, o indennizzo che sia, quale “soluzione” trovata dal legislatore italiano al problema della irragionevole durata dei processi. Sui problemi della Legge Pinto come soluzione e, in generale, sulla necessità di un «superamento del mero approccio *rimediale*», F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo*, cit., 344.

(95) S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 323, richiamato C. PUNZI, *Disegno sistematico*, p. 483.

(96) L'espressione è utilizzata da J. B. RACINE, *Propos sur l'efficacité*, cit., 337, il quale osserva anche come sebbene «il existe encore aujourd'hui un fort taux d'exécution spontanée [...] la procédure arbitrale elle-même se fait de plus en plus dure et conflictuelle. Une fois la sentence rendue, il n'est plus rare qu'il y ait des contestations concernant celle-ci pour tenter d'échapper à ses effets. Le contexte actuel de crise économique ne peut que renforcer le phénomène».

(97) Così, anche alla luce di un'analisi comparata, O. CAPRASSE, *L'instance arbitrale et le temps*, in A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE, J. F. DROOGHENBROECK (diretto da), *L'arbitre et le juge étatique*, cit., 20.

Anche perché se, come sembra dai disegni più recenti, i propositi del nuovo legislatore — nell'ottica, sempre, di garantire una giustizia più efficiente quindi di ridurre il suo carico — vanno proprio nella direzione di potenziare le misure di de-giudiziarizzazione (più che «degiurisdizionalizzazione», come recita il titolo dell'ultimo decreto legge) come l'arbitrato, paradossale sarebbe frustrarne gli effetti. Che non vuol certo dire che l'estensione dell'ambito applicativo di un filtro, quindi una possibile riduzione dei *tempi* (anziché, a monte, dei *motivi*) di impugnazione dei lodi, sia la strada migliore per garantire piena efficacia all'arbitrato⁽⁹⁸⁾.

§.4. Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (cenno).

Veniamo, sempre in tema di novità normative che hanno una qualche ripercussione sul sistema impugnatorio arbitrale, al nuovo meccanismo di «trasferimento» alla sede arbitrale del giudizio instaurato e pendente dinanzi all'autorità giudiziaria, previsto dal nuovo d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (art. 1)⁽⁹⁹⁾. Al di là della valutazione di politica legislativa, circa la portata effettivamente deflativa, ragione primaria della sua introduzione, di tale meccanismo, non si può non rilevare come, da un punto di vista tecnico-giuridico, la sopraccitata norma non dettami la concreta realizzabilità processuale di tale «trasferimento» ma soprattutto, per quello che qui importa, come per via di questa «trasmissione» si incorra, ancora una volta, in una serie di distorsioni ed incoerenze di sistema, anche di quello dell'impugnazione del lodo arbitrale che si è tentato di tratteggiare in queste pagine.

Anche perché quella *translatio*, da una sede all'altra del contenzioso civile, viene incentivata — *consentita* lo è sempre stata pur senza la certezza della stabilità degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente depositata e la fermezza delle decadenze e delle preclusioni intervenute — anche per le cause

(98) E anche ad insistere sui tempi, una soluzione alternativa al filtro potrebbe poi semmai essere la valorizzazione del modulo decisorio di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c. la cui applicazione ai procedimenti d'appello è consentita ai sensi dell'art. 352, u.c., c.p.c., e all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale nell'arbitrato speciale in materia di opere pubbliche dall'art. 241, comma 15-*ter*, c.c.p., dopo però aver ammesso l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, il che evidenzia la interdipendenza. V. nota 15. Cfr. R. CAPONI, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1153 ss., 1162, nota 36, sull'efficacia di tale norma.

(99) Convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014 n. 162) pubblicata in G.U. n. 261 del 10 novembre 2014.

pendenti in grado d'appello, tacendo però il decreto sull'effettivo rimedio esperibile avverso quel lodo sostitutivo della sentenza di appello (e, prima ancora, sebbene non incida direttamente sul tema che tratto, tacendo sull'oggetto dell'appello rimesso agli arbitri).

Ritengo delineabili almeno due interpretazioni del silenzio, e dell'oscurità, della norma: la prima, che il lodo sostitutivo della sentenza d'appello, proprio e perché «ha gli stessi effetti della sentenza» d'appello, come confermato dal decreto (all'art. 1, comma 3), sarebbe direttamente ricorribile in cassazione; la seconda, che il lodo, pur se sostitutivo di una sentenza d'appello e non di primo grado, rimanga soggetto ai mezzi di impugnazione tipici e specifici del lodo arbitrale di cui agli artt. 827 ss. c.p.c., quindi anche all'impugnazione per nullità da proporre innanzi alla stessa Corte d'appello, come il richiamo della nuova norma all'art 830 c.p.c. parrebbe avallare e far credere.

Ritengo infatti che la norma, per come scritta, sia passibile di entrambe le ipotesi interpretative, pur auspicando, per le ragioni esposte *supra* ⁽¹⁰⁰⁾, che la prima non sia quella autentica, e che quindi il richiamo all'art. 830 c.p.c. «a norma del» quale venga dichiarata la nullità del lodo, sia sufficiente a escludere la ricorribilità diretta del lodo sostitutivo della sentenza d'appello in cassazione, quindi la sua impugnabilità innanzi alla Corte d'appello con gli effetti, rescindente ed eventualmente rescissorio, che ne derivano e che ne sono tipici.

Rimarrebbero, anche accogliendo questa seconda interpretazione, comunque molti dubbi sulla concreta operatività della norma non facendo questa, nel richiamo generico all'art. 830 c.p.c., le dovute differenziazioni. Si potrebbe tuttavia sempre ritenere che *in tutti i casi* di dichiarata nullità del lodo il processo ordinario debba essere riassunto pena l'estinzione dello stesso e l'applicazione dell'art. 338 c.p.c.

Si pone poi un problema di coordinamento. Se i motivi a fondamento della nullità, come è prevedibile che sia, anche considerato che l'arbitrato nasce da compromesso e non da clausola compromissoria, sono quelli di cui all'art. 830, comma 3, c.p.c. e cioè quelli per i quali è previsto che la Corte d'appello, salvo che le parti non abbiano deciso diversamente, una volta accertati quei vizi, decida la

(100) V. § 2.1.

controversia anche nel merito, come si incastra il nuovo meccanismo di riassunzione (sempre davanti alla Corte d'appello)?

Grave è anche che per via di questo meccanismo, il termine per la riassunzione del giudizio d'appello «lasciato a metà» non possa iniziare a decorrere dall'intervenuta sentenza della Corte d'appello dichiarativa della nullità del lodo — quel lodo per cui le parti hanno deciso di abbandonare un giudizio ordinario pendente innanzi alla stessa Corte d'appello e che è stato dalla stessa annullato — decorrendo questo termine solo dal passaggio in giudicato di quella sentenza, così che è sin immaginabile un ricorso in cassazione e una quiescenza *sine die* del giudizio d'appello ⁽¹⁰¹⁾.

Contenendo poi l'immaginazione provocata e lasciata dall'ultimo d.l., è da escludere che l'impugnazione per nullità stessa, come «caus[a] civile d'appello pendent[e] alla data di entrata in vigore del [...] decreto» — immaginando, anche per questa via, oltre che nel caso di trasferimento di vero appello, il delinearsi di un arbitrato di secondo grado — sia trasferibile. Già solo il dato letterale esclude, per chi scrive, tale ipotesi applicativa riferendosi il d.l. a cause pendenti «in grado» d'appello e non «innanzi». È vero, per contro e in via di mero principio, che se si consente, ritenendolo costituzionalmente compatibile, almeno a una interpretazione così orientata, un giudizio d'appello da parte di arbitri su una decisione di giudici ordinari, si dovrebbe *a fortiori* consentire a nuovi arbitri di pronunciarsi sull'impugnazione di una decisione emessa da altri *arbitri*. Ancora, allora, soccorre ed è concludente, per escludere l'estensione applicativa del «trasferimento» all'impugnazione del lodo, l'argomento che questo non configura un giudizio d'appello (assorbente anche del fatto che, nell'ottica della definizione dell'arretrato pendente cui mira il legislatore, questi giudizi non incidono sul complessivo numero delle cause pendenti in grado d'appello).

(101) Questo, s'intende, nell'ipotesi *peggiore* ossia di impugnazione del lodo e conseguente dichiarata nullità, ma del resto qui sta il «riflesso» del titolo. Il meccanismo potrebbe infatti forse meglio funzionare nell'ipotesi *migliore* di “lodo di secondo grado” non impugnato, che credo possa essere l'ipotesi, oltre che migliore, più verosimile o comunque quella pensata dai redattori del decreto: che le parti *concordemente* abbandonino un giudizio pendente innanzi a giudici d'appello per rivolgersi ad arbitri ed ottenere da questi (forse, sui motivi d'appello già formulati) tutela sostitutiva e *concordemente* definitiva.

CAPITOLO SECONDO

I MOTIVI DI IMPUGNAZIONE DEL LODO. IN PARTICOLARE, IL MOTIVO DI CUI ALL'ART. 829, COMMA 1, N. 4, SECONDA PARTE, C.P.C. E LA CARENZA DI POTESTAS IUDICANDI DEGLI ARBITRI

§.5. I motivi di impugnazione del lodo: premessa. – §.6. Lodo ha deciso il merito quando «il merito non poteva essere deciso»: il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, seconda parte, c.p.c. (App. Milano, 1 luglio 2014) – §.6.1. (segue): «se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato»: il motivo di cui al n. 4, prima parte, già esistente. – §.6.2. (segue): la novità della novella del 2006: riconducibilità dei casi di ultrapetizione e di pretermissione del litisconsorte necessario «in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso». – §.7. La contrarietà a precedente lodo non più impugnabile come ipotesi di carenza di potestas iudicandi riconducibile al vizio di cui all'art.829, comma 1, n. 4, c.p.c.: critica (App. Roma, 29 agosto 2013). – §.7.1. (segue): la nullità del lodo per inesistenza della convenzione arbitrale, di cui all'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., per consunzione (a causa di altro arbitrato che vi abbia attinto). La sua non rilevabilità d'ufficio.

§.5. I motivi di impugnazione del lodo: premessa.

Ho scritto della somiglianza, almeno strutturale, dell'impugnazione per nullità al ricorso per cassazione, pur discostandosi da questo per la maggiore ampiezza di cognizione che ha la Corte di merito nei casi, previsti *ex lege*, in cui sia chiamata a decidere il merito della controversia. I poteri della Corte d'appello adita del giudizio di nullità mutano infatti a seconda del vizio denunciato e accertato.

Un utile classificazione dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale allora può essere quella che distingue, e raggruppa, quelli che conducono ad un esito meramente rescindente, da un lato, e quelli che conducono a un esito anche rescissorio, dall'altro. La stessa distinzione sarà utile in fase di studio del ricorso per cassazione, quale mezzo di impugnazione esperibile avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità, e più esattamente per spiegare gli effetti della cassazione della sentenza di annullamento, che dipendono dalla natura sostitutiva o non sostitutiva di quest'ultima rispetto al lodo arbitrale. È del resto lo stesso art. 830 c.p.c., che disciplina la decisione sull'impugnazione per nullità, come si vedrà, a fare questa distinzione ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Segue questa impostazione recentemente anche M. L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, 253 ss.

I motivi che danno luogo a una decisione meramente rescindente, assimilabile alla cassazione senza rinvio (ai sensi dell'art. 382, comma 2, c.p.c.)⁽²⁾, sono quelli per i quali si denuncia la mancanza di *potestas iudicandi* in capo agli arbitri: ipotesi che ricorre quando è invalida la convenzione d'arbitrato ma anche quando il lodo pronuncia fuori dai limiti della convenzione di cui al n. 4. Quest'ultimo numero della norma è stato modificato dalla riforma del 2006 che ne ha ampliato l'ambito applicativo includendovi tutte le ipotesi di lodo che pronuncia nel merito anziché in rito, includendovi cioè tutte le ipotesi in cui gli arbitri abbiano ommesso di rilevare la sussistenza di questioni processuali impedienti, diverse da quelle considerate in modo esplicito dal n. 4 o da altro numero del primo comma dell'art. 829 c.p.c.

In questo capitolo, proprio in considerazione dell'incertezza applicativa e della portata residuale della norma in esame, si analizzerà una sentenza della Corte d'appello di Milano che, per la prima volta, circoscrive l'ambito applicativo della norma, adeguando l'indeterminatezza della norma, procurata dalla novella del 2006, alla tassatività del sistema in cui questa è inserita.

§.6. Lodo ha deciso il merito quando «il merito non poteva essere deciso»: il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, seconda parte, c.p.c. (App. Milano, 1 luglio 2014)

La Corte d'appello di Milano, in una sua pronuncia del luglio 2014⁽³⁾, all'esito di una nota vicenda giudiziaria-arbitrale, ha affermato che: «Il motivo di nullità previsto nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — che è stata aggiunta con la riforma del 2006 («Il Collegio ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso») — costituisce una norma di chiusura, che, come è stato osservato dalla dottrina, ricomprende tutte le ipotesi — non censurabili con altri motivi di impugnazione — in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un

⁽²⁾ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di "degiurisdizionalizzazione"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, 1135 ss., par. 4, dove anche un'assimilazione del giudizio rescindente sulla nullità del lodo alle ipotesi di c.d. giudizio di rinvio di tipo restitutorio, e cioè quelle ipotesi in cui il giudice del rinvio è chiamato ad una nuova decisione della controversia senza vincoli alle ragioni che hanno condotto alla cassazione della sentenza.

⁽³⁾ App. Milano, 1° luglio 2014; Secchi Pres.ed Est.; V.C. e G.C. c. B.C., per estratto in calce al presente lavoro. Disponibile anche in *Giur. it.*, 2015, 175 ss., con nota di E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'appello*.

presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma I dell'art. 829 c.p.c.

In tali ipotesi rientra indubbiamente anche quella del lodo che — secondo la prospettazione degli impugnanti principali — abbia ammesso e pronunciato su una domanda nuova e, dunque, inammissibile, incorrendo vizio di ultrapetizione», e che «anche il [...] mancato rilievo del litisconsorzio necessario [...] deve [...] ritenersi ricompreso nelle ipotesi — previste nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. ».

La vicenda arbitrale ⁽⁴⁾, finita all'esame della Corte, principiava da due clausole compromissorie inserite in altrettanti accordi in forza dei quali un padre trasferiva ai due figli, per tramite di una società fiduciaria, la proprietà di un certo numero di azioni, riservandosi il potere di disporne. A seguito di conflitti familiari, il padre dava istruzioni alla società fiduciaria di estinguere i mandati a favore dei figli e intestare a lui medesimo quelle azioni. Alla reazione dei figli, e in forza delle clausole compromissorie contenute nei predetti accordi, il padre avviava l'arbitrato, sfociante nel lodo scrutinato dalla Corte d'appello, avendo interesse a vedere dichiarato il suo diritto di proprietà su quelle azioni. Egli affermava, in un primissimo momento, di essere sempre stato l'unico ed esclusivo proprietario, allegando, nella fattispecie acquisitiva del diritto di proprietà, la simulazione (soggettiva) dei mandati stipulati tra la fiduciaria e i convenuti. Qualora il collegio arbitrale avesse invece configurato, negli originari accordi, un effettivo e non simulato trasferimento fiduciario, l'istante chiedeva, formalizzando tale domanda solo in un secondo momento, sempre l'accertamento del proprio diritto di proprietà ma allegava, come fatto acquisitivo, l'avvenuto (ri)trasferimento del diritto dei figli a lui per

(4) La vicenda arbitrale, anche per la tangibilità dei problemi processual civilistici che ha posto, tutti insieme, ha stimolato gli autorevoli commenti di V. COLESANTI, *Notarelle "controcorrente" in tema di arbitrato e litisconsorte necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4-5, 791 ss.; B. SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, in *Riv. arb.*, 2013, 4, 883 ss.; C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, 1406 ss.

effetto dell'esercizio di un diritto potestativo concessogli dagli stessi originari accordi (5).

Il lodo accerta il diritto di proprietà su quest'ultimo fatto costitutivo, ossia sulla modificata *causa petendi*: motivo, questo, per gli impugnanti, di vizio del lodo per ultrapetizione. Essendosi poi accertato il diritto di proprietà in assenza della società fiduciaria, formale intestataria del bene controverso, il lodo sarebbe risultato viziato anche per aver pretermesso un litisconsorte necessario.

Per la Corte d'appello di Milano, investita dell'impugnazione del lodo, entrambe le censure sono astrattamente riconducibili al motivo di cui al n. 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c. nella sua nuova seconda parte, per avere cioè il lodo deciso il merito «in [casi] in cui il merito non poteva essere deciso».

Muovendo da questa pronuncia, ho analizzato l'estensione applicativa del motivo *in parte qua*, non senza alcune necessarie verifiche preliminari o accessorie, proprio in considerazione della sua portata astratta e residuale.

§.6.1. (segue): «se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato»: il motivo di cui al n. 4, prima parte, già esistente.

La Corte d'appello di Milano conferma anzitutto l'ambito applicativo del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., prima parte («se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato»).

Per gli impugnanti principali, che invocano il motivo in esame (prima nella sua prima parte), il collegio arbitrale si sarebbe pronunciato su una domanda esorbitante i limiti oggettivi della clausola compromissoria, tanto che, nel dichiarare il diritto di proprietà, il lodo nemmeno faceva riferimento ai contratti contenenti la clausola ma ad altri negozi.

La Corte giudica [però] l'impugnazione ammissibile, e quindi astrattamente riconducibile al motivo di cui al n. 4 la questione, fermo che tale contestazione non «si risolve nella critica del risultato interpretativo del Collegio Arbitrale, dato che prospetta una diversa interpretazione della volontà delle parti, comportante un riesame nel merito».

(5) Nella sentenza trova conferma che quel secondo fatto acquisitivo fosse già stato allegato nella prima memoria e la domanda deducete formalizzata in un non necessario capo emendativo della seconda memoria. V. C. CONSOLO, *Domande autodeterminate*, cit., 1407.

Dunque, è di sola infondatezza il giudizio sulla eccezione; perché, si sostiene, se la questione dei limiti della convenzione arbitrale è questione di «competenza» e non di merito, il motivo da invocare quando sia contestata è proprio quello di cui al n. 4. In realtà, il motivo *de quo* menziona precisamente i «limiti della convenzione d'arbitrato» così che la sua invocabilità quando una parte contesti la *potestas iudicandi* degli arbitri asserendo l'esorbitanza del lodo dai limiti della convenzione arbitrale appare testuale e il richiamo alla competenza non necessario ⁽⁶⁾.

Infatti, *se* la questione dei «limiti della convenzione d'arbitrato» è questione di competenza, *allora* i giudici d'appello, nell'esaminare tale questione, non «devo[ono] limitarsi al controllo della decisione del Collegio Arbitrale» ma hanno il «potere-dovere di procedere all'apprezzamento dell'attività svolta nel processo dalle parti o dagli arbitri ed all'esame degli elementi di fatto risultanti dagli atti acquisiti al processo stesso, al fine di accertare la sussistenza della dedotta nullità» ⁽⁷⁾, analogamente a quello che la Corte di cassazione, investita del ricorso *ex art.* 360 nn. 1, 2 e 4 c.p.c., ha il potere-dovere di fare ⁽⁸⁾. Si tratta come è stato affermato in uno dei primi commenti, «di una precisazione importante e [questa seconda, ndr] affatto scontata» ⁽⁹⁾.

Dalla qualificazione in termini di competenza della eccezione d'arbitrato, cui ha aderito la Corte d'appello di Milano, viene poi che l'incompetenza, da nullità extra-formale, si converte in nullità formale del lodo, frustrando l'applicazione dell'art. 161, comma 1, c.p.c., che è norma che si applica anche ai lodi arbitrali ⁽¹⁰⁾, ma che «è

(6) V., sul punto, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 556, per la quale «l'avvicinamento della questione relativa alla ripartizione del potere decisorio tra giudice e arbitro alla competenza» non ha un significato tecnico. V., anche, ivi richiamata, S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in F. AULETTA, G. CALIFANO, DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato*, 2010, 452 ss.

(7) Cass., 28 marzo 2002, n. 4492; Cass., 8 luglio 1998, n. 4455

(8) L'associazione al ricorso per cassazione è nella nota di E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., p. 17-18. Sul giudice di cassazione come giudice del fatto processuale, v., recentemente, G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2012, 837 ss, che commenta Cass., Sez. Unire, 22 maggio 2012, n. 8077.

(9) Così E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 17. Invero, già così, F. AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, cit., 1599, con richiamo a Cass., 14 luglio 1983, n. 4832.

(10) V. Cass. 16 febbraio 2001 n. 2293.

destinata a rimanere operante nell'ambito esclusivamente processuale ed è incapace di alterare la natura (eventualmente diversa) delle nullità originariamente verificatesi»⁽¹¹⁾.

§.6.2. (segue): la novità della novella del 2006: riconducibilità dei casi di ultrapetizione e di pretermissione del litisconsorte necessario «in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso».

Lo stesso motivo di impugnazione, ma la sua seconda parte («se il lodo ha deciso il merito in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso») è invocato dagli impugnanti per dolersi dell'«ultrapetizione» della decisione arbitrale derivante non già dall'aver pronunciato oltre i limiti della convenzione arbitrale, ma dalla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La seconda parte della norma, come già detto, è stata introdotta con la novella del 2006, la stessa che mirava a una «razionalizzazione» del mezzo impugnatorio tipico dell'arbitrato.

Anzitutto, pur se entro il medesimo motivo, si è mantenuta la distinzione, e trattazione distinta, tra il caso preesistente al 2006 — e tipico dell'arbitrato — di lodo che decide oltre i limiti della clausola compromissoria (di cui alla prima parte del motivo), dal caso — più generalmente tipico di ogni processo — di pronuncia che, pur entro quei limiti arbitrali, decida il merito in tutti quegli *altri* casi in cui il merito non può essere deciso (di cui alla nuova seconda parte del motivo).

La dottrina si è interrogata sulla portata applicativa di tale nuovo motivo di impugnazione⁽¹²⁾, introdotto entro il motivo di cui n. 4, senza però avere riscontri

(11) Così F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1599, il quale estende l'analisi dei motivi di nullità del lodo e del procedimento al successivo sindacato della Corte di cassazione. La conferma, della diversità di trattamento (anche sotto il profilo della loro sanabilità e assorbibilità nel giudicato) dei vizi indicati dall'art. 829 c.p.c., quindi della loro non omogeneità, pur *tutti* convertendosi in motivi di nullità del lodo, viene anche dal successivo art. 830 c.p.c. V. in generale sulla nullità degli atti processuali, in cui va necessariamente calata la disciplina *de qua*, ID, *Nullità e inesistenza degli atti processuali*, Padova, 1999, 189 ss.

(12) Si sono interrogati, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 156 ss., che riconduceva al motivo *de quo* «tutte le ipotesi, in cui gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare una decisione di inammissibilità in rito anziché decidere il merito della controversia, a causa di una questione processuale impediente» diversa da quelle previste nell'art. 829, comma 1, nn. 1, 2, e 4, prima parte, così, conseguentemente, riconducendovi, tra gli altri, il caso di pretermissione del litisconsorte necessario che abbia stipulato la convenzione arbitrale quindi il caso di non integrità del contraddittorio (il che impone, come nei processi ordinari, *ex artt.* 354 e 383 c.p.c., la rimessione al primo giudice, come confermato dall'art. 830, comma 2, c.p.c.). Riconduceva lì, allora, anche il caso di lodo viziato da ultra o

confirmatori dall'applicazione della nuova norma al caso concreto: a quali «altr[i]» casi si riferisce il motivo? La sentenza della Corte d'appello di Milano (riportata in calce al presente lavoro) sembra fornire una risposta.

La Corte d'appello di Milano, aderendo all'interpretazione della dottrina ⁽¹³⁾, riconduce infatti alla seconda parte del motivo (almeno) due censure: l'ultrapetizione, dedotta nel procedimento arbitrale, e in cui sarebbe incorso il lodo arbitrale pronunciandosi su domanda nuova, nonché la pretermissione del litisconsorte necessario. Si proveranno ora ad analizzare le ragioni e i limiti di tale riconduzione, trattando separatamente i due casi.

La Corte d'appello ha ricondotto alla seconda parte del motivo di cui al n. 4 la censura di ultrapetizione, disattendendo l'eccezione di inammissibilità del resistente che si fondava sull'assunto per cui tale motivo «non riguarda la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato [...] ma la corrispondenza tra il contenuto (o l'ambito) oggettivo del patto compromissorio ed il *decisum* degli arbitri».

Nell'ammettere l'impugnazione, per poi dichiararla infondata nel merito, la Corte d'appello richiama la dottrina affermando che il motivo di nullità in commento «costituisce una norma di chiusura [...] che ricomprende tutte le ipotesi – non censurabili con altri motivi di impugnazione – in cui gli Arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.» per concludere che rientra «indubbiamente» in tali ipotesi anche il caso di lodo viziato da ultrapetizione perché ha ammesso e si è pronunciato su domanda asseritamente nuova.

A mio avviso una tale conclusione non è così sicura. La processualizzazione dell'arbitrato operata dal legislatore del 2006 troverebbe qui una conferma, e così il *trend* delle recenti pronunce giurisprudenziali che tendono via via ad appiattare l'arbitrato sul processo e sulle sue dinamiche processuali per esigenze che si sono via via imposte. L'avvicinamento dell'arbitrato al processo, specie nei suoi effetti, di per sé

extrapetizione ma (ci sembra) nella sola ipotesi di pronuncia su domanda non proposta dalle parti. Nel senso che l'evenienza di cui alla nuova seconda parte del motivo è riscontrabile quando vi sono questioni processuali impedienti ma non nelle espressamente ipotesi di ultra o extrapetizione, S. MENCHINI, *L'impugnazione del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 4, 843 ss., 850. Nello stesso senso, come si leggerà nel testo, anche, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodo*, cit., 556 ss.

(13) V. nota precedente.

senz'altro positivo considerando le tante manchevolezze del primo rispetto al secondo, non deve tuttavia andare a sfavore dell'arbitrato offrendone usi strumentali.

Così, l'ultrapetizione, e la novità di una domanda, che è tale secondo i noti — ma anche complessi, quindi incerti ⁽¹⁴⁾ — criteri processual civilistici per identificarla, può configurare motivo di nullità del lodo arbitrale solo ove ricorra una delle seguenti condizioni, e ferma la sua deduzione nel procedimento arbitrale: che le parti, titolari delle posizioni sostanziali e, insieme agli arbitri, del procedimento, rimanendo le sole depositarie della capacità di prescrivere forme a condizione di validità del lodo, abbiano così voluto e infine imposto anche agli arbitri un calendario scandito da preclusioni (e soltanto allora il lodo sarà impugnabile per il diverso motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.)⁽¹⁵⁾; oppure, quando, e solo se, venga violato il principio del contraddittorio, ossia quando la parte, «disorientata» dalla novità della domanda, non ha avuto la possibilità di difendersi su quella domanda nel corso del procedimento arbitrale (ma poi il lodo sarà impugnabile per il diverso motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.)⁽¹⁶⁾.

Nel caso sottoposto al sindacato della Corte d'appello di Milano l'impugnazione avrebbe dunque potuto essere considerata inammissibile prima ancora che infondata prima ancora di indagare e negare (sul)la novità della domanda.

Se si condivide che il motivo in esame «riveste il carattere di norma di chiusura» ⁽¹⁷⁾, non deve però lo stesso aprire a troppo ampie possibilità di impugnazione, anche e soprattutto la sua seconda parte introdotta da una novella che aveva l'obiettivo di razionalizzare l'impugnativa in esame. Se, come osservato, tale motivo copre *tutti* quei casi in cui gli arbitri «abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto

(14) V. recentemente e proprio con riferimento alla vicenda arbitrale *de qua*, B. SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, cit., 883 ss. Sul tema, in generale, dell'ultra e dell'extra-petizione, si veda A. BARLETTA, *Extra e ultrapetizione. Studi sui limiti del dovere decisorio del giudice*, Milano, 2012.

(15) Nei diagrammi di Eulero-Venn, immaginati dalla dottrina, metteremmo nella prima circonferenza, quella dell' "autonomia delle parti", il potere di fissare regole a condizione di validità del lodo *ex art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.* mentre metteremmo nell'intersezione, tra quella circonferenza e quella dei "poteri degli arbitri", la fissazione delle norme che gli arbitri debbono seguire nel procedimento *ex art. 816-bis c.p.c.* V. F. AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 2, 385 ss.

(16) Così, E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19 pur giungendo l'Autrice a una conclusione in parte diversa.

(17) Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 156, con espressione ripresa anche dalla sentenza.

delle istanze di merito avanzate nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'art. 829, comma 1, c.p.c. (quali ad esempio un difetto di interesse ad impugnare, di capacità processuale o di legittimazione ad agire, la pretermissione di uno o più litisconsorti necessari, etc.)» o finanche il caso di «arbitri [che] abbiano pronunciato su di una controversia astrattamente compresa nella convenzione d'arbitrato, ma che le parti non hanno inteso devolvere ad arbitri»⁽¹⁸⁾, non può rientrarvi il caso di arbitri che si pronunciano su domanda (rientrante nella clausola compromissoria, avanzata nella prima memoria ma dall'impugnante ritenuta) nuova quindi inammissibile⁽¹⁹⁾.

Nemmeno, nel caso di specie, la censura era sussumibile entro il motivo di cui al n. 7 non avendo l'impugnante indicato la regola procedimentale, prescritta dalle parti «sotto espressa sanzione di nullità», di cui il giudice dell'impugnazione avrebbe dovuto accertare la violazione: ragione che esclude la riconducibilità della censura, anche in astratto, al motivo di cui al n. 7⁽²⁰⁾. Il calendario dei lavori, e così l'assegnazione dei termini per memorie, erano stati (come da prassi arbitrale) fissati dagli arbitri, e non valga l'argomento — anche ammettendo che un «divieto» di domande nuove e/o di integrazioni di quelle già proposte fosse stato impartito — che gli arbitri hanno fatto proprie le regole volute della parti. Ritengo infatti che ciò non sia sufficiente a integrare, anche in astratto, il motivo di cui al n. 7⁽²¹⁾. Anche tale motivo è stato modificato dal legislatore del 2006, nel senso e nell'ottica di rimuovere l'appiattimento dell'arbitrato sul giudizio ordinario lasciando alle parti la possibilità di «configurare *ex novo* nullità»

(18) Così, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodo*, cit., 556-557, che accoglie la definizione più ampia di «presupposto processuale». Quella maggior ampiezza che credo sia necessitata in arbitrato dove l'organo espressivo della funzione giurisdizionale non è precostituito: ciò che ha delle ricadute anche sotto il profilo degli effetti dell'accertamento della loro sussistenza e insussistenza e in particolare sotto il profilo della loro sanabilità e conversione in motivi di impugnazione. Cfr. *supra* § 6.1. Sulla seconda evenienza riportata dall'Autore, quindi sull'esorbitanza della pronuncia dal mandato arbitrale ma entro i limiti della convenzione arbitrale, v. *infra*.

(19) Nella stessa elencazione dell'Autore da ultimo citato, sebbene si tratti di elencazione esemplificativa, manca tale ipotesi. Cfr. F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1598 ss., il quale, riconduceva, ante riforma, al motivo di cui al n. 4 «l'eccesso di potere giurisdizionale in cui siano incorsi gli arbitri» ma sempre con riferimento all'ipotesi di eccesso di potere rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, richiamando Cass., 16 febbraio 2001 n. 2293.

(20) Per E. MARINUCCI, *I motivi di impugnazione*, cit., l'impugnazione, sussunta entro il motivo di cui al n. 7 sarebbe stata ammissibile, ma infondata. Sul significato di nullità di cui al motivo n. 7, v. *infra*, in nota 23, F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali*, Padova, 1999, 60 ss.

(21) Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo sotto la lente di ingrandimento della Corte d'appello di Milano*, cit., 19, e nota 12.

(²²). Prima del 2006, invece, la violazione delle regole procedurali fissate dalle parti caducava il lodo solo se dette regole ricalcavano quelle dettate dal legislatore per il processo statale, ma anche allora era necessaria, a configurare la nullità del lodo, una espressa prescrizione delle parti in questo senso, che non era sostituibile con analogha prescrizione degli arbitri (²³).

Alcuni, come il resistente nel caso concreto, arrivano sin a sostenere che all'arbitrato non è riconducibile la censura di infra o di extrapetizione (o ultrapetizione) propriamente dette (²⁴), poiché tali espressioni, che vengono dal processo civile, non si adattano al contesto arbitrale in cui la *potestas iudicandi* degli arbitri, quindi l'esorbitanza di questi rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, non va tarata sul principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (in forza del quale l'attività giurisdizionale del giudice è attività dovuta ed è dovuta nei soli limiti in cui è richiesta)(²⁵) ma sul principio volontaristico, quindi sulla volontà delle parti espressa nel patto compromissorio (²⁶). Se le parti decidessero, entro in confini della clausola compromissoria, di circoscrivere il mandato affidato agli arbitri (con un *acte de mission* tipico di alcuni arbitrati amministrati, ad esempio)(²⁷) allora, e solo in questo caso, una decisione degli arbitri entro i limiti della convenzione arbitrale, ma esorbitante il mandato assegnatogli, sarebbe riconducibile al motivo in esame. Tuttavia tale ricostruzione non convince.

Quello che forse è possibile affermare, seguendo questo orientamento, è soltanto che, se nel processo ordinario la regola della corrispondenza tra il chiesto e il

(22) C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 558.

(23) Così, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 558. La sanzione della nullità è oggi invece rimessa esclusivamente alle parti le quali possono prescrivere "forme" o condotte, anche diverse dal modello legale, la cui inosservanza da parte degli arbitri è sanzionata con la nullità del lodo da accertare con l'impugnazione. Cfr. F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali*, cit., 60 ss., in part. 86, dove l'Autore ben evidenzia la deroga, in arbitrato (come giudizio non pubblico), al principio di legalità cui sottostà la fattispecie dell'atto processuale nullo, la stessa che esalta il principio di legalità nel processo pubblico.

(24) V. A. BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 8, dove anche la sottile e insicura distinzione tra extra ed ultrapetizione, la prima delle quali ricorrerebbe quando il giudice si pronunciasse su una «causa» diversa da quella introdotta dall'attore mentre la seconda ricorrerebbe quando la sentenza ecceda il *petitum*.

(25) V. BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 14 ss.

(26) Così, seppur con riferimento all'arbitrato internazionale, F. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità*, Milano, 1989, p. 252. V., sul tema e dove il richiamo, A. ATTERITANO, *Arbitrato estero*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile (Aggiornamento 3)*, Torino, 2007, 78 ss.

(27) V. A. ATTERITANO, *Arbitrato estero*, cit., par. 15.

pronunciato deve essere messa in rapporto *principalmente* al principio della domanda (artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c.) e al carattere dispositivo del processo civile dal punto di vista del giudice ⁽²⁸⁾, in arbitrato, e nei limiti della convenzione arbitrale da cui questo origina, tale regola deve invece essere messa in relazione *principalmente* alla garanzia del contraddittorio — ed è nei limiti di questa che è censurabile il suo risultato quando si assuma la violazione di quella regola — dal momento che il processo arbitrale, ancor più di quello ordinario, è «cosa» delle parti e nessun dovere decisorio, almeno *ex lege*, è imposto agli arbitri ⁽²⁹⁾. Il che non vuol dire che l'art. 112 c.p.c., applicazione diretta di un postulato di teoria generale del diritto e del processo, non si applichi all'arbitrato.

Se poi il nuovo motivo introdotto nel 2006 sembrava effettivamente modellarsi e recepire (sul)la legge modello Uncitral, che nel prevedere quattro motivi di impugnazione ⁽³⁰⁾, col tentativo di uniformare le legislazioni nazionali, ammette l'impugnazione del lodo che «*deals with a dispute not contemplated by or not falling, within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration*», a ben vedere non è così. Il motivo introdotto dalla riforma italiana del 2006 non rispecchia quel modello — che sanziona l'eccesso di potere in base al mandato arbitrale (*terms of submission*) e non alla clausola compromissoria (*arbitration agreement*) — ma, come osservato, «fa da *pendant*» al motivo di cui al n. 10 che consente di impugnare il lodo «se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito doveva essere deciso», entrambi coprendo errate valutazioni circa la sussistenza o insussistenza delle condizioni di decidibilità del merito, valutazioni tipiche del processo civile ma imprescindibili anche di quello arbitrale, e non altrove censurate ⁽³¹⁾.

Se le parti non hanno prescritto forme a pena nullità (il che esclude l'invocabilità del motivo di cui al n. 7), l'ultrapetizione è allora censurabile solo quando venga palesando una violazione del principio del contraddittorio in senso dinamico, quindi invocando l'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c., e non già una violazione del principio del

(28) Così, testualmente, A. BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, 10, e la dottrina prevalente e giurisprudenza prevalenti lì ampiamente richiamate.

(29) V. C. CAVALLINI, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 3 ss.

(30) Che riflettono i motivi di cui all'art. V della New York Convention cioè i motivi per rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero. Così, *Explanatory Note by the Uncitral Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*.

(31) Così, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 557.

contraddittorio in senso statico, impediente la decidibilità nel merito, riconducibile (solo questa seconda) al motivo di cui al n. 4 ⁽³²⁾.

Ciò, come già osservato, ha delle conseguenze anche sugli effetti dell'impugnazione: ai sensi della distinzione operata dall'art. 830, comma 2, c.p.c. se il lodo è annullato per il più grave motivo di cui al n. 4, la Corte d'appello, investita dell'impugnazione, deve limitarsi ad annullare il lodo essendo alla stessa precluso l'esame nel merito di una decisione manchevole di un primo grado a contraddittorio integrato; mentre se il lodo è annullato per il motivo di cui al n. 9, la Corte d'appello può decidere nel merito alla luce delle doglienze mosse dalla parte che li assume la violazione del contraddittorio ⁽³³⁾.

Il principio del contraddittorio, nella sua accezione dinamica, può essere invocato quando si assuma la novità di una domanda, rispetto a quella introdotta con domanda di arbitrato e individuante il *thema decidendum*, e ciò a prescindere dalla prescrizione delle parti di osservare determinate forme sotto espressa sanzione di nullità del lodo: il contraddittorio, infatti, deve «in ogni caso» essere garantito. Lo conferma l'art. 816-*bis* c.p.c. che lascia parti e arbitri liberi di regolare lo svolgimento di questo nel modo che ritengono più opportuno ma «in ogni caso» arbitri (e parti, ndr) devono «attuare il principio del contraddittorio, concedendo ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa». Da qui la riconducibilità in astratto della censura mossa nel caso di specie al motivo in esame ⁽³⁴⁾.

In definitiva, ho sin qui tentato di dimostrare che se la Corte d'appello avesse ritenuto il vizio di ultrapetizione non sussumibile entro il motivo di cui al n. 4, dichiarando quell'impugnazione inammissibile, ma solo entro il motivo di cui al n. 9, nemmeno si sarebbe dovuta interrogare circa la domanda su cui si sono pronunciati gli arbitri: se, cioè, fosse formalmente nuova, limitandosi piuttosto a verificare se, nel caso concreto, vi fosse stata una lesione del *principio* del contraddittorio: verifica che, in arbitrato, può forse prescindere — almeno se si crede alla non riconduzione dell'ultrapetizione nel motivo di cui al n. 4 — da una rigorosa analisi sulla modificazione della domanda, salvo che le parti stesse non abbiano imposto quel

(32) Così E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19.

(33) Così, E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19.

(34) La Corte d'appello di Milano giudica poi infondata la censura dopo aver appurato che nel caso concreto non vi fosse stata alcuna lesione del principio del contraddittorio.

maggior rigore prescrivendo forme a pena di nullità. Sufficiente sarebbe stato verificare *quando* quella domanda è stata proposta (in che fase del procedimento arbitrale) e *se* la parte contro cui è stata proposta ha avuto il tempo di contraddire alla stessa ⁽³⁵⁾.

Si potrebbe allora individuare, anche a livello normativo, un nucleo di norme processuali, per loro natura meno vaghe di un principio, costituenti il *minimum* di contraddittorio richiesto *dal* processo *all'*arbitrato perché il suo risultato non sia censurabile, col rischio che questo esercizio riconduca viziosamente all'inizio ossia a quella eccessiva processualizzazione dell'arbitrato non rispondente forse alla volontà delle parti ⁽³⁶⁾, ma rispondente credo alla superiore esigenza di prevedibilità (almeno) processuale che dovrebbe caratterizzare anche l'ambiente arbitrale ⁽³⁷⁾.

(35) Che lo *standard* di contraddittorio in arbitrato sia più basso, si evince ad esempio dal fatto che, come stato già osservato, gli arbitri, nell'attuare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, *non* devono seguire le forme di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c. Così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit. 561. Sul tema, e nel senso del testo, e cioè che nel processo arbitrale, per sua natura privo di formalismi e caratterizzato da un alto tasso di flessibilità, sia sufficiente il rispetto di un «contenuto minimo del contraddittorio», L. LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 2, 373 ss., 386, la quale efficacemente riempie quel contenuto minimo individuando casi macroscopici di violazione del contraddittorio.

(36) L'esercizio è stato fatto in dottrina, tra gli altri, da L. LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, cit., 373 ss. Sulla processualizzazione dell'arbitrato, v. anche, di utile comparazione, l'art. 1464 CPC francese che, per l'arbitrato interno, ferma la facoltà di parti e arbitri di «détermine[r] la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques», non si limita a richiamare il principio del contraddittorio (come fa invece per l'arbitrato internazionale stabilendo, all'art. 1510 CPC, che) ma richiama i principi «directeurs du procès» che devono trovare in ogni caso applicazione anche nel processo arbitrale con esplicito, e non troppo faticoso, rinvio normativo (ai principi «énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1»). I principi lì affermati sono il principio dispositivo (artt. 4-9 NCPC), il principio del contraddittorio in tutte le sue declinazioni (artt. 14-17), il potere del giudice di ordinare tutte le misure istruttorie ammesse dalla legge (art. 10), l'obbligo delle parti di concorrere alla produzione delle misure istruttorie (art. 11, co. 1), la facoltà per il giudice di invitare le parti a fornirgli le spiegazioni di diritto che ritiene necessarie alla soluzione della lite (art. 13), il diritto di difesa e la facoltà degli arbitri di tentare la conciliazione delle parti (artt. 18-21) e, dopo la riforma del 2011 (quindi da questa aggiunti), il principio *iura novit curia* (art. 12) e la regola che esime il giudice-arbitro dal ricorso a un interprete quando questi conosca la lingua con cui si esprimono le parti (art. 23). Si è assistito dunque, con l'ultima riforma, a una seppur minima processualizzazione dell'arbitrato, v., sub. *artt. 1464 e 1510 CPC*, M. DE SANTIS, M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico, Parte prima, La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 958 e, ID, *La riforma francese. Parte seconda*, cit., 90.

(37) Questa conclusione viene anche dopo aver ascoltato la relazione di G. COSTANTINO, *Prevedibilità delle decisioni*, al convegno su *La trasparenza nel processo civile*, svoltosi a Milano il 5 febbraio 2015, che ha sottolineato la differenza tra prevedibilità processuale e prevedibilità sostanziale, quindi la imprescindibilità della prima in qualsivoglia processo, che sia tale, che conferma le necessità di una seppur minima processualizzazione anche in arbitrato. V. nota precedente dove il modello francese.

E, del resto, e più in generale, come è vero che il rispetto del principio di preclusione e la garanzia del contraddittorio non inducono a ritenere che dato il primo vi sia anche quello della seconda, così la garanzia del contraddittorio non si ha solo se è stato rispettato il principio di preclusione ⁽³⁸⁾.

La Corte d'appello di Milano riconduce alla seconda parte del motivo di cui al n. 4, e cioè a «ogni *altro* caso» in cui gli arbitri hanno deciso il merito ma il merito non doveva essere deciso, anche la pretermissione del litisconsorte necessario, lamentata dall'impugnante.

Tale ricostruzione, anche alla luce di quanto detto *supra*, e cioè alla riconducibilità al motivo in esame di tutte quelle ipotesi che ostano alla decidibilità nel merito della controversia anche in arbitrato, è da condividere. La pretermissione del litisconsorte necessario palesa una violazione del contraddittorio in senso statico, da qui la sua riconducibilità al motivo di cui al n. 4, dal momento che impedisce a al terzo di partecipare al processo e impone, ove accertata, la rinnovazione dell'attività svolta in sua assenza, come prescrive l'art. 830, comma 2, c.p.c. per il motivo di cui al n. 4, quando il lodo sia annullato.

La Corte ha poi giudicato, ancora alla luce del duplice scrutinio cui soggiace l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, *infondata* l'impugnazione perché ha deciso il merito quando il merito non poteva essere deciso. La Corte afferma che nel caso di specie non si versa in una situazione di litisconsorzio necessario in quanto l'accertamento richiesto agli arbitri era relativo a un rapporto intercorrente tra le parti dell'arbitrato, mentre l'accertamento nei confronti del terzo, nel contesto della simulazione soggettiva, risultava meramente incidentale ⁽³⁹⁾. Tale argomentazione consente, come già notato, alla Corte d'appello di non prendere posizione sulla

(38) Così anche L. LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, cit., 373 ss. V., in tema, tra le tante, Cass., 7 marzo 2007, n. 5274; ma anche, con esatto riferimento alle «preclusioni», Cass., 7 febbraio 2007, n. 2717. Si vedano anche i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, come quello della Camera Arbitrale di Milano che contiene una norma (art. 27) che non esclude l'ammissibilità di domande nuove consentendo «[a]l Tribunale Arbitrale, sentite le parti, [di] decide[re] sull'ammissibilità di domande nuove, tenuto conto di ogni circostanza, incluso lo stato del procedimento» con la sola preclusione, contenuta in altra norma regolamentare (art. 28.3), che «[d]opo la chiusura dell'istruzione, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie, salva diversa determinazione del Tribunale Arbitrale».

(39) Come rimarca il parere *pro veritate* che la Corte d'appello di Milano fa proprio. V. C. CONSOLO, *Domande autodeterminare e litisconsorzio necessario*, cit., 1410.

complessa questione dell'intervento del litisconsorte necessario non paciscente in arbitrato, mancandone il presupposto applicativo ⁽⁴⁰⁾.

§.7. La contrarietà a precedente lodo non più impugnabile come ipotesi di carenza di *potestas iudicandi* riconducibile al vizio di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: critica (App. Roma, 29 agosto 2013).

Altra questione controversa è stata posta e risolta (d)alla Corte d'appello di Roma che ha dichiarato *in limine* nullo un lodo arbitrale per carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri che l'hanno pronunciato ⁽⁴¹⁾.

Gli arbitri si sarebbero pronunciati sulla medesima domanda proposta nell'ambito di un precedente procedimento arbitrale, sfociato in un lodo passato in giudicato perché non impugnato, quindi avrebbero condotto e concluso definitivamente un arbitrato sulla base di una clausola compromissoria, la stessa originante il primo arbitrato, spirata.

I casi arbitrali, a monte della vicenda giurisdizionale, nascevano da una clausola compromissoria inserita in un contratto di cessione d'azienda concluso, nel dicembre del 1998, tra due società italiane attive nel settore dell'*oil & gas*. Oggetto di tale cessione erano anche due contratti, il primo con una società brasiliana e il secondo con una società siriana, le cui commesse erano decisive ai fini della determinazione del prezzo dell'azienda ceduta, tanto che, con atto integrativo, le parti si erano impegnate ad adeguare quel prezzo, originariamente convenuto in base a determinati criteri indicati nel contratto di cessione d'azienda, al momento della definitiva chiusura di dette commesse.

Il primo arbitrato, sorto nel dicembre 2003 sull'adeguamento del prezzo di cessione, si era concluso con un lodo definitivo che aveva liquidato, a titolo di conguaglio, e solo con riferimento al contratto brasiliano, una certa somma a favore della società cessionaria; con riferimento a quello siriano, i cui risultati non erano ancora definitivi, la medesima domanda di condanna era stata, anche nella sua formulazione subordinata di condanna generica, respinta, limitandosi allora il collegio

(40) V. E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 23. Da cui il dialogo tra V. COLESANTI, *Notarelle "controcorrente"*, cit., 791 ss.; B. N. SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, cit., 890 ss.; C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., 1410 ss.

(41) App. Roma, sentenza 29 agosto 2013; Sorace *Pres.*; Dell'Erba *Est.*; F.S. S.r.l. c. N.P. S.p.A., in estratto in calce al presente lavoro.

arbitrale a dichiarare che (solo) «quando i risultati del contratto siano diventati finali ed indiscutibili, le parti dovranno procedere ad un'analisi degli stessi, secondo criteri indicati in questo lodo in relazione al contratto [brasiliano]».

Il secondo arbitrato, conclusosi nel 2006 con lodo dichiarato nullo con la sentenza della Corte d'appello di Roma, veniva instaurato, ancora dal cessionario, quando, divenuti quei risultati definitivi, il cedente si era ancora rifiutato di adempiere l'obbligazione del pagamento del conguaglio del prezzo. Il lodo, in parziale accoglimento della domanda dell'istante, aveva condannato il cedente al pagamento di una certa somma, applicando i principi prescritti dal lodo del 2003, oltre che quelli stabiliti nel contratto di cessione. Il cessionario impugnava il lodo deducendo, insieme ad altri vizi, il contrasto col primo lodo passato in giudicato, *ex art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.*, per non aver il secondo rispettato i parametri fissati dal primo e lì indicati come vincolanti. Proponeva impugnazione incidentale il cedente, anche questo invocando il n. 8 dell'art. 829 c.p.c., deducendo la nullità del lodo, pronunciandosi sul *quantum* in assenza di una disposizione sull'*an*, non contenuta nella precedente statuizione arbitrale.

Ebbene, per la Corte d'appello di Roma quel secondo lodo è nullo non perché contrario «ad altro precedente lodo non più impugnabile» (*ex art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.*) bensì, ancor più radicalmente, per carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. Questi si sarebbero pronunciati sulla medesima domanda introduttiva del giudizio arbitrale conclusosi con lodo passato in giudicato, quindi in forza di una clausola che aveva esaurito la sua efficacia. Tale nullità, rilevata d'ufficio dalla Corte d'appello in sede di impugnazione, era peraltro stata già vagliata e respinta dal collegio arbitrale e non riproposta come motivo di impugnazione.

La Corte, aderendo alla teoria *processuale* del giudicato ⁽⁴²⁾, riconduce l'ipotesi *de qua* entro il motivo di cui al n. 4 dell'art. 829 c.p.c., pur non richiamandolo direttamente, e non entro il motivo di cui al n. 8 invocato dalle parti, assumendo che gli arbitri abbiano deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso. Più esattamente, per la Corte d'appello di Roma gli arbitri, del secondo arbitrato, hanno pronunciato il merito pur in presenza di una questione processuale impediente, quale è, secondo la ricostruzione processualistica dell'effetto di *ne bis in idem*, l'esistenza di una precedente decisione arbitrale (sulla medesima domanda) divenuta incontrovertibile. Il

(42) Per tutti si veda, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, Torino, 2014, 341 ss.

testo della norma di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, anteriore alle modificazioni introdotte dal d.lgs. 40/2006, avvolgeva, sia pur in via interpretativa, quei medesimi «altri» casi.

Tuttavia, come correttamente rilevato dalla dottrina che ha calato il tema del giudicato nel contesto arbitrale e della sua impugnativa⁽⁴³⁾, se così fosse, il motivo di cui al n. 8 (in forza del quale un lodo è impugnabile se «è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti» anche nella sua formulazione ante riforma) sarebbe svuotato della sua portata applicativa bastando la fattispecie delineata dal n. 4 («se il lodo [...] ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso») a coprire l'ipotesi *de qua*. Nell'*intentio legis* c'era invece l'esigenza di separare e, quindi, di distinguere gli effetti dell'uno o dell'altro: infatti, ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c., nel caso in cui la Corte d'appello annulli il lodo per il motivo di cui al n. 4, la Corte d'appello, nel rispetto del principio del doppio grado di giudizio, si deve arrestare alla fase rescindente annullando il lodo e rimettendo le parti in primo grado; mentre nel caso in cui il lodo venga annullato per il motivo di cui al n. 8, la Corte, secondo quanto previsto sempre dall'art. 830, comma 2, c.p.c., anche in un'ottica di economia processuale, prosegue nel merito decidendo conformemente a quanto deciso nel precedente lodo, così garantendo *una* pronuncia di merito alle parti. Tale secondo effetto si riscontra sia nel caso, più ovvio, di giudicato *pregiudiziale* rispetto alla seconda decisione, sia nel caso di giudicato formatosi su una decisione avente lo stesso oggetto (perché originante dalla medesima domanda) del lodo annullato⁽⁴⁴⁾.

Se poi la teoria *processuale* del giudicato consente la riconduzione nel motivo n. 4, di là dell'interpretazione dell'*intentio legis* nella sistemazione del meccanismo impugnatorio del lodo, più difficoltosa, ma anche questa consentita dalla cornice

(43) E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma: motivi ed esito*, Milano, 2009, 198 ss.

(44) Così anche, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, 201. Nel senso del testo, pur senza qui enfatizzare il dato positivo della norma introdotta nel 2006, solo confermativa di un dato esistente, e *ratione temporis* non applicabile al caso in esame, F. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2007, 420 ss., per il quale gli arbitri non sono soggetti al divieto di *bis in idem* (che viene dall'«autorità» di giudicato, e non dall'effetto del giudicato proprio del lodo arbitrale, su cui *infra*) ma al potere delle parti che danno loro mandato: solo così si spiega l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., in forza del quale non è più necessaria l'eccezione di giudicato per ottenere l'annullamento del lodo ma solo l'acquisizione del lodo nel procedimento.

normativa, è la sussunzione dell'ipotesi dell'esaurimento dell'efficacia della clausola per soprappiù giudicato entro il motivo di cui al n. 1, che pur copre l'ipotesi di convenzione d'arbitrato «invalida» e non, almeno letteralmente, di convenzione «*expirée*»⁽⁴⁵⁾. Il richiamo fatto dal motivo di cui al n. 1 dell'art. 829 c.p.c. all'art. 817 c.p.c., come modificato dalla novella del 2006⁽⁴⁶⁾, dove un'espressa menzione all'ipotesi di inefficacia della clausola, quindi il combinato disposto delle due norme, consente la sussunzione del caso di specie entro il motivo *de quo*, tollerando che il giudicato sceso su un lodo privo di efficacia la clausola compromissoria da cui origina «con riferimento [resta inteso] alla [sola] controversia in questione», quindi includendovi l'ipotesi di inefficacia sopravvenuta⁽⁴⁷⁾. E per consolidata giurisprudenza anche il vecchio motivo di cui al n. 1, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, pur nella sua breviloquenza («se il compromesso è nullo»), ricomprendeva tanto la nullità quanto la inefficacia della clausola compromissoria quindi può valere il medesimo argomento⁽⁴⁸⁾.

Non si ravvisa poi alcun rapporto di causa-effetto tra l'esaurimento dell'efficacia della clausola e la sua inesistenza, giungendo la sentenza sin ad affermare l'integrazione di una situazione di inesistenza della clausola compromissoria (e del lodo, visto il richiamo giurisprudenziale) quindi di usurpazione del potere da parte degli arbitri⁽⁴⁹⁾.

(45) Cfr., di utile comparazione, il motivo n. 1 dell'art. 1484 *NCPC* francese (ante riforma del 2011) che apriva il *recours en annulation* avverso il lodo arbitrale quando «l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée», poi sostituito con la più ampia formula «s'est déclaré à tort compétent ou incompétent» (art. 1492 *CPC*). Si legga anche l'art. 34 c.p.c. del Codice del 1865 ai sensi del quale il compromesso «cessa[va]» ad esempio per la scadenza del termine per la efficacia sopravvenuta della clausola. V. *infra* nota 47.

(46) Che tuttavia è *ratione temporis* non applicabile al caso di specie per via della disciplina transitoria dettata dal d.lgs. 40/2006.

(47) L'espressione utilizzata dalla Corte d'appello di Roma è simile a quella che si ritrova nell'art. 816-*septies* c.p.c. dove si afferma che se le parti non provvedono all'anticipazione delle spese del procedimento arbitrale nel termine indicato dagli arbitri, queste non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato «con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale».

(48) F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 366, dove ampio richiamo di giurisprudenza.

(49) Afferma la Corte: «il caso in esame è equiparabile ad un'ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale *in assenza* di clausola arbitrale» e richiama giurisprudenza sull'inesistenza della convenzione d'arbitrato e del lodo (non derivante dal giudicato ma da ipotesi diverse: v. *infra*): Cass., 25 agosto 1998, n. 8410 (su cui *infra*); nonché, sull'esito non rescissorio (oggi confermato dell'art. 830, comma 2, c.p.c.): Cass., 7 ottobre 2004, n. 19994; Cass., 25 luglio 2006, n. 16977; Cass., 16 ottobre 2009, 22083.

L'effetto causale dell'usurpazione del potere, per inesistenza della clausola compromissoria, consente, tuttavia, alla Corte, nell'ambito della struttura bifasica dell'impugnazione per nullità del lodo, di fermarsi alla fase rescindente, nonché di sostenere la rilevabilità d'ufficio del vizio ⁽⁵⁰⁾.

A ben leggere dunque nemmeno la Corte trae la sua conclusione aderendo alla teoria del cd. giudicato processuale ed assumendo quindi che gli arbitri abbiano erroneamente deciso nel merito in spregio al presupposto processuale del *ne bis in idem*, ma dalla assunta radicale inesistenza della clausola, venendo, esattamente da questa seconda circostanza, la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri.

§.7.1. (segue): la nullità del lodo per inesistenza della convenzione arbitrale, di cui all'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c. per consunzione (a causa di altro arbitrato che vi abbia attinto). La sua non rilevabilità d'ufficio.

La categoria giuridica dell' «inesistenza», ammesso che, dopo la nuova formulazione dell'art. 817 c.p.c. richiamato dall'art. 829 comma 1, c.p.c., abbia ancora una sua autonoma rilevanza dalla nullità sotto il profilo impugnatorio, viene in rilievo innanzi a situazioni *ictu oculi* ben più gravi e radicali di quella occorsa nel caso di specie, che peraltro richiede(va) un giudizio di identità di domande, di competenza degli arbitri, che non può richiedersi a un lodo asseritamente inesistente. Scomodarla nel caso di specie — come che fosse una categoria in cui far residualmente confluire i vizi atipici del lodo — in un caso cioè cui l'inesistenza della convenzione arbitrale e del lodo deriverebbero da un precedente giudicato sulla medesima convenzione d'arbitrato, di là che per trarne la non proseguibilità nella fase rescissoria, pare dunque una mera speculazione del concetto stesso di inesistenza oltre a configurare una totale *deminutio* dell'operato arbitrale.

È davanti agli arbitri che il difetto di *potestas iudicandi* può e deve essere fatto valere e sono questi a doversi pronunciare sull'identità di domande quando un'eccezione di giudicato è sollevata nel corso del procedimento arbitrale, come nel caso concreto si è verificato: nel secondo procedimento, l'eccezione di giudicato era stata sollevata dal cedente che assumeva che le domande del cessionario, promuovente il secondo arbitrato ancora per ottenere il conguaglio del prezzo, fossero già state

(50) V. *infra*.

respinte col lodo precedente. Il collegio arbitrale aveva tuttavia rigettato tale eccezione e la stessa non veniva riproposta come motivo di impugnazione.

L'inesistenza, la sola eventualmente rilevabile d'ufficio senza limiti temporali — considerando che non ci si deve qui curare dell'art. 817 c.p.c., come novellato nel 2006, quindi del cenno lì espresso alla categoria giuridica della inesistenza — ricorre infatti, come anzidetto, in situazioni diverse e più gravi ⁽⁵¹⁾, dovendosi, le altre meno gravi (come anche quelle di «radicale inidoneità del negozio compromissorio a produrre effetti»), ricondurre entro motivo di nullità di cui al n. 1, da dedurre come motivo di nullità e, quindi, di impugnazione della sentenza, e non anche per la prima volta innanzi alla Cassazione, applicandosi anche ai lodi arbitrali il principio (art. 161, comma 1, c.p.c.) della conversione in motivi di gravame delle cause di nullità della sentenza ⁽⁵²⁾. Detta regola opera infatti per tutti gli atti idonei al giudicato e dunque si applica sugli stessi presupposti e negli stessi casi in cui vale la regola del giudicato formale ⁽⁵³⁾.

La novella del 2006 è andata poi definitivamente in questo senso, ossia di una assimilazione della categoria della inesistenza a quella della nullità, col solo limite della non arbitrabilità della controversia ⁽⁵⁴⁾. L'inesistenza della clausola compromissoria, e la conseguente incompetenza degli arbitri, devono essere eccepite nella prima difesa successiva all'accettazione di questi, se si vuole per il medesimo motivo impugnare il

(51) L'ipotesi in cui «risulti devoluta ad arbitri una controversia non rientrante nella giurisdizione di giudice ordinario» (Cass., 11 maggio 1998, n. 4738); la clausola compromissoria non è riferibile alle parti della controversia (Cass., 30 agosto 1995, n. 9162); la materia non è compromettibile ex art. 806 c.p.c.: riassunte da M. C. GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*, in *Riv. arb.*, 1999, 3, 460 ss., 470. Credo tuttavia che il concetto di inesistenza fosse più circoscritto di quello descritto dall'Autrice, anche nel vigore della previgente disciplina; la stessa Autrice escludeva l'esperibilità del rimedio dell'impugnazione per nullità avverso lodo inesistente e ammetteva la rilevabilità di detto vizio in ogni stato e grado del giudizio.

(52) Così, Cass. 11 maggio 1998, n. 4738 (cit.), di senso esattamente opposto, ma di soli pochi mesi prima, di Cass., 25 agosto 1998, n. 8410 (la sola citata dalla sentenza, che peraltro si riferisce a un'ipotesi del tutto differente ossia quella di inesistenza della clausola per la sua non estensione a un contratto collegato) che invece sottolinea le peculiarità di regime del vizio del lodo pronunciato da arbitri privi di *potestas iudicandi* di fatto affermando si tratti di lodo inesistente. V. la nota di M. C. GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi*, cit., 460 ss.

(53) Dimostrava il contrario, anche dal confronto col lodo inesistente, P. L. NELA, *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1381 ss., per il quale «la regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame ha un senso in un sistema in cui sussistono impugnazioni che istituzionalmente e storicamente hanno ad oggetto l'ingiustizia della sentenza anziché la sua invalidità [...]. Ove invece simili impugnazioni non esistano, viene meno alla radice ogni esigenza di affrontare il problema ed *a fortiori* di dettare la regola della conversione.»

(54) Così, F. AULETTA, *Sub art. 824-bis*, cit., 422, per il quale, anche nel caso in cui manchi la convenzione d'arbitrato, la via per sottrarsi al lodo è l'impugnazione per nullità.

lodo, lodo che rimarrà certamente impugnabile per contrarietà a precedente lodo passato in giudicato. Infatti, anche ammettendo che il giudicato consumi la clausola compromissoria, un secondo giudizio sulla medesima clausola potrà sempre essere promosso: non dipendendo il secondo dal primo, non dissimulando, come detto sin dall'inizio, la questione del giudicato una questione di competenza⁽⁵⁵⁾.

Ancora, la rilevabilità d'ufficio del giudicato, di moda nella più recente giurisprudenza (non arbitrale)⁽⁵⁶⁾, deve intendersi recepita e assorbita, dallo stesso legislatore della materia arbitrale, nella modifica del motivo n. 8 che oggi non richiede più che l'eccezione di giudicato sia «dedotta» nel giudizio arbitrale ma solo che il lodo o la sentenza passata in giudicato «sia[no] stat[i] prodotti nel procedimento». Oltre questa considerazione non si può andare: se il contrasto col giudicato non è fatto valere dalle parti come causa di nullità del lodo, questo non può essere rilevato d'ufficio dal giudice dell'impugnazione perché, appunto, oltre la volontà delle parti non si può andare⁽⁵⁷⁾.

Tutta la sentenza muove poi da una errata, o quantomeno superata, considerazione di fondo, che si pone peraltro in aperta contraddizione col concetto stesso di «giudicato arbitrale» sulla quale si fonda, ossia che l'impugnazione per nullità «non si configura come giudizio di gravame, bensì di nullità e quindi si tratta di un giudizio in un unico grado avente ad oggetto la validità del lodo». La stessa sentenza affermativa di quel principio, richiamata dai giudici romani (Cass. civ., 1 luglio 2004, n. 12031), poggia infatti sulla davvero poco contemporanea tesi della natura negoziale dell'arbitrato⁽⁵⁸⁾.

(55) V. F. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., 431, il quale giunge alla medesima conclusione, della non anteriorità logica del lodo passato in giudicato rispetto al secondo giudizio, dalla dipendenza degli arbitri dalle (sole) parti, nel caso qui, instauranti il secondo giudizio.

(56) Cfr. Cass., Sez. Unite, 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810; prima, Cass., Sez. Unite, 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 824 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*.

(57) S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 4, 819 ss., 853; nello stesso senso, V. F. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., 432.

(58) Sul giudicato arbitrale, v. F. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., ss., dove anche richiamata la dottrina classica in tema di giudicato, il quale Autore riconosce l'effetto del giudicato (tra le parti) al lodo arbitrale pur non riconoscendone l'«autorità», anche alla luce di una interpretazione sistematica, oggi forse da innovare considerando le recenti pronunce che hanno investito l'istituto arbitrale tra cui quella che ha travolto l'art. 819-ter c.p.c.; si veda anche, su tale tema, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 155 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità*, Napoli, 2005, 80 ss.

L'impugnazione per nullità configura a tutti gli effetti un giudizio di secondo grado rispetto al *decisum* arbitrale, oltre che un rimedio processuale (e non negoziale)⁽⁵⁹⁾, in cui trova applicazione l'art. 161, comma 1, c.p.c. ⁽⁶⁰⁾. Alla Corte d'appello, innanzi alla quale si propone l'impugnazione, per la stessa struttura del mezzo impugnatorio proprio dell'arbitrato, non è consentito esaminare motivi di nullità diversi da quelli specificamente dedotti dalle parti ⁽⁶¹⁾. Ne consegue che la Corte d'appello, adita dell'impugnazione, non può, anche qualora abbia natura non processuale ma sostanziale (come l'inesistenza o l'inefficacia della convenzione arbitrale), rilevare d'ufficio un vizio diverso da quelli denunciati dalle parti, essendosi questo, *medio tempore*, tradotto in motivo di impugnazione ⁽⁶²⁾. Una non eccessiva ingerenza dei giudici, anche in sede impugnatoria, è del resto coerente con la stessa scelta arbitrale delle parti: ciò che ammette una loro maggiore autoresponsabilità ⁽⁶³⁾.

La tesi sposata dalla sentenza in esame, ossia la rilevabilità d'ufficio dell'inesistenza della clausola compromissoria, di là del caso concreto — in cui credo non configurata, ancor prima, la fattispecie giuridica *de qua* non ponendosi nemmeno il dubbio circa l'esistenza o inesistenza della volontà delle parti di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia — era tuttavia celebrata anche in una serie di pronunce della Suprema Corte nella giurisprudenza ante riforma del 2006, che la stessa sentenza cita ⁽⁶⁴⁾.

Il richiamo a “principi fondamentali” non sembra allora più essere sufficiente a fondare un'impugnazione di lodo per violazione dell'ordine pubblico: del resto, il legislatore delegato, nell'attuare la delega *in subiecta materia*, non ha mantenuto la

(59) V. cap. I.

(60) Cass., 16 febbraio 2001, n. 2293.

(61) Cass., 15 settembre 2000, n. 12165.

(62) F AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, cit., 1599, con richiamo a Cass., 14 luglio 1983, n. 4832.

(63) Nel caso in esame, del lodo impugnato veniva contestata, e rimessa a giudici superiori, non già la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri, poi rilevata d'ufficio (senza che vi fossero *altri* interessi da tutelare oltre quelli delle parti) ma l'ingiustizia nel calcolo del prezzo di conguaglio, avendo l'impugnante principale interesse, dopo l'accertamento della nullità del lodo, a una nuova determinazione (al rialzo) di quel prezzo e l'impugnante incidentale a una pronuncia sull'*an* di quel prezzo (o il medesimo interesse dell'impugnante principale ma di segno opposto), e non a una pronuncia meramente ablatoria giustificata sull'asserita assenza di clausola compromissoria.

(64) Anche una recentissima sentenza della Suprema Corte, Cass., Sez. Unite, 8 ottobre 2014, n. 21215, ribadisce quel principio con riferimento a una fattispecie concreta cui era applicabile *ratione temporis* l'art 829 c.p.c. nella sua precedente formulazione.

formula del delegante limitando la controllabilità del lodo «al contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» — riecheggiando peraltro, tale espressione, quella utilizzata dal legislatore nell'art. 339 c.p.c. a proposito dei motivi d'appello nei confronti delle sentenze equitative del giudice di pace ⁽⁶⁵⁾ — ma alla «contrarietà all'ordine pubblico» che è formula non equivalente ⁽⁶⁶⁾.

Col chiaro messaggio, lasciato dalla Corte d'appello milanese, che se le parti (che hanno, in arbitrato, questo potere pur ponendosi il suo esercizio in antitesi rispetto alla stessa scelta arbitrale), dopo il 2006, intendono garantire alla pronuncia arbitrale più ampie possibilità impugnatorie, con la previsione di un riesame nel merito da parte dei giudici, devono espressamente prevedere, sin dalla clausola, la possibilità di impugnare il lodo per violazione delle regole di diritto e/o, coerentemente, non lasciare agli arbitri la possibilità di correzione di queste per via dell'equità, non «svaporando» esse stesse le possibilità impugnatorie.

(65) Come formulato tenendo conto dell'insegnamento della Corte Cost. nella sentenza 6 luglio 2004 n.206 che ha dichiarato l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 113 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi «informativi» della materia pur tuttavia richiamando il legislatore, nella norma succitata, principi «regolatori». V. anche Cass., 11 gennaio 2005, n. 382. Pur non essendo gli arbitri, chiamati a giudicare seconda equità, soggetti a tali principi «regolatori» in quanto non obbligati *ex lege* a decidere secondo equità (ma su mandato delle parti) e non “soggetti soltanto alla legge”, tuttavia la succitata sentenza della Corte forse pone il giusto limite alla discrezionalità anche degli arbitri perché se il giudizio di equità non può essere un giudizio extra-giuridico nelle liti di scarso rilievo (come da monito della Corte cost.), a maggior ragione non dovrebbe esserlo nell'arbitrato dove le questioni sono più complesse e di valore ben superiore. V., in questo senso, C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi, Milano, 2006*, in part. 360 ss., la quale, tuttavia, dopo una profonda analisi del concetto di equità (concludente nel senso dell'insensatezza nichilistica di tale concetto), esclude anche questa seppur minima forma di oggettivizzazione. Torna poi anche qui il problema della totale (im)prevedibilità del processo arbitrale, qui sotto il profilo sostanziale, v. G. COSTANTINO, cit., nota 42.

(66) Così, F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2, 2007, 199; contra S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo*, cit., 858 ss.

CAPITOLO TERZO

L'ART. 829, COMMA 2, C.P.C.: OBBLIGO DI BUONA FEDE E LIMITI

ALL'IMPUGNAZIONE DEL LODO ARBITRALE

§.8. L'art. 829, comma 2, c.p.c. e l'onere di eccezione nei singoli motivi di impugnazione. – §.9. L'estensione applicativa dell'art. 829, comma 2, c.p.c. [...].– §.9.1. (segue): alla violazione del principio del contraddittorio. – §.10. Buona fede negoziale o coerenza processuale? – §.10.1. La conferma processuale della coerenza di un principio di coerenza. – §.11. L'inammissibilità dell'impugnazione come sanzione. §.12. Abuso del processo (cenno). – §13. L'*estoppel* di diritto francese.

§.8. L'art. 829, comma 2, c.p.c. e l'onere di eccezione nei singoli motivi di impugnazione.

Si è fatto cenno, nel capitolo precedente, al tema dell'autoresponsabilità delle parti in arbitrato, autoresponsabilità che deriva dalla stessa scelta delle parti a favore dell'arbitrato, e dunque dal fondamento negoziale dell'arbitrato ⁽¹⁾, e che ha tra i suoi

(1) Se è vero infatti che molto più spesso conviene esaltare la giurisdizionalità dell'arbitrato, talvolta può convenire esaltarne le fondamenta negoziali. Così, L. CADIET, *La renonciation à se prevaloir des irregularités de la procedure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 1996, 3 ss., in qualche modo anticipatore della norma francese di cui all'art. 1466 *CPC* introdotta dall'ultima riforma, dove è trasposto il principio della *renonciation à se prevaloir des irregularités* delineato dall'a. e gemella di quella di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c. È acceso e recente anche il dibattito della dottrina italiana sui doveri delle parti nel processo, sulla coerenza e sulla buona fede processuale, come rinnovato è l'interesse per l'abuso «del» processo da parte di recente giurisprudenza, dibattito che proverò, col presente studio, a calare nel contesto arbitrale col suo fondamento negoziale, non resistendo alla «tentazione di ricorrere alla figura dell'abuso o ad altre ad essa affini (venire contra factum proprium; Verwirkung)» anche nel campo dell'arbitrato che « neppure è immune »: così, C. CONSOLO, *Note necessariamente divergenti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'« abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1284 ss., il quale appunto accenna al tema nominando l'*estoppel* e l'*interdiction de se contredire au détriment d'autrui*; per il dibattito sull'abuso del processo della recente dottrina italiana si v. AA.VV., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII convegno nazionale (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, in *Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012, *passim*; ma anche il quaderno più recente su *Etica del processo e doveri delle parti. Atti del XXIX convegno nazionale (Genova, 20-21 settembre 2013)*, in *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2015, *passim*; M. F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, *passim*, dove anche lì una comparazione con il sistema francese; ID., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio Critico*, Napoli, 2015, *passim*, dove un'analisi sistematica dell'argomento dell'abuso del processo (anche di quello amministrativo, la cui giurisprudenza ha recentemente rivalutato l'argomento della «non

effetti quello di ridurre al minimo l'intervento officioso, a livello di eccezione (come quella di precedente giudicato, esaminata nel capitolo precedente) del giudice, nell'ambito del giudizio sull'impugnazione per nullità del lodo, quindi di limitare (l'ammissibilità di) tale impugnazione.

Nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, il legislatore, con una norma di carattere generale, avverte che «[l]a parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo» (art. 829, comma 2°, c.p.c.)⁽²⁾. L'impugnazione verrebbe infatti dichiarata inammissibile, dove l'inammissibilità discenderebbe esattamente dalla verifica dell'insussistenza di tale condizione ⁽³⁾.

Prima di questa generale disposizione, la logica della preclusione processuale e così quella della decadenza, e conseguenti oneri di eccezione, caratterizzano già i singoli motivi di impugnazione ⁽⁴⁾: si legge infatti al n. 1 che l'impugnazione per nullità è sì ammessa se la convenzione d'arbitrato è invalida, ma «ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma» e cioè purché l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato siano «eccepi[te] nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri»; al n. 2, che il lodo è sì impugnabile «se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del [...] titolo [VIII]», ma «purché la nullità sia stata dedotta nel [corso del] giudizio

contraddizione» a sostegno dell'inammissibilità) e un'analisi comparativa con altre clausole generali come la buona fede e l'*exceptio doli generalis*.

(2) Su questa norma, introdotta dalla novella del 2006 con l'obiettivo di razionalizzare le ipotesi di impugnazione per nullità anche sancendo uno stretto legame tra il comportamento processuale delle parti nel corso del procedimento arbitrale e l'impugnazione, v. S. MENCHINI, *L'impugnazione del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, pp. 524 e 546; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 238 ss.; ID, sub art. 829 c.p.c., in *Commentario c.p.c.*, diretto da P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2013, p. 772 ss. Per una recente applicazione pratica della norma, v. App. Milano, sez. I, 1° luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 172 ss., con nota di E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello*; anche in *Riv. arb.*, 2015, p. 83 ss., con nota di M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1°, n. 4: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, dove anche un'analisi dell'estensione applicativa della succitata norma.

(3) V. *infra* § 11 sull'inammissibilità dell'impugnazione.

(4) Per una nozione di preclusione e di decadenza, v. G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2012, I, p. 252.

arbitrale»; al n. 4 che il lodo è impugnabile se «ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato», ma «ferma la disposizione dell'articolo 817, [terzo] comma», ossia purché la parte impugnante già «nel corso del procedimento arbitrale» abbia eccepito «che le conclusioni delle altre parti esorbita[va]no dai limiti della convenzione d'arbitrato»; che, ancora, il lodo è impugnabile se «è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito», ma «salvo il disposto dell'articolo 821» e cioè salvo che la parte impugnante, prima della deliberazione del lodo, «abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende[va] far valere la loro decadenza»; che il lodo è impugnabile «se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità» «e la nullità non [sia] stata sanata»; che il lodo è sì impugnabile se «contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti», ma «purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento» ⁽⁵⁾.

Da tale quadro normativo emerge come il legislatore abbia voluto tanto dettare specifiche condizioni di ammissibilità dei singoli motivi di impugnazione, ma anche affermare positivamente, non lasciandolo alla via interpretativo-sistematica, un principio generale che, come tale, deve ispirare l'intera disciplina dell'impugnazione ⁽⁶⁾: se il vizio di nullità denunciato in sede di impugnazione è stato procurato dalla

(5) Sugli oneri di eccezione, deduzione e produzione di cui ai singoli motivi di impugnazione, su modalità e termini di detti adempimenti, v. E. MARINUCCI, *op. cit.*, 17 ss.; ID., sub art. 829 c.p.c., cit., p. 772 ss.

(6) Verrà definito *infra* (n. 5) principio «di coerenza» o di «non contraddizione» che principio è. Cfr. in generale, sul principio di coerenza nel processo, F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, intervento a convegno, Milano, 17 ottobre 2014, il quale, definendolo, con un richiamo ad Aristotele (Libro IV della *Metafisica*), «il più sicuro di tutti i principi», non ne ha rivelato la validità anche nell'ambiente del processo, ma ne ha dimostrato la vigenza (v. *infra* § 10.1.) e le conseguenze. La natura di «principio» dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. spiegherebbe il non allineamento tra detta «norma» e quelle immediatamente precettive dettate dai singoli motivi (ad esempio quella dettata nel motivo n. 1 che impone l'opposizione dell'eccezione di invalidità della convenzione d'arbitrato «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri», quindi in un momento più esatto rispetto a quello indicato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c.). Il principio consente anzi di integrare alcuni motivi essendone questi ultimi espressione: ad esempio, il motivo di cui al n. 2 che impone la deduzione della nullità derivante dal vizio di nomina degli arbitri «nel giudizio arbitrale», così il vizio di nomina deve essere dedotto nei primi scritti difensivi e solo dalla parte che non abbia effettuato la nomina. In questo senso, già, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 648. *Contra* la giurisprudenza ante-riforma: Cass., sez. I, 3 giugno 2004, n. 10561, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2920; Cass., sez. I, 14 febbraio 2003, n. 2208, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1054. Così, anche per il motivo di cui al n. 4 che consente di far valere che il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato solo se è

stessa parte denunciante, o non è stato eccepito nel corso del procedimento arbitrale, o vi è stata rinuncia (sempre, s'intende, nel corso del procedimento, e non già prima, visto che, ai sensi dell'art. 829, comma 1°, c.p.c., l'impugnazione è ammessa di là di ogni «preventiva» rinuncia)⁽⁷⁾, questo non può convertirsi in motivo di impugnazione.

La norma individua dunque tre diverse situazioni, prevedendo, tuttavia, al loro verificarsi, il medesimo effetto processuale dell'inammissibilità dell'impugnazione (*rectius*, il non potere impugnare il lodo): che lo stesso impugnante abbia dato causa al motivo di nullità, che vi sia stata rinuncia a far valere la nullità, che la nullità non sia stata eccepita nei modi e nei tempi previsti dai singoli motivi di impugnazione ⁽⁸⁾.

§.9. L'estensione applicativa dell'art. 829, comma 2, c.p.c.

L'ambito applicativo del principio affermato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c. è esteso, per sua stessa natura, a tutte le nullità del lodo, caratterizzando l'impugnativa nel suo complesso. Resta inteso che non può estendersi a quelle nullità che hanno colpito direttamente e solo il lodo arbitrale, non potendo queste sopportare oneri di eccezione nel corso del procedimento ⁽⁹⁾: per tutte le altre il principio sancito al comma 2° dell'art. 829 c.p.c. dovrebbe, proprio per la sua essenza e caratteristica di

stata sollevata la relativa eccezione «nel corso dell'arbitrato»: l'applicazione del principio *de quo* consente di concludere che la parte contro la quale la domanda esorbitante è proposta deve opporre tempestivamente l'eccezione, prima di difendersi nel merito della stessa, pena l'inammissibilità dell'impugnazione per il medesimo motivo (oltre che l'impugnazione non può essere proposta dalla stessa parte che ha proposto la domanda: v., anche ante riforma del 2006, C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, 219; E. ZUCCONI GALLI FONSENCA, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2008, 725.

(7) Così, E. MARINUCCI, *op. cit.*, 239.

(8) Il secondo e il terzo sono meccanismi l'uno di rinuncia, l'altro di rinuncia implicita (quindi, questo secondo, di acquiescenza) più che di sanatoria, che si ritrova solo nel motivo n. 7, a tenore del quale il lodo è impugnabile «se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espresa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata». V. *infra*.

(9) Così, C. CONSOLO, *op. cit.*, 547; S. MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 855. Si percepiscono col lodo l'extrapetizione (n. 4, seconda parte), la nullità del lodo carente dei requisiti di legge (n. 5), la nullità del lodo che accerta sussistente un presupposto processuale impediente in realtà non sussistente (n. 10), la nullità del lodo che contiene disposizioni contraddittorie (n. 11) e la nullità del lodo viziato da infrapetizione (n. 12). Potrebbe percepirsi solo con lodo (*rectius*, dalla sua lettura) anche la sua tardività e in questo caso non potrebbe richiedersi l'adempimento di cui all'art. 821, comma 2°, c.p.c. (ossia la notifica, all'altra parte e agli arbitri, che si intende far valere la decadenza degli arbitri) a pena di inammissibilità dell'impugnazione. Così, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 158.

generalità, anche in mancanza di una espressa (speciale) previsione e dell'espressa indicazione di termini e modalità di eccezione o deduzione, trovare applicazione, caratterizzando l'impugnativa in generale ⁽¹⁰⁾. Così, la natura di principio, e non di mera regola, è insita nella sua stessa riaffermazione accanto alle indicazioni di cui ai singoli motivi di impugnazione ⁽¹¹⁾.

Per espressa previsione normativa, c'è un onere d'eccezione o, a seconda dei casi, deduzione, delle nullità di cui ai nn. 1, 2, 4, prima parte, e 6 (convenzione d'arbitrato invalida, e finanche inesistente, salvo il caso di controversia non arbitrabile, nomina degli arbitri non conforme alla volontà delle parti e alla legge, lodo *extra compromissum*, lodo pronunciato oltre il termine), perché queste possano convertirsi in motivi di impugnazione; ancora per espressa previsione normativa, c'è un onere di produzione per il motivo di cui al n. 8 (lodo contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a sentenza passata in giudicato); e, al motivo n. 7, è indicato un meccanismo di sanatoria della nullità analogo a quelli previsti dagli artt. 156 ss. c.p.c. (per raggiungimento dello scopo o per convalidazione soggettiva a séguito di mancata deduzione del vizio nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso).

Quali casi residuano, allora, eccettuando quelli in cui l'onere di eccezione è confermato nel singolo motivo e quelli percepibili solo con lodo? L'incapacità d'agire dell'arbitro che ha pronunciato il lodo e la violazione del principio del contraddittorio, di cui ai motivi nn. 3 e 9. La gravità dei vizi lì indicati induce una parte della dottrina a ritenere che per quei vizi non possa trovare applicazione un meccanismo di sanatoria, sostanziosamente, quei difetti, in nullità assolute e, come tali, non sanabili ⁽¹²⁾. Estranei all'ambito applicativo del principio di cui all'art. 829,

(10) Alla medesima conclusione, sia pur non affermando che si tratti di principio applicabile in tutti i casi, giunge L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 912, per la quale la previsione del comma 2° dell'art. 829 c.p.c. «vale [...] con riferimento alle sole ipotesi che non hanno specifica regolamentazione».

(11) Per C. CONSOLO, *op. cit.*, 548, il ribadito, principio «in un ottica di massima protezione del lodo, vuole probabilmente imporre [...] che la deduzione con cui la parte reagisce alla violazione della norma processuale deve essere pressoché subitanea».

(12) Nel senso che la violazione del principio del contraddittorio *non* è subordinata alla preclusione di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c., «in ragione della natura assoluta della nullità cui detta violazione dà luogo», E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione*, cit., 179. *Contra*, quindi nel senso del testo (ossia della estensione applicativa dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. alla violazione del contraddittorio), L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 912; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, cit., 762,

comma 1°, c.p.c. sarebbero anche la nullità del lodo che ha deciso su materia non arbitrabile e la nullità del lodo contrario all'ordine pubblico, e ciò in ragione del dato positivo: l'onere di eccezione di cui al n. 1, infatti, col richiamo all'art. 817, comma 2°, seconda parte, c.p.c., fa salvo il caso di controversia non arbitrabile (isolando, la norma da ultimo citata, questa causa di invalidità della convenzione arbitrale dalle altre)⁽¹³⁾ e l'art. 829, comma 3°, c.p.c. ammette l'impugnazione delle decisioni arbitrali per contrarietà all'ordine pubblico «in ogni caso» (e non solo, nonostante qualunque «preventiva» rinuncia), violazione che, come quella delle regole di diritto relative al merito della controversia, è riconducibile solo alla fase deliberativa, così potendo affiorare solo con la decisione arbitrale e non prima ⁽¹⁴⁾.

§.9.1. (segue): alla violazione del principio del contraddittorio.

Il rispetto del principio del contraddittorio da intendere — come ricorda, nel porre un limite alla volontà delle parti, l'art. 816-*bis* c.p.c. ⁽¹⁵⁾ — nel senso che

pur riconoscendo la «severità» della norma. Non mi occuperò nel presente lavoro del motivo di cui al n. 3, quindi del motivo con cui si fa valere l'incapacità dell'arbitro stante la sua residualità applicativa, ma del solo, e più frequentemente invocato, motivo della mancata osservanza del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale. Tuttavia, non vi sono ragioni per escludere tale motivo dall'applicazione del principio qui in considerazione, anche per le ragioni che si spiegheranno *infra*. Così G. BARBIERI, E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, p. 346; solleva il dubbio G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 158. *Contra* E. MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., p. 806, per la quale anche in questo caso il lodo sarebbe addirittura inesistente, oltre che, va da sé, il requisito dell'incapacità insuscettibile di implicita rinuncia. Per E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 607, *ante* riforma il motivo n. 3 non richiedeva «sicuramente» preventivo rilievo, mentre dopo il 2006 (ID., *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, 723), l'a. non è dello stesso avviso riconoscendone la sostanziale «disponibilità» tenuto conto appunto della *ratio* della norma che è quella di impedire alle parti di sollevare, a fini dilatori, le irregolarità, oltre che sulla considerazione del rigore con cui, dopo la novella del 2006, vanno individuate le ipotesi di inesistenza del lodo.

(13) Isolamento da cui si può ricavare (solamente) che l'eccezione di non arbitrabilità della controversia può essere sollevata senza limiti di tempo, ma non l'*inesistenza* del lodo reso su controversia non arbitrale. Così, V. ANDRIOLI, *Commento*, IV, cit., 910; F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, 148 nota 228; BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, 539; *contra* E. MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., 785. Nel senso che la (distinta) eccezione di inesistenza della convenzione d'arbitrato è soggetta alla preclusione *de qua* anche MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., 793.

(14) Anche letteralmente, il comma 2° dell'art. 829 c.p.c., ha ad oggetto, «la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale». Cfr. L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 911.

(15) V., per una recente applicazione, Cass., sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28660, in *banca dati Pluris*, cui la Corte precisa, sul principio de contraddittorio sancito dall'art. 816-*bis* c.p.c., che «non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce [...] implica una concreta

devono essere concesse alle parti, nel corso del procedimento arbitrale, ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa (almeno nell'ambito del motivo di cui al n. 9, qui in esame)⁽¹⁶⁾, è elemento stesso del processo, ordinario o arbitrale che sia, con la differenza che in arbitrato non ci sono forme (per lo più preclusive) predeterminate e atte a garantirlo: infatti queste sono lasciate nella disponibilità delle parti. Tuttavia, non essendo il contraddittorio un principio disponibile, a differenza delle forme tramite cui assicurarne il rispetto, e considerata la sua riconducibilità entro l'ordine pubblico processuale, la sua violazione non sarebbe passibile di rinuncia o sanatoria. Tale argomento, tuttavia, non convince.

Definire il rispetto del contraddittorio un principio di ordine pubblico processuale, protetto da garanzia costituzionale ⁽¹⁷⁾, non vale *ex se* ad escludere l'applicazione di una preclusione dettata per il particolare ambito arbitrale, dove è cogente un principio di autoresponsabilità di derivazione sostanziale ⁽¹⁸⁾. A sostegno

compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, nel procedimento arbitrale (come in quello ordinario) aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio non ha un rilievo meramente formale, ma consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa». In applicazione di tale principio, la s.C. ha rigettato il ricorso con il quale una parte sosteneva che l'altra avesse modificato le proprie domande nel c.d. «foglio conclusioni» introducendo nuovi temi, i quali, invece, erano stati ampiamente discussi davanti agli arbitri.

(16) Il principio del contraddittorio cui fa riferimento il motivo di impugnazione di cui al n. 9 («se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio») è infatti quello «dinamico», nel senso del testo, e non quello statico derivante dalla mancata partecipazione al processo del soggetto nei cui confronti il giudice deve decidere; infatti in questo secondo caso la mancata attuazione del contraddittorio integra una questione processuale impediente, riconducibile al motivo di cui al n. 4 («il lodo [...] ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso») con esito, in questo secondo caso, solo rescindente del giudizio di impugnazione, e per il quale non v'è un onere di eccezione essendo il vizio, derivante dalla violazione di questo principio del contraddittorio, percepibile solo con il lodo. Così E. MARINUCCI, *op. cit.*, 155 ss. Sulla distinzione, cfr. L. P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 5 ss.

(17) Costituzione che comunque lo sancisce all'art. 111 cost. del Titolo IV dedicato a «[l]a Magistratura», che non vuol dire che non sia principio cui deve soggiacere anche il procedimento arbitrale, ma che questo non è valore finale bensì strumentale all'attuazione dell'inviolabile diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2°, cost. cui soggiace l'arbitrato.

(18) *Contra* E. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 22. Per una applicazione pratica, v. App. Milano, 1° luglio 2014, cit., in cui la Corte d'appello ha dichiarato la censura di nullità del lodo pronunciato per violazione del principio del contraddittorio *ex art. 829, comma 1°, n. 9, c.p.c.* «inammissibile, ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c.», estendendo dunque l'ambito applicativo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c., alla deduzione della violazione del principio del contraddittorio come motivo di impugnazione. La violazione del contraddittorio, in quel caso, derivava dalla mancata enunciazione, in un arbitrato di equità, dei criteri di giudizio cui gli arbitri si

della sua estensione applicativa viene allora l'argomento «negoziale» della buona fede che consente di far prevalere qui le origini contrattuali dell'arbitrato sulle sue finalità giurisdizionali, evitando l'uso strumentale della nullità del lodo. Se le parti in arbitrato hanno il potere di determinare le norme che regolano il procedimento, hanno anche l'onere, tutto sommato sopportabile, di rilevarne tempestivamente le irregolarità procedurali, non appena (e se) percepibili, anche quelle che derivino dalla violazione del principio del contraddittorio, che quelle medesime regole, peraltro, dovrebbero essere tese ad evitare.

Del resto, l'autoresponsabilità, come concetto giuridico, si accompagna all'autonomia e l'autonomia (negoziale) è il fondamento stesso dell'arbitrato, così l'onere processuale, dalla cui trasgressione deriva l'autoresponsabilità, è dilatato in arbitrato, come dimostrano le norme succitate e la disciplina dell'impugnazione nel suo complesso⁽¹⁹⁾. La tentazione di non sollevare in via subitanea l'irregolarità per sollevarla solo se soccombenti e in un momento successivo, che può essere la fase d'impugnazione o quella di (opposizione all') esecuzione, è forte: enfatizzare l'aspetto contrattuale dell'arbitrato per impedire tale «abuso», accettando dei meccanismi di sanatoria, e distanziando il procedimento arbitrale dal processo ordinario, può allora essere una soluzione⁽²⁰⁾.

Il legislatore, con l'affermazione di tale principio, ha fatto apertamente prevalere l'essenza privatistico-negoziale dell'arbitrato, e gli interessi delle sole parti, sulla sua finalità pubblico-giurisdizionale, di interesse generale (a un procedimento rispettoso dei principi cardine del processo). In fondo, dunque, come correttamente concluso⁽²¹⁾, sta proprio qui il nodo della questione: nell'essenza stessa dell'arbitrato, nei margini di autonomia negoziale lasciata alle parti.

sarebbero attenuati nel decidere la lite con conseguente impossibilità per le parti, asseriva l'impugnante, di svolgere adeguatamente, nel corso del procedimento arbitrale, le proprie difese.

(19) Non ricollega il divieto di *venire contra factum proprium*, di cui è espressione l'art. 157, comma 3°, c.p.c., nonché la norma qui in commento, al principio di autoresponsabilità, S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, 979 ss., il quale a. ricerca l'origine e fa un'analisi dell'autoresponsabilità nel contesto processuale. V., anche, G. TROPEA, *op. cit.*, 626, per il quale l'art. 157, comma 3°, c.p.c. è espressione di quel principio.

(20) V. *infra* § 12 sull'argomento dell'abuso processuale.

(21) L. CADIET, *La renonciation*, cit., 8.

§.10. Buona fede negoziale o coerenza processuale?

Il principio chiaramente affermato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c., ma che potrebbe ricavarsi anche dal sistema stesso dell'art. 829 c.p.c., quindi la sua estensione applicativa, viene allora dalle origini negoziali dell'arbitrato e dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede che grava sui paciscenti. E se quest'obbligo cessasse con l'emanazione del lodo? Anche se cessasse, non rimarrebbe forse un obbligo, di una — più oggettiva della buona fede — coerenza che il legislatore ha elevato, nel contesto arbitrale, a principio positivo, di cui gli oneri di eccezione e deduzione nei singoli motivi di impugnazione non ne sono che declinazioni?⁽²²⁾.

Un principio di coerenza può infatti essere ravvisato, e così definito, (nel)l'art. 829 c.p.c. che ammonisce con l'inammissibilità l'impugnazione che si manifesti incoerente rispetto a un precedente, nel tempo, comportamento processuale. Così, alla statica, e di derivazione sostanziale, buona fede, dopo l'emanazione del lodo, succede una consequenziale *coerenza*, che ben si confà a un contesto più dinamico come quello processuale dell'impugnazione per nullità o dell'esecuzione⁽²³⁾.

Nell'arbitrato quel principio è esaltato dall'autoresponsabilità delle parti (che da sé sola non sarebbe tuttavia sufficiente a rendere inefficace l'atto d'impugnazione incoerente rispetto al precedente, nel tempo, mancato esercizio del potere di eccezione), il cui fondamento si ritrova proprio nelle origini negoziali dell'arbitrato: è insomma la dimensione contrattuale a giustificare l'esistenza a livello di diritto positivo. L'oggettività del dovere di agire razionalmente nel processo, quindi il divieto di *venire contra factum proprium*, che l'art. 829 c.p.c. manifestamente afferma per l'arbitrato, e la reazione dell'ordinamento (che di séguito si esaminerà), sono in linea, del resto, con la razionalità che è sottesa alla stessa «scelta arbitrale» come *accordo* razionale alla creazione di un mezzo per eliminare un conflitto insorto,

(22) Interrogativi che si è posta e cui ha risposto la dottrina francese proprio nominando un *principe du cohérence*: v. P. PINSOLLE, Nota a Cass., 1re civ., 6 juillet 2005, n. 01-15912, in *Rev. arb.*, 2005, 994 ss.; L. CADIET, *La renonciation*, cit., 37; più recentemente, v. D. HOUTCIEFFE, *Principe de cohérence*: «*Au commencement était le verbe*», nota a Cass., 1re civ., 24 septembre 2014, n. 13-14.534, in *Jur. class. pér. sem. jurid.*, 2014, 1141 ss. Nella dottrina italiana, in generale sul principio di coerenza, v. F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza*, cit., *passim*.

(23) Così, L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis Droit, 2014, 641 ss., per i quali questo principio si traduce in quello dell'*estoppel*, oggi trasposto nell'art. 1466 c.p.c. (v. *supra* nota 1).

ma anche con quel «senso razionalizzatore» che dovrebbe aver impresso il legislatore delegato alla disciplina e ai motivi di impugnazione del lodo ⁽²⁴⁾.

§.10.1. La conferma processuale della coerenza di un principio di coerenza.

E se la visuale del mio argomentare, che forza l'obbligo di buona fede è quella del diritto sostanziale ⁽²⁵⁾, dalla prospettiva processuale viene la conferma, conferma che del resto è insita nella stessa selezione di un principio ulteriore (a quello di buona fede) come quello di coerenza: l'art. 829, comma 2°, c.p.c. è infatti un'applicazione diretta dell'art. 157, commi 2° e 3°, c.p.c., in tema di nullità degli atti processuali, il cui ambito applicativo è generale, come generale è l'ambito applicativo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. ⁽²⁶⁾. La vigenza di un principio generale di coerenza (o di non contraddizione) è, in fondo, provata dalla coerenza di alcune norme fondamentali, quali gli artt. 157, ult. cpv., («[l]a nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente») e 329, 1° comma. («[...] l'acquiescenza risultante da accettazione espressa o da atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge ne esclude la proponibilità»)⁽²⁷⁾, le stesse che si rinvengono, sia pur declinate per il contesto arbitrale, nell'art. 829, commi 1° e 2°, c.p.c.

Sulla sanabilità (a certe condizioni, quelle dettate appunto, nella materia arbitrale, dall'art. 829, comma 2°, c.p.c.) di un vizio astrattamente insanabile come

(24) V. *supra* nota 2, dove un cenno alla legge delega (l. 14 maggio 2005, n. 80) del d.lgs. n. 40/2006 introduttivo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c., che indicava tra i principi guida la «la razionalizzazione delle ipotesi [...] esistenti di impugnazione per nullità» nonché alle intenzioni del nuovo legislatore delegante di «razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale» di cui alla «[d]elega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», testo presentato alla Camera dei deputati in data 11 marzo 2015 (atto n. 2953/C/XVII). La stessa «razionalizzazione» è richiesta dal recente d.d.l. 11 marzo 2016, n. 2284, «Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile».

(25) Da cui altre conferme (ma anche smentite: si pensi al caso del donante che, a fini restitutori, può far valere la nullità della donazione che egli stesso ha realizzato) possono venire, di là della clausola generale di cui all'art. 1375 c.c. Ad esempio, dall'art. 1421 c.c. a norma del quale «[l]a nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa», o dall'art. 1362, comma 2°, c.c. che impone di «valutare il [...] comportamento [...] anche posteriore [alla conclusione del contratto]», che sottendono un principio di coerenza. V. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium: divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, *passim*.

(26) Nel senso che l'art. 829, comma 2°, c.p.c. è un'applicazione diretta dell'art. 157, commi 2° e 3°, c.p.c., C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 524 e 546; nello stesso senso S. MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 854

(27) Così. F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza*, cit., *passim*.

quello derivante dalla violazione del principio contraddittorio, sancita dall'art. 158 c.p.c., la suprema Corte ha chiarito che la violazione del contraddittorio, desumibile entro il motivo n. 9 dell'art. 829, comma 1°, c.p.c. non è rilevabile «se l'atto ha egualmente raggiunto lo scopo di instaurarne uno regolare o se comunque l'inosservanza non ha causato pregiudizio alla parte»⁽²⁸⁾. Come in generale, e fuori dal contesto arbitrale, vale il principio per cui l'omessa inosservanza del contraddittorio «non sfugge alla preclusione del giudicato e quindi si adegua al principio generale dell'art. 161, comma 1°, c.p.c., obbligando l'interessato ad eccepirlo o a dedurla soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi d'impugnazione, tipicamente esperibili nei confronti della pronuncia decisoria»⁽²⁹⁾.

Il legislatore del 2006, con l'art. 829, comma 2°, c.p.c., nel confermare un principio desumibile dal sistema, ne ha, nel campo dell'arbitrato, enfatizzato la portata ed esteso l'ambito applicativo (anticipando l'obbligo di eccezione/deduzione — dalla fase impugnatoria — al procedimento arbitrale) proprio in considerazione del fondamento negoziale dell'arbitrato, vale a dire del vincolo di fedeltà, cooperazione e collaborazione, che non corre tra i soggetti protagonisti del processo, se non blandamente dall'attuazione del principio del contraddittorio⁽³⁰⁾, ma che corre tra le parti di un contratto⁽³¹⁾.

§.11. L'inammissibilità dell'impugnazione come sanzione.

L'incoerenza processuale è allora sanzionata con l'inammissibilità, cioè con una sanzione che non colpisce la parte ma l'atto e che, nel contesto

(28) Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 2201, in *banca dati Pluris*.

(29) Cass., sez. II, 24 maggio 2000, n. 6808, in *Giur. it.*, 2007, 1, 718 ss., con note di DIDONE e A. SALETTI. La conclusione cui sono giunta su questo punto può tuttavia essere smentita dalla lettura combinata dell'art. 158 c.p.c. e dell'art. 397 c.p.c.: la non assoggettabilità del lodo alla revocazione del p.m., coerente con l'impossibilità di intervento del p.m. nel procedimento arbitrale, infatti, lascia «incompiuta» la regola di cui all'art. 158 c.p.c., con conseguente ingiustificata disomogeneità di trattamento tra lodo e sentenza. Così, G. RUFFINI, «Efficacia di sentenza» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, in *Riv. arb.*, 2000, 465 nota 19.

(30) V. L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 564 ss., spec. p. 564 s.

(31) E che, con riguardo all'arbitrato, corre tra le parti e tra le parti e gli arbitri avuto riguardo a entrambi i rapporti contrattuali che lo fondano. Cfr. G. TROPEA, *op. cit.*, 244, il quale adduce, quale argomento a sostegno della sua tesi (critica nei confronti dell'argomento dell'abuso del diritto, v. *infra* nota 33), proprio l'assenza di tale «vincolo di fedeltà» nel processo, argomento che qui uso a contrario.

dell'impugnazione per nullità *ex art.* 829 c.p.c., non presuppone una valutazione discrezionale del giudice circa la manifesta infondatezza della censura, ma l'accertamento di un requisito oggettivo, l'aver mancato di sollevare la relativa eccezione del corso del procedimento, salvaguardando il principio di tassatività delle nullità⁽³²⁾.

Del resto, l'impugnazione per nullità stessa «è [essa stessa] ammessa» solo per motivi di rito e così l'inammissibilità, da cui viene la chiusura in rito dell'impugnazione, è una sanzione del tutto in linea con l'impianto processuale dello strumento impugnatorio⁽³³⁾. Se in generale infatti si tende a sminuire i problemi di

(32) Soggettivismo e discrezionalità caratterizzano, ad esempio, e come termine di paragone, l'«inammissibilità» dell'art. 360-*bis* c.p.c. Sull'inammissibilità dell'impugnazione per nullità in generale, v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo*, Napoli, 2005, 87 ss.

(33) Cfr. M. F. GHIRGA, *Abuso del processo*, cit., 45 ss., dove una comparazione con l'ordinamento francese e la sua *irrecevabilité*; si v., anche lì richiamato, L. CADIEU, *La sanction et le procès civil*, in *Mélanges Jacques Héron*, 2008, 128 ss. V. anche riferimenti in nota seguente. Sulla sanzione dell'inammissibilità nel processo amministrativo, usata anche in quel contesto, sia pur in assenza di un dato positivo univoco nel senso dell'«inammissibilità» del ricorso, si legga l'art. 10-*bis* della l. 241/1990 che la dottrina ha interpretato nel senso che il privato non può, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai rappresentate in sede di procedimento pur avendone la disponibilità, v. G. TROPEA, *op. cit.*, p. 462, il quale cita CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, relazione svolta il 23 aprile 2008 al convegno, organizzato dal Consiglio di Stato, in memoria di Feliciano Benvenuti, spec. par. 7, il quale richiama l'istituto dell'*estoppel* (e il divieto di *venire contra factum proprium*) come espressione di abuso del diritto paralizzabile attraverso l'*exceptio doli generalis*. L'accostamento di tali «concetti, argomenti e istituti» per Tropea non è tuttavia accettabile. In giurisprudenza amministrativa di legittimità, v. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 750 ss., con nota di G. BARBIERI, in cui il supremo organo amministrativo ha chiaramente affermato l'incidenza del divieto di abuso del diritto anche nell'ambito processuale riallacciandolo al canone costituzionale di solidarietà e alla buona fede, affermando, su una *quaestio iurisdictionis*, che il ricorrente non può eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel secondo grado di giudizio, dopo averlo adito in primo grado, pena la violazione del principio del divieto di «*venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche». Il Consiglio di Stato richiama Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 (che può leggersi anche in *Giur. it.*, 2008, IV, 929 ss.) e Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 (che può leggersi in *Urbanistica e appalti*, 2011, 694 ss., con nota di GALLO), a testimonianza del riconoscimento, nel nostro sistema, di un «generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, divieto che, ai sensi dell'art. 2 cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto». In giurisprudenza amministrativa di merito, v. Tar Puglia, Bari, sez. II, 9 maggio 2002, n. 2269, in *www.giust.it*, che dichiara il ricorso inammissibile per carenza di interesse desumibile dall'acquiescenza preventiva prestata dalla ricorrente al provvedimento impugnato. I giudici amministrativi richiamano l'art. 329 c.p.c. e affermano che «si riscontra [...] il ricorso all'acquiescenza in tutti i casi in cui, nel comportamento del ricorrente, siano rinvenibili elementi che si pongano in contraddizione, o comunque in rapporto di non coerenza con la proposizione del gravame». V. anche Tar Campania, Salerno, sez. II, 19 luglio 2007, n. 860, in banca

rito sull'idea che debbano essere ridotte all'essenziale le ipotesi di nullità formale, nel contesto dell'impugnazione per nullità deve valere esattamente il contrario, da qui la tipizzazione del principio di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c. nei singoli motivi di impugnazione, il «tono» più severo del legislatore e l'allargamento delle possibilità di chiusura in rito del giudizio di impugnazione ⁽³⁴⁾. Nel contesto dell'impugnazione per nullità, infatti, tra nullità e inammissibilità non v'è conflitto — quel conflitto nato in seno al processo ordinario e al suo sistema impugnatorio, come ridisegnato dalle più recenti riforme, che, nel lasciare troppi margini al giudice dell'impugnazione (e alla categoria dell'«inammissibilità»), vulnera il principio di tassatività delle nullità e in generale quello di soggezione del giudice alla legge — ma armonia.

Mi domando a questo punto se l'inammissibilità derivante dalla violazione di quel principio (e non quella derivante dalla astratta riconducibilità del vizio dedotto a uno dei casi tassativamente indicati dalla legge, che è altra questione) sia o non sia rilevabile d'ufficio ⁽³⁵⁾. La risposta deve anzitutto muovere dalla generale premessa che l'impugnazione per nullità lascia poco spazio alla rilevabilità d'ufficio del giudice e la ragione di ciò risiede, ancora, nelle origini negoziali dall'arbitrato, quindi nella struttura stessa dell'impugnazione per nullità che onera le parti della deduzione dei vizi di nullità. Qui tuttavia il giudice rileverebbe d'ufficio non la nullità, ma l'inammissibilità del motivo dedotto dall'impugnante. Il rilievo è dunque diverso e di

dati *De Jure*, in cui è stata dichiarata l'inammissibilità, sempre per carenza di meritevolezza del sotteso interesse, di un ricorso con cui il ricorrente censurava la legittimità di una concessione edilizia rilasciata ai vicini, contestandola sulle medesime ragioni su cui il Comune l'aveva a lui rilasciata (dichiara il Tar «l'inammissibilità della doglianza, piuttosto che per carenza del (processuale) interesse ad agire, per difetto di meritevolezza del (sostanziale) interesse azionato»). Tale giurisprudenza è richiamata e criticata da G. TROPEA, *op. cit.*, 460 ss., il quale, qui in estrema sintesi, critica l'approccio «funzionale» (o «strumentale») del giudice al raggiungimento di un obiettivo (più che all'interpretazione della norma), la strumentalità del processo rispetto al diritto, nonché, coerentemente, critica le tesi della meritevolezza della tutela sfociante in una sanzione dell'atto e non del comportamento.

(34) Cfr. M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2012, 32; nonché, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.

(35) Per quanto a nostra conoscenza, la dottrina italiana non si è posta questo interrogativo con specifico riferimento all'inammissibilità derivante dall'art. 829, comma 2°, c.p.c. In generale, sulla rilevabilità d'ufficio dell'inammissibilità, quella derivante da cause ricavabili dai principi generali (ad esempio per carenza di legittimazione e interesse ad impugnare), v. S. BOCCAGNA, *op. cit.*, p. 60 ss.; App. Roma, sez. III, 19 aprile 2011, in *banca dati Pluris*. In dottrina francese, L. CADIET, *La renonciation*, 38, nel senso del testo.

segno opposto. La risposta può essere che al giudice *non è impedito* dichiarare inammissibile l'impugnazione (perché la parte vi ha rinunciato) e ciò quand'anche sia egli stesso ad averne la percezione.

§.12. Abuso del processo (cenno).

Concludo questa parte del lavoro con una — quasi certamente, semplicistica (considerando la «longevità» e la complessità del tema), ma anche imposta dal tema che qui si è deciso di trattare — riflessione sull'«abuso del processo», argomento su cui la giurisprudenza ha mostrato rinnovato interesse, imposto, si dice, da esigenze di amministrazione della giustizia⁽³⁶⁾. La sua versatilità ci consente infatti di calare l'argomento nel campo dell'arbitrato e dell'impugnazione del lodo⁽³⁷⁾: non abusa *del* processo chi impugna il lodo deducendo un vizio che avrebbe potuto eccepire già nel corso del giudizio arbitrale o a cui egli stesso ha dato causa (anche prescindendo da ogni valutazione sulla quantità di giurisdizione oggi disponibile e sprecabile per l'arbitrato)⁽³⁸⁾?

(36) Per riferimenti in giurisprudenza, v. *supra* nota 33. In dottrina, v. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., 505 ss. e altri riferimenti *passim* nelle note precedenti.

(37) V. nota 1, dove riferimento a C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti*, cit., 1292, per il quale vi è spazio per l'inammissibilità, ma non vi è alcuno spazio per invocare l'«abuso» di poteri processuali, nella vicenda arbitrale e nemmeno in sede impugnatoria. Il tema dell'abuso del processo, legato a quello dell'*estoppel*, nell'arbitrato è peraltro argomento ricorrente e attuale nell'arbitrato internazionale, anche per reprimere comportamenti processuali impeditivi del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi sotto regime della convenzione di New York. V., recentemente, R. NAZZINI, *Remedies at the seat and enforcement of international arbitral awards: res judicata, issue estoppel and abuse of process in English Law*, in *Cont. Asia arb. J.*, 2014, 139 ss.

(38) Credo che un caso emblematico di abuso dello strumento impugnatorio, nel contesto arbitrale, sia quello della parte che ha attivato l'arbitrato e che poi rinneghi, in esito alla lite, la validità della convenzione d'arbitrato, ma anche il caso (meno chiaro) della parte che, convenuta nel giudizio arbitrale, e quindi correttamente raggiunta dalla domanda di arbitrato fondata su convenzione d'arbitrato dalla stessa sottoscritta, non partecipi al procedimento arbitrale (mostrando, magari la stessa parte contrattuale che l'ha «imposta», totale non cooperazione all'esecuzione della convenzione d'arbitrato) mettendo la parte attrice nella condizione di dover sostenere per intero i costi dell'arbitrato e consentendo, pur disponendo dell'eccezione di invalidità della convenzione d'arbitrato (non rilevabile d'ufficio), un giudizio di merito, per poi impugnare il lodo deducendo la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri per inesistenza, invalidità o inefficacia, della convenzione dell'arbitrato. Le preclusioni di cui all'art. 817, comma 2°, c.p.c. deve dunque valere anche per la parte assente mirando, quella stessa preclusione, chiaramente a impedire un abuso dello strumento d'impugnatorio. Così, sia pur non in termini di «abuso», L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 567 ss.; *contra* E. MARINUCCI, *op. cit.*, 82; G. RUFFINI, *sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, 288 ss., per il quale la non consumazione del diritto alla contestazione viene proprio dall'inattività della parte che denota il non favore di questa nei confronti dell'arbitrato e alla quale non può

Una risposta positiva può, ho provato a dimostrare, trovare sostegno, e forse conferma, nella stessa scelta arbitrale e nelle origini negoziali dell'arbitrato. E allora, forse, anche un giudizio sulla «meritevolezza della tutela richiesta», sotteso alla dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione per nullità, può (s)occorrere in questo contesto ⁽³⁹⁾: perché, ancora ragionando a contrario, quel giudizio e quella dichiarazione di inammissibilità — oltre a trovare, questa seconda, appiglio nel diritto positivo (tipizzando, l'art. 829 c.p.c., l'abuso) — non vengono da considerazioni che esulano dal caso concreto, ma esattamente da questo muovono, e non impediscono il controllo di un altro giudice sulla lamentata ingiustizia della decisione, essendo tale controllo, nel contesto dell'impugnazione per nullità, comunque precluso ⁽⁴⁰⁾.

Il richiamo all'*exceptio doli*, nella sua concreta manifestazione di divieto di *venire contra factum proprium*, non è allora un richiamo «retorico» nell'ambito dell'impugnazione per nullità ⁽⁴¹⁾: tali istituti, e così l'argomento dell'abuso del processo, sullo sfondo dell'affidamento reciproco e dell'onere collaborativo delle parti dell'arbitrato, svelano carenza di interesse. Ne consegue che l'inammissibilità dell'impugnazione, come meccanismo invalidativo che opera sull'atto processuale e non sul comportamento può trovare una sua giustificazione in questo contesto.

La severità di una chiusura in rito e l'eccesso di formalismo sono il contraltare — ancora facendo un bilanciamento, con cui anche ho iniziato — di un giudizio arbitrale del tutto privo di formalismi, capace, come tale, di «determinare» una verità

richiedersi di farsi carico delle spese dell'arbitrato per poter sollevare l'eccezione (che è la medesima situazione, come rileva l'a. che aderisce alla tesi qui sostenuta, in cui versa il convenuto nel processo ordinario quando abbia un'eccezione da spendere che solo lui può spendere, quindi non si vede ragione di trattare in modo diverso situazioni simili). L'abuso, cui qui facciamo riferimento, è l'«abuso del processo», forse diverso dall'«abuso della convenzione arbitrale» e del potere della relativa eccezione, che potrebbero (questi) venire in rilievo quando il convenuto, in giudizio innanzi all'a.g.o., sollevi eccezione d'arbitrato inducendo l'attore a trasferirsi nella sede arbitrale, per poi non sostenere i costi del giudizio arbitrale successivamente instaurato, o quando il convenuto in arbitrato sollevi l'incompetenza degli arbitri per invalidità della convenzione d'arbitrato, per poi l'attore aderirvi nel corso del procedimento a seconda del suo andamento istruttorio.

(39) Cfr. M. F. GHIRGA, *Abuso del processo*, cit., 45 ss.

(40) Cfr. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., spec. pp. 515 e 519.

(41) Cfr. G. TROPEA, *op. cit.*, *passim*.

meno «artificiale»⁽⁴²⁾, che è ciò cui dovrebbe tendere il processo e che dovrebbe, va da sé, essere accettata.

§.13. L'estoppel: una definizione di diritto francese.

Nel contesto dell'arbitrato internazionale il principio teso a sanzionare l'incoerenza procedimentale della parte nel corso dell'arbitrato e dopo la pronuncia del lodo è generalmente noto come *estoppel*⁽⁴³⁾.

Definito come «*l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*»⁽⁴⁴⁾, forma uno dei principi generali del diritto del commercio internazionale⁽⁴⁵⁾, assumendo che esista una *lex mercatoria processualis*, e di taluni diritti domestici⁽⁴⁶⁾, del pari del principio del contraddittorio cui viene talvolta associato⁽⁴⁷⁾. Più

(42) Così., V. FERRARI, *Etica del processo: profili generali*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 471 ss., spec. 477 s.

(43) Principio che viene dal *common law* e le cui origini, inglesi, sembrano risalire al XII , e che qui si analizza calandolo in un contesto di *civil law*, come quello francese, di maggiore utilità ai fini della comparazione. Sulla sua storia, v. O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime - Eléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse Lyon III, 1990. Per una definizione della dottrina inglese, v. E. COOKE, *The Modern Law of Estoppel* 2, 1st ed., 2000, dove si legge che *l'estoppel* «is a principle of justice and equity. It comes to this: when a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so». Per una certa dottrina la teoria dell'*estoppel* non è nemmeno esportabile nei sistemi di *civil law* dove esistono concetti simili, ma non omologabili all'*estoppel*, come quelli di buona fede, di abuso del diritto o *venire contra factum proprium* (su cui *infra*): v. B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations*. Kluwer, 2005, 55-56. Si veda anche G. ANSALONI, V. LAFARGE-SARKOZY, *Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs*, in *JCP*, 2012, 780 ss.

(44) E. GAILLARD, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)*, in *Rev. arb.*, 1985, 2, 241 ss.; v. anche, L. CADIET, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 1996, 1, 3 ss., anticipatore della norma francese introdotta dall'ultima riforma su cui *infra*; più recentemente, P. PINSOLLE, *Note à Cour de cassation (Ire Ch. civ.)*, 6 July 2005, in *Rev. arb.*, 2005, 4, 994 ss.; ID., *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international*, *JDI*, 1998, 905 .

(45) Così lo definisce lo stesso Autore. V. nota precedente. L'espressione di «*lex mercatoria processualis*» è di C. KESSEDIAN, *Principe de la contradiction et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1995, 2, 381 ss.

(46) V. art. 1466 *CPC* francese dopo la riforma del 2011 (quella per decreto n. 2011-48 del 13 gennaio 2011). Nel rapporto del Primo Ministro accompagnatorio del decreto, l'*estoppel* viene definito come una «*exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'une partie, celle-ci étant liée par son comportement antérieur et, dès lors, empêchée de faire valoir une prétention nouvelle*». Sul fatto che l'ultima riforma abbia consacrato e positivizzato l'*estoppel*, v. E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique du*

precisamente, in un contributo precursore, l'*estoppel* è stato definito «*l'interdiction faite à la personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son attitude, c'est-à-dire par la représentation qu'elle a pu donner d'une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale*», definizione dove sono esaltati il principio o la teoria dell'affidamento⁽⁴⁸⁾.

Guardando all'ordinamento francese, quel principio è oggi consacrato nell'art. 1466 *CPC* a norma del quale «*[l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir*»⁽⁴⁹⁾, omologo dell'italiano art. 829, comma 2, c.p.c. Il legislatore dell'ultima riforma ha poi, nell'art. 1464 *CPC*, indicato accanto ai principi direttori del processo ordinario, comuni all'arbitrato (sia quello interno che, per rinvio, quello internazionale)⁽⁵⁰⁾, i principi che costituiscono «*l'épine dorsale de la procédure arbitrale*» e tra questi quello di «*loyauté*», di cui l'*estoppel* rappresenta un effetto diretto, come già la giurisprudenza aveva avuto modo di affermare⁽⁵¹⁾. Infatti, dottrina e giurisprudenza erano concordi

décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, in *Cah. arb.*, 2011, 263 ss., 293. Per un commento dalla prospettiva italiana, v. M. DE SANTIS, M. M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico, Parte prima, La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *DCI*, 2011, 4, 958 e, ID., *La riforma francese. Parte seconda*, *DCI*, 2012, 1, 60 ss.

(47) Per esempio da L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2 ed., *Thémis Droit*, 2014, 641 ss.

(48) Sul principio dell'affidamento in Francia e sul suo rapporto con l'*estoppel* nei rapporti di diritto privato, v. D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, in *RIDC*, 2006, 2, 363 ss. Nell'ordinamento italiano tale principio è principio anche dell'azione amministrativa infatti sebbene la dottrina italiana abbia per lungo tempo escluso che il principio di buona fede, su cui poggia quello dell'affidamento, non potesse trovare applicazione con riferimento al diritto amministrativo, oggi la giurisprudenza amministrativa lo ha definitivamente affermato e spunti interessanti, per la tematica qui, vengono proprio dal processo amministrativo la cui dottrina richiama, insieme alla teoria dell'affidamento, quella dell'*estoppel*. V., per tutti, recentemente e criticamente, G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015, 30. Così anche nel diritto amministrativo francese dove il principio dell'*estoppel* si è affermato proprio attraverso il suo avatar del principio dell'affidamento: così, L. CADIET, *cit.*, 25, il quale cita Trib. adm. Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise de transports Freymuth c/ ministère de l'Environnement*, *JCP*, 1995, II, 22474; POMMIER, HEERS, *La sécurité juridique endroit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime ?*, in *RFDA*, 1995, 963 ss.

(49) V. *supra* nota 1.

(50) V. *infra*, sulla mantenuta «*dualité*» dell'arbitrato francese, nota 53.

(51) L'espressione è di E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, *cit.*, 293. Manca nell'ordinamento italiano una norma analoga (a quella francese di cui all'art. 1464 *CPC*, citata

nell'affermare la cogenza di quel principio, distinguendolo tuttavia, anche ai fini di una sua più precisa definizione ed estensione applicativa, dai più classici principi dell'esecuzione del contratto (*rectius*, della convenzione d'arbitrato) secondo buona fede e dai concetti di rinuncia e acquiescenza, pur tutti questi meccanismi sanzionando comportamenti processuali incoerenti.

L'*estoppel* in Francia è stato affermato per la prima volta dalla Corte d'appello di Parigi in un suo *arrêt* del 17 gennaio 2002 e proprio in materia di arbitrato (interno) e poi consacrato dalla *Cour de cassation* nel celebre caso *Golshani* ⁽⁵²⁾. La *Cour de Cassation* francese, nel caso *Golshani* ⁽⁵³⁾, ha confermato la decisione della Corte d'appello parigina che aveva dichiarato inammissibile l'appello proposto avverso l'ordinanza di *exequatur* del lodo. Il signor *Golshani*, cittadino americano di origine iraniana, aveva prima adito il Tribunale Arbitrale per ottenere un indennizzo dal governo iraniano per il pregiudizio subito dall'espropriazione dei suoi beni durante la rivoluzione iraniana del 1979 da parte del governo, poi dedotto, in fase di opposizione all'esecuzione del lodo, che aveva rigettato le sue domande e lo aveva condannato al pagamento delle spese legali a favore del Governo iraniano,

nel testo, ai sensi del quale «[l]es parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure» e, continuando, «la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité»), affermativa dei principi direttori dell'arbitrato, oltre che, con espresso rinvio normativo, (ri)affermativa di quelli direttori del processo che trovano applicazione nel contesto arbitrale e che, con riguardo ai primi, e, in particolare, al principio di buona fede processuale, forse soccorrerebbero a risolvere molti problemi in ordine all'esecuzione della convenzione arbitrale anche nel corso del procedimento arbitrale.

(52) CA Paris, 17 janv. 2002, *ITM c/ Gavaud*, in *Rev. arb.*, 2002, 1, 205 ss., sia pur non esplicitamente in termini di *estoppel*.

(53) *Golshani v. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, *Cour de cassation* (1re Ch. civ.), 6 July 2005. Si vedano le note di PAULSSON, in *Rev. arb.*, 2002, 1, 163 ss.; e quella di P. PINSOLLE, *cit.*, 993 ss., per il quale ultimo in realtà, già altre pronunce, prima di questa, avevano riconosciuto l'esistenza di quel principio seppur implicitamente, sotto le vesti di un generale dovere di coerenza e di correttezza processuale (Cass. Comm., 8 mars 2005). Il principio è stato affermato dalla giurisprudenza francese nell'ambito di un arbitrato internazionale. Infatti, l'ordinamento francese, a differenza di quello italiano in cui la distinzione è venuta meno, ha mantenuto ferma la *dualité* dell'arbitrato. Ritengo tuttavia che tale distinzione non sia rilevante ai fini della presente analisi, come in generale, anche considerato che molti dei principi inizialmente consacrati nell'ambito dell'arbitrato internazionale sono stati poi estesi a quello interno, l'uno tendendo all'altro. Così P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 3, per i quali «par en effet en retour, le libéralisme de l'arbitrage international tend à entraîner un assouplissement progressif du droit de l'arbitrage interne». Si veda anche C. JARROSSON, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, Paris, 1995, 231 ss.

l'inesistenza della convenzione d'arbitrato, la stessa sulla quale aveva azionato l'arbitrato. La *Cour de cassation* francese, nel confermare l'ordinanza di *exequatur*, anziché addurre l'acquiescenza all'esistenza della convenzione d'arbitrato, o la rinuncia a sollevare il motivo, o l'obbligo di eseguire in buona fede la convenzione d'arbitrato, ha addotto la regola dell'*estoppel* («*en vertu de la règle de l'estoppel*») motivando su questa l'inammissibilità della domanda.

La dottrina francese, anche all'indomani di dette pronunce, distingue il principio dell'*estoppel* da quello di buona fede nell'esecuzione del contratto (*exécution de bonne foi des conventions*)⁽⁵⁴⁾, ivi compresa la convenzione d'arbitrato. La prima ragione di distinzione deriverebbe dal tipo di pronuncia cui essi conducono: di inammissibilità (*irrecevabilité du moyen soulevé*) in un caso e di infondatezza nell'altro (*rejet de la demande au fond*). Inoltre, il solo principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, anche forzandolo, non sarebbe sufficiente a giustificare l'inammissibilità dell'impugnazione quando è l'esistenza della fonte negoziale stessa ad essere contestata (come nel caso *Golshani*). Ancora, che la conclusione di una convenzione d'arbitrato non comporti una automatica rinuncia all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale si tradurrebbe nel venir meno, con la pronuncia arbitrale, dell'obbligo di buona fede incombente sulle parti-paciscenti: diversamente, quell'obbligo potrebbe dirsi violato per il fatto stesso di impugnare il lodo, integrando tale comportamento una mancata cooperazione a una decisione suscettibile di essere eseguita perché già accettata ⁽⁵⁵⁾. Che non vuol dire che innanzi al giudice dell'annullamento o dell'esecuzione non vi sia un obbligo di *loyauté procédurale*: la sua fonte, tuttavia, non è la convenzione d'arbitrato ⁽⁵⁶⁾.

La dottrina francese distingue altresì *l'estoppel* dal più classico concetto di rinuncia (*renonciation*) a fare valere un motivo di impugnazione che non sia stato

(54) Principio affermato nel caso *Exodis* (Paris, 1re Ch. civ., 3 juin 2004, *Exodis c/ Ricoh France*, in *Rev. arb.*, 2004.683, con nota di P. CALLÉ) in cui la Corte d'appello, a fronte di *recours en annulation* proposto dalla stessa parte che aveva adito il tribunale arbitrale e poi sostenuto, in fase di impugnazione, non che la convenzione fosse nulla o spirata ma che il tribunale arbitrale si sarebbe pronunciato oltre i limiti della sua missione per l'aver conosciuto di un accordo successivo a quello contenente la clausola compromissoria, lo stesso di cui la parte («*en se contredisant*») si sarebbe avvalsa assumendone la violazione. La Corte d'appello ha dichiarato inammissibile (*irrecevable*) l'impugnazione, in forza del principio di buona fede nell'esecuzione della convenzione d'arbitrato, ritenendolo sufficiente per dichiarare l'inammissibilità (*irrecevabilité*).

(55) Questa conclusione è di P. PINSOLLE, *cit.*, 1005.

(56) Dette argomentazioni sono addotte, tra gli altri, da P. PINSOLLE, *cit.*, 1004 ss.

sollevato in tempo utile nel corso del procedimento arbitrale⁽⁵⁷⁾. La *renonciation* ha trovato applicazione in tema di proroga del termine di pronuncia del lodo⁽⁵⁸⁾, di nomina degli arbitri (nell'ipotesi in cui la parte non abbia tempestivamente contestato la dichiarazione, resa dall'arbitro al momento dell'accettazione, circa la sua indipendenza e imparzialità)⁽⁵⁹⁾ e di contestazione della competenza del tribunale arbitrale⁽⁶⁰⁾. Il campo applicativo dell'*estoppel* e della *renonciation* è, si può affermare, il medesimo, come medesimo è l'effetto della loro applicazione conducendo entrambi alla irricevibilità della domanda. Tuttavia, e qui risiede la differenza, mentre la rinuncia sanziona il comportamento di una parte senza curarsi delle conseguenze di quel comportamento sull'altra parte (colpendo dunque la mera acquiescenza), l'*estoppel* protegge il legittimo affidamento dell'altra parte così

(57) P. PINSOLLE, *cit.*, 1003, il quale richiama anche l'art. 33 del Regolamento ICC (oggi art. 39 dal seguente tenore: «[t]oute partie qui poursuit l'arbitrage sans soulever d'objections sur le non-respect de toute disposition du Règlement, de toute autre règle applicable à la procédure, de toute instruction du tribunal arbitral, ou de toute stipulation contenue dans la convention d'arbitrage relative à la constitution du tribunal arbitral ou à la conduite de la procédure, est réputée avoir renoncé à ces objections.»), la «general rule» di cui all'art 32.1 del Regolamento *LCIA* (ai sensi della quale «[a] party who knows that any provision of the Arbitration Agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without promptly stating its objection as to such non-compliance to the Registrar (before the formation of the Arbitral Tribunal) or the Arbitral Tribunal (after its formation), shall be treated as having irrevocably waived its right to object for all purposes») e l'art. 4 della Legge Modello Uncitral (ai sensi del quale «[a] party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object»).

(58) V. Paris, 1re Ch. civ., 6 mars 2003, *Société AIC-El Amiouny International Contracting et Trading c/société Skanska*, in *Rev. arb.*, 2004, 887, con nota di BENSUAUDE.

(59) V. par exemple, Paris, 1re Ch. civ., 27 septembre 2001, *SA Caisse fédérale de crédit mutuel du Nord de la France c/ société Banque Delubac et Compagnie*, in *Rev. arb.*, 2001, 916 ss, dove viene affermato che «en ne soulevant pas, au cours de la procédure arbitrale, le moyen tiré du défaut d'impartialité des deux arbitres qui, conformément aux dispositions du compromis signé par les litigants, avaient dans une première phase de conciliation tenté de rapprocher les parties, avant que l'arbitrage n'entre dans une phase contentieuse et que lesdits arbitres ne désignent un tiers arbitre pour compléter la juridiction arbitrale, l'auteur du recours en annulation a implicitement mais nécessairement *renoncé* à se prévaloir de ce grief qui ne peut être invoqué pour la première fois devant le juge de l'annulation, dès lors, ayant participé activement à la tentative de conciliation, le recourant avait une parfaite connaissance des conditions dans lesquelles la négociation s'était déroulée».

(60) V. Cass., 2e Ch civ., 21 novembre 2002, *Gromelle c/SA Institut international des techniques d'organisation*, in *Rev. arb.*, 2004, 287 (2e esp.), con nota di BANDRAC, dove viene chiaramente affermato che «la participation sans réserve d'une partie à l'arbitrage vaut de sa part *renonciation* au droit d'invoquer, au motif qu'elle était insérée dans un acte mixte, la nullité de la clause compromissoire».

considerando entrambi i comportamenti, più esattamente lo svantaggio arrecato a una parte dal comportamento dell'altra o il beneficio derivante da quel comportamento alla parte stessa che l'ha posto in essere. Se mancano lo svantaggio o il vantaggio, si può parlare di rinuncia, non di *estoppel* ⁽⁶¹⁾.

Così, per fare un esempio che evidenzia la differenza tra i due giochi, quando venga contestata la validità delle convenzioni d'arbitrato, il fatto di non farne oggetto di un'eccezione, guardando al solo comportamento del convenuto, integra una rinuncia (che dà a sua volta luogo al fenomeno dell'acquiescenza). Di rinuncia si discorre anche quando l'attore, pur potendo beneficiare della convenzione di arbitrato, adisce l'a.g.o. e non gli arbitri, appunto rinunciandovi. Al contrario, quando l'attore si avvale della convenzione arbitrato, proponendo domanda d'arbitrato, il convenuto non sollevi eccezione di incompetenza e il procedimento si chiuda con lodo, l'attore che invocasse, in sede di impugnazione, l'inesistenza della clausola arbitrale vedrebbe la sua domanda dichiarata inammissibile per l'operare dell'*estoppel* che vuole proteggere la parte che ha confidato nel comportamento di quella che ha preso l'iniziativa arbitrale esercitando un suo diritto (e non certo rinunciandovi).

La conferma di tale distinzione è venuta anche dalla giurisprudenza che, successivamente al caso *Golshani*, ha voluto rimarcare la differenza tra i due concetti, circoscrivendo l'ambito applicativo dell'*estoppel* dalla stessa precedentemente riconosciuto ma non definito nei suoi contorni applicativi. Infatti nel caso *Merial vs. Klocke* ⁽⁶²⁾, dal nome delle società coinvolte (una francese, l'altra tedesca, che avevano concluso un contratto per il confezionamento di prodotti veterinari dal quale è sorta una controversia poi rimessa ad arbitrato), per la *Cour de cassation* francese la Corte d'appello di Parigi ha errato nel dichiarare irricevibile il *recours en annulation* proposto dalla società *Merial*, per l'aver il tribunale arbitrale

(61) Se dunque manca il pregiudizio non si versa in tema di *estoppel*. In Gran Bretagna, dove è stato coniato il termine *estoppel*, e dove ve ne sono diversi tipi tra cui anche l'*estoppel by silence*, il silenzio (associato al «*duty to speak*») poteva fondare l'*estoppel*. Tuttavia nella normativa francese non si ravviserebbe un dovere di parlare e non v'è pregiudizio se una parte solleva non in via subitanea, ad esempio, la non corretta nomina degli arbitri. Così, L. CADIET, *La renonciation*, cit., 27.

(62) *Société Merial v. société Klocke Verpackungs-Service GmbH*, Cour de cassation (1re Ch. civ.), 3 February 2010. Per un commento v. S. ADELIN, *L'édification de la notion d'estoppel par la Cour de cassation (France) – Société Merial c. Société Klocke Verpackungs –Service GMBH*, in *ASA Bull.*, 2010, Volume 28, Issue 2, 406 ss.

pronunciato su una domanda riconvenzionale estranea all'ambito applicativo della convenzione arbitrale e dell'*acte de mission*, per il fatto che la stessa parte non avesse contestato l'ordinanza con cui gli arbitri avevano ammesso quella domanda. Per la Corte di cassazione francese il comportamento della società *Merial* non è costitutivo di un «*changement de position, en droit, de nature à induire l'autre partie en erreur sur ses intentions*» e dunque non è qualificabile in termini di *estoppel*, così l'assenza di obiezioni avverso l'ordinanza ammissiva della domanda asseritamente *extra compromissum* e la sottoscrizione del verbale dell'udienza di trattazione, non integrano, essi soltanto, «*renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation*»⁽⁶³⁾.

Se tutti i meccanismi sopraindicati tendono a sanzionare comportamenti incoerenti nel contesto arbitrale, distinguerli consente forse di discernere le incoerenze sanzionabili da quelle non sanzionabili e ciò verificando l'esistenza delle loro condizioni applicative.

L'ambiente processuale naturale dell'*estoppel* è l'arbitrato, e non il processo ordinario, per il suo fondamento negoziale, che esige un obbligo di cooperazione e, quindi anche, di non contraddizione, scia di quello di buona fede nell'esecuzione della convenzione arbitrale⁽⁶⁴⁾.

Del tutto logicamente, l'impugnazione per nullità del lodo (*recours en annulation*), esercitando la quale è consentito contestare una pronuncia arbitrale ed entro cui trova applicazione l'*estoppel*, non è un appello (*appel*)⁽⁶⁵⁾: l'uno è ammesso solo per motivi di rito, mentre l'altro può fondarsi su ragioni che attengono al merito

(63) Questo dunque l'*estoppel* "alla francese", caratterizzato da un «*changement de position, en droit, de nature à induire l'autre partie en erreur sur ses intentions*». Per pronunce successive, v. Cass., 1re, 19 déc. e 2012, in *Société d'économie mixte Botas Petroleum Pipeline Corporation v. Soc. Tepe Insaat Sanayii AS (Tepe)*, con nota di PINNA, *La violation par l'arbitre de la règle de l'estoppel ne porte pas atteinte à l'ordre public international*, in *Rev. arb.*, 2013, 1, 149 ss., in cui la Corte di cassazione francese afferma, rigettando il ricorso presentato sulla presunta violazione da parte della Corte d'appello della regola dell'*estoppel*, che questa, ammesso che fosse integrata, «ne caractérisait pas, en l'absence de toute fraude procédurale, l'un des cas d'annulation ouverts par l'article 1502 du Code de procédure civile de sorte que la reconnaissance et l'exécution de la sentence partielle n'étaient pas contraires à l'ordre public international» (ante riforma del 2011, che ha introdotto l'art. 1466 *CPC* su cui *supra*).

(64) Da qui la consacrazione nell'art. 1466 *CPC* del libro quarto relativo all'arbitrato e non altrove.

(65) Le norme di riferimento, nell'ordinamento francese, sono gli art. 1489 et suiv. *CPC* e gli art. 542 et suiv. *CPC*

della decisione dei giudici di primo grado e un principio generale di non contraddizione può giustificare l'inammissibilità ma non anche, e sin, l'infondatezza, alla luce di un doppio scrutinio di fondamento giurisprudenziale.

La Corte di cassazione francese allora ⁽⁶⁶⁾, più recentemente e all'indomani delle pronunce succitate che hanno consacrato l'*estoppel* nell'ambiente arbitrale, ha escluso l'applicazione della regola dell'*estoppel* nella dinamica del processo ordinario, affermando, nel contesto di un comune *appel*, in cui alle parti non è concesso formulare nuove domande (*demandes nouvelles*, cfr. 564 *CPC*) ma addurre nuove argomentazioni sì ⁽⁶⁷⁾, che queste ultime possono trovarsi in totale contraddizione rispetto a quelle presentate innanzi al giudice di primo grado.

La Corte d'appello, nel dichiarare, sul principio che «*est interdit de se contredire au détriment d'autri*», irricevibile l'appello proposto da una società editrice (*Edition Atlas*) avverso una sentenza di primo grado che l'aveva condannata, nell'ambito di un contratto di agenzia commerciale, al pagamento di una certa somma di denaro a titolo di indennità per inadempimento a favore dell'agente, ha violato gli artt. 72 e 563 *CPC* ⁽⁶⁸⁾. Per la Corte di cassazione francese, infatti, il fatto che la società avesse prima addotto, a ragione della rottura del contratto, la colpa grave dell'agente, rivendicando la disciplina dell'agenzia commerciale, e poi, in appello, contestato la qualificazione stessa del contratto come contratto di «agenzia commerciale», della cui disciplina si era avvalsa, integra un comportamento processuale rispettoso dalla disciplina dell'appello e, in particolare, delle norme da ultimo citate. Infatti, l'art. 563 *CPC* accorda alle parti la facoltà di invocare nuove

(66) Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, in *JCP*, 2015, 470, con nota di N. FRICERO, *La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire!*; di senso contrario e di pochi mesi prima, Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, no 13-14.534, su *JCP*, 2014, 1141, con nota critica di D. HOUTCIEFFE, *Principe de cohérence: «Au commencement était le verbe»*, il quale Autore esalta l'oggettività del principio di coerenza e non il soggettivismo dell'*estoppel* della sentenza che annota affermando che «peu importe, après tout, que l'auteur de la contradiction ait voulu inciter son partenaire à modifier sa position: ce qui importe est qu'il l'ait fait! Peu importe que la victime de l'incohérence ait, par erreur, cru au maintien de la position initiale: ce qui importe est le revirement préjudiciable!»..

(67) V. art. 565 *CPC* ai sensi del quale «les prétentions ne sont pas nouvelles, et restent donc recevables en appel dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent». Per BOLARD, *Le droit de se contredire au détriment d'autrui?*, in *JCP*, 2015, 146 ss, l'esistenza di un diritto a contraddirsi nel processo ordinario è provata anche da questa norma.

(68) Ai sensi dell'art. 72 «les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause» e ai sensi dell'art. 563 *CPC* alle parti in appello è consentito «invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves».

argomentazioni, legittimando la contraddizione, anche se il cambiamento di posizione che l'ha determinata «*a causé un préjudice*» alla controparte ⁽⁶⁹⁾. Inoltre, per la Corte di cassazione, rientrando il diritto a contraddirsi in quello di difesa «*au fond*», che deve essere garantito in ogni fase del processo, non potrebbe mai essere compresso (art. 72 CPC).

È evidente la diversità dei due contesti, quello dell'appello e quello dell'impugnazione per nullità, e il diverso uso dell'*estoppel* nell'uno e nell'altro, ma è proprio da tale diversità che può venire la conferma che quel principio, come un generale principio di coerenza, può giustificare l'inammissibilità (giurisprudenziale ma anche di diritto positivo) di un motivo di impugnazione, solo nel contesto dell'arbitrato e, anche in quel contesto, solo a precise condizioni.

(69) *Contra*, Cass. 1^o civ., 24 sept. 2014, cit., che aveva affermato la rilevanza del pregiudizio di una parte derivante dalla *rappresentazione* dell'altra che l'ha «indotta in errore sulle intenzioni»; v. anche, Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, con nota di D. HOUTCIEFF, *La consécration de l'interdiction de se contredire*, dove una concetto di coerenza (*interdiction de se contredire*) più oggettivo e autonomo del e dall'*estoppel* nell'affermare che «une partie qui a elle-même formé et instruit le pourvoi contre l'arrêt ayant abouti à la cassation partielle de cet arrêt, ne peut, sans se contredire au détriment des parties adverses, se prévaloir devant la cour de renvoi de la circonstance qu'elle aurait été dépourvue de personnalité juridique lors des instances ayant conduit à ces décisions» (massima *LexisNexis*). *Contra*, Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-21.417. Già Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, in *JCP*, 2009, II, 10073, con nota di CALLE, *Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française*, sul fondamento normativo dell'art. 122 CPC («[c]onstitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée»), aveva affermato che «la seule circonstance qu'une partie se contredis au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir» che è stato considerato (quel «nécessairement») un primo passo verso la definizione di un principio di coerenza.

CAPITOLO QUARTO

IL RICORSO PER CASSAZIONE AVVERSO LA SENTENZA RESA SUL GIUDIZIO DI NULLITÀ: AMMISSIBILITÀ, DISCIPLINA E POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

§.14. – Il ricorso per cassazione avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità: ammissibilità (Cass., sez I, 23 febbraio 2016, n. 3481). – §.15. Rispetto al motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la Corte di cassazione è giudice del «fatto processuale». – §.15.1. (segue): fuori dai casi in cui sia in discussione la «competenza» arbitrale, l'esame della Corte di cassazione è diretto sulla sentenza della Corte d'appello e non sul lodo arbitrale. – §.16. Una possibile definizione di «fatto processuale» in questo contesto. – §.17. Considerazioni conclusive sui poteri della Corte di cassazione.

§.14. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità: ammissibilità (Cass., sez I, 23 febbraio 2016, n. 3481).

Giova subito premettere, anche se la premessa potrebbe risultare superflua, la generale ammissibilità del ricorso per cassazione contro la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo e non avverso il lodo (¹).

Oggetto del giudizio di legittimità della Corte di cassazione è la sentenza che ha deciso sull'impugnazione per nullità, che, tuttavia, diversamente da quello che ordinariamente accade nell'ambito delle impugnazioni delle sentenze del giudice togato,

(1) Cfr. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 4^a ed., Torino 2013, 180, dove si legge che «non potrebbero le parti avvalersi dell'art. 360, comma 2^o, c.p.c. per ricorrere in cassazione, omettendo l'impugnazione per nullità, in quanto il lodo non è ricorribile per cassazione, ma lo è soltanto la sentenza del giudice statale che decide sull'impugnazione e che ha, oramai, immesso il procedimento arbitrale nel circuito dell'organizzazione giudiziaria generale»; F. AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.* 2005, 1598 ss. Nella dottrina meno recente, E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960, 54. Nello stesso senso la giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 4 luglio 1998, n. 6555, in *Rep. Foro it.* 1998, *Arbitrato*, n. 159, che, nel richiamare pronunce risalenti (tra cui Cass., sez I., 25 luglio 1978, n. 3712, in *Rep. Giust. civ.* 1978, *Compromesso*, n. 35) afferma chiaramente che «a seguito della previsione di non appellabilità, la decisione arbitrale non si converte, ai fini del ricorso per cassazione, in sentenza pronunciata in unico grado, né può ritenersi definitiva, rimanendo sempre soggetta all'impugnazione per nullità per vizi in procedendo, con la conseguenza che deve ritenersi inammissibile il ricorso per saltum in cassazione, sia ai sensi dell'art. 360 c.p.c. che dell'art. 111 cost.».

non è una sentenza resa *in grado* d'appello (ma *dal* giudice d'appello), non potendo l'impugnazione per nullità essere assimilata all'appello ⁽²⁾.

La conseguenza è, ciò nondimeno, la medesima. Il giudice di legittimità non può esaminare direttamente la pronuncia arbitrale ma solo la decisione del giudice dell'impugnazione, verificandone la conformità alla legge e la congruità della motivazione, con le eccezioni che esaminerò ⁽³⁾.

La mancanza di effetto devolutivo (prima) e di effetto sostitutivo (poi) dell'impugnazione per nullità non impediscono infatti l'applicazione di tale regola, applicazione che deve scontare anche che il giudizio di legittimità della Corte di cassazione è reso su un giudizio anch'esso, a sua volta, «di legittimità», qual è il giudizio di nullità del lodo ⁽⁴⁾. In altre parole, la sovrapposibilità, almeno parziale (si consideri anche solo la col'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.), dei due rimedi e giudizi, quello di cassazione e quello di nullità del lodo, può porre dubbi interpretativo-applicativi sullo spazio del ricorso per cassazione nella materia arbitrale ⁽⁵⁾.

(2) Per ragioni che nel presente lavoro ho provato a spiegare. V. cap. 1. In questo senso, tra le altre, Cass., sez. I, 15 ottobre 2014, n. 21836, in *Dir. e giustizia* 2014, 16; Cass. 1 marzo 2012, n. 3229, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 252; Cass. 8 ottobre 2010, n. 20880, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 10, 1308; App. Roma 16 aprile 2009. In dottrina, S. BOCCAGNA, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino 2014, *sub* art. 828, 755 ss.; nel senso che la riforma del 2006 ha accentuato le differenze tra l'impugnazione per nullità e l'appello, vuoi per l'impugnabilità meramente eventuale per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia, vuoi per la maggiore diversificazione degli esiti dell'impugnazione, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2012, 384. Si veda anche la recente monografia di M. L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, spec. 473 ss., in cui l'a., dopo aver analizzato l'oggetto e la struttura del mezzo, giunge alla medesima conclusione, ossia quella della non assimilazione dell'impugnazione per nullità all'appello o appello limitato, accostandolo al ricorso per cassazione (principalmente per la sua struttura bifasica).

(3) Cass., 5 giugno 2001, n. 7600; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496; *contra*, più risalente, Cass., 19 maggio 1998, n. 4989, che ammette che la Corte di cassazione possa non limitarsi ad apprezzare la sentenza resa dalla Corte d'appello, potendo procedere essa stessa direttamente all'interpretazione del lodo arbitrale, dal momento che per poter appurare i vizi della sentenza della Corte d'appello potrebbe (se non, dovrebbe) essere necessario accedere direttamente al lodo. V. F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1600, dove il riferimento a dette pronunce.

(4) Tra gli altri, afferma la natura di giudizio «di legittimità», per ammetterne in astratto la più agevole filtrabilità, A. BRIGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 573 ss., 581. V. cap. I sulla natura dell'impugnazione per nullità.

(5) Sul rapporto «competitivo» tra l'impugnazione per nullità e il ricorso per cassazione *ex* art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. («per nullità della sentenza o del procedimento»), v. *infra*, § 16. I dubbi, forse, sorgono ancora prima: sull'assimilabilità della «nullità» del lodo (dell'art. 829 c.p.c.) alla «nullità» della sentenza (dell'art. 360 c.p.c.), dalla quale la prima ha mutuato la disciplina. Sull'autonomia della «nullità» del lodo, spunti sono offerti da F. AULETTA, *La nullità del lodo: quale nullità?*, in *Il Nuovo dir. civ.*, 2016, 71 ss.

Ho preso in esame, per trattare questo delicato e complesso tema, una recente sentenza della Corte di cassazione che si è pronunciata, rigettandolo, su un ricorso proposto proprio contro una sentenza di rigetto di impugnazione per nullità di lodo arbitrale ⁽⁶⁾.

La sentenza offre infatti l'occasione (assai rara, assumendo una generale maggior resistenza dell'arbitrato alle impugnazioni processuali) per un'analisi del sindacato della Corte di cassazione sulla nullità del lodo e del procedimento arbitrale. E proprio muovendo da questa sentenza, intendo provare a definire lo spazio d'indagine della Corte di cassazione su questo tipo di ricorso, misurando l'iterabilità della denuncia dei motivi di impugnazione del lodo fino alla Corte di cassazione ⁽⁷⁾.

La scarsità di disciplina che caratterizza l'impugnazione per nullità, e la sua configurazione non come *quid medii*, come l'appello, ma *come quid extremi* ⁽⁸⁾, pongono infatti dei problemi interpretativo-applicativi sulla ricorribilità in cassazione, quale rimedio, anch'esso estremo, della sentenza resa sul giudizio di nullità, dubbi che la giurisprudenza, in queste occasioni, aiuta a risolvere.

Nel caso esaminato, la Corte d'appello, la cui pronuncia è stata oggetto d'esame nel capitolo secondo del presente lavoro ⁽⁹⁾, adita del giudizio di nullità poi sottoposto all'esame della Corte di cassazione, ha respinto l'impugnazione con cui sono stati fatti valere i vizi di cui ai nn. 4, prima e seconda parte (per avere gli arbitri pronunciato oltre i limiti oggettivi della convenzione d'arbitrato e per avere gli arbitri deciso del merito della controversia in un caso in cui il merito non poteva essere deciso), n. 9 (per avere gli arbitri violato il principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale) dell'art. 829, comma 1, c.p.c. e la violazione dell'ordine pubblico di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c.

Di seguito esaminerò questi motivi di impugnazione, verificandone lo spazio applicativo ⁽¹⁰⁾, ma, soprattutto, la loro riproponibilità e il sindacato della Corte di

(6) Cass., sez I, 23 febbraio 2016, n. 3481, (in estratto) in calce al presente lavoro.

(7) Esercizio già fatto, sotto il regime previgente, da F. AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.* 2005, 1598 ss.

(8) F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1600.

(9) App. Milano, 1 luglio 2014. V. §6. e ss.

(10) Trascurerò il motivo con cui è fatta valere la violazione dell'ordine pubblico, che sottende temi di diritto sostanziale, concentrandoci qui sui temi del processo. È interessante sotto il profilo processuale il «doppio» scrutinio della Corte: quello di ammissibilità dell'impugnazione, appurata la natura cogente e fondamentale della norma asseritamente violata, che determina appunto la stessa ammissibilità

cassazione. Tenterò, infine, di dare una definizione di «fatto processuale» in questo contesto, incidendo, tale definizione, sul sindacato della Corte.

§.15. Rispetto al motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la Corte di cassazione è giudice del «fatto processuale».

Col primo motivo di impugnazione gli impugnanti avevano denunciato la nullità del lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 4, prima parte, per avere gli arbitri pronunciato oltre i limiti oggettivi e soggettivi della convenzione arbitrale.

Quanto ai limiti oggettivi, la Corte d'appello rigettava l'impugnazione, rilevando che le domande d'arbitrato attenevano, nel complesso negoziale intercorso tra le parti dell'arbitrato, all'«esecuzione» degli accordi contenenti le clausole compromissorie, per cui gli arbitri erano competenti a decidere su quelle domande.

I ricorrenti denunciano la violazione delle norme sulla competenza (artt. 806 e 808 c.p.c., nella loro formulazione *ante* d.lgs. 40/2006): il lodo avrebbe «palesamente» travalicato i limiti della competenza arbitrale, accertando la validità di atti e di negozi diversi da quelli contenenti la convenzione d'arbitrato.

Ebbene, in questo caso (e solo in questo caso di nullità, come spiegherò meglio *infra*), in cui è in discussione la «competenza arbitrale», affermando la suprema Corte di condividere l'orientamento della Corte d'appello circa la qualificazione in termini di «competenza» della violazione dei limiti oggettivi della clausola compromissoria, riconducibile al vizio di cui al n. 4 dell'art. 829 c.p.c., quindi confermando la natura «processuale» di tale vizio, la Corte di cassazione, in sede di ricorso, ha il «potere di procedere all'apprezzamento diretto del fatto processuale» ⁽¹¹⁾.

Nel caso di specie, la Corte di cassazione censura la «rigida» interpretazione che danno i ricorrenti della successione degli atti e negozi del complesso negoziale (estinzione dei mandati fiduciari ed esercizio del diritto di intestarsi le azioni, attribuendo, i ricorrenti, alle istruzioni di estinzione natura non esecutiva ed accessoria rispetto agli atti contenenti la clausola compromissoria), affermando che il lodo correttamente riconduce il trasferimento della proprietà delle azioni all'esercizio del diritto potestativo che deriva dagli accordi contenenti la clausola compromissoria.

dell'impugnazione, e quello di fondatezza dell'impugnazione alla luce dell'accertamento dell'effettiva violazione di legge. Cfr. E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione*, cit., 179.

(11) Con il richiamo alla nota Cass., Sez. Unite, ord., 25 ottobre 2013, n. 24153 . V. *infra*.

Il fatto poi che il lodo, nel dispositivo, accerti la «validità, efficacia e legittimità» di negozi e atti (le istruzioni di estinzione dei mandati fiduciari) senza menzionare gli accordi contenenti le clausole compromissorie, neppure depone, per la suprema Corte, a favore dei ricorrenti. A tal proposito, la Corte afferma, confermando e richiamando precedenti pronunce nello stesso senso, che anche al lodo si applica il principio per cui la portata precettiva della sentenza va individuata tenendo conto non soltanto del dispositivo, ma anche della motivazione ⁽¹²⁾. Motivazione che, nel caso di specie, chiaramente evidenzia il collegamento dell'atto contenente le istruzioni alla fiduciaria con gli accordi contenenti le clausole compromissorie, non attribuendo a quell'atto alcun ruolo traslativo e qualificandolo come atto meramente esecutivo.

Per quanto concerne i limiti «soggettivi» della clausola, che sarebbero stati travalicati dal lodo sul presupposto della sussistenza di un litisconsorzio necessario, la Corte di cassazione, oltre a ribadire, a livello generale, che l'esistenza di un litisconsorzio «dipende non dalla proposizione o meno di domande nei confronti dell'asserito litisconsorte ma dalla conformazione della situazione sostanziale dedotta», afferma che nel caso di specie non si versava in una situazione di litisconsorzio in quanto nessun effetto costitutivo estintivo faceva capo alla Fiduciaria: l'attore in arbitrato, afferma chiaramente la Corte, «non ha [...] prospettato né chiesto il trasferimento delle azioni per effetto delle istruzioni al terzo», ma per effetto dell'esercizio di un diritto potestativo attribuito da scritture intervenute tra le parti dell'arbitrato.

La Corte di cassazione conferma dunque l'elasticità del motivo di cui al n. 4 dell'art. 829 c.p.c. (a tenore del quale il lodo è impugnabile se «ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato [...] o ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso»), riconducendovi anche, in astratto, il caso della pretermissione del litisconsorte necessario. Tuttavia, la suprema Corte, inquadrando il caso della pretermissione del litisconsorte necessario come un caso di «violazione dei limiti *soggettivi* della convenzione d'arbitrato», sembra ricondurlo nella prima parte della norma e non nella seconda parte, invocata dalla dottrina ⁽¹³⁾.

(12) Tra le ultime, Cass., sez. I, 1 febbraio 2007, n. 2216.

(13) *Ex multis*, E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo*, cit., 175.

§.15.1. (segue): fuori dai casi in cui sia in discussione la «competenza» arbitrale, l'esame della Corte di cassazione è diretto sulla sentenza della Corte d'appello e non sul lodo arbitrale.

Con secondo motivo di impugnazione del lodo, gli impugnanti avevano denunciato i vizi *ex art.* 829, comma 1, n. 9, c.p.c. (violazione del principio del contraddittorio), n. 4, seconda parte (decisione del merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso), riconducendo a tali vizi l'ultrapetizione della decisione arbitrale derivante non già dall'aver deciso oltre i limiti della convenzione arbitrale, ma dalla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La Corte d'appello rigettava l'impugnazione rilevando che non vi era stato alcun mutamento di domanda ma una semplice *emendatio*, con l'allegazione di un diverso fatto acquisitivo del diritto autodeterminato di proprietà (l'esercizio di un diritto potestativo, riconosciuto dalle scritture fondanti l'arbitrato, in luogo della simulazione dell'intestazione ai figli), peraltro già allegato nella prima memoria.

Impugnata tale pronuncia, la Corte di cassazione anzitutto rileva come l'intenzione dei ricorrente con tale mezzo fosse quella di denunciare la violazione del principio del contraddittorio e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, «e non già la violazione del regime delle preclusioni del procedimento arbitrale». La precisazione non è scontata. Come ho già rilevato ⁽¹⁴⁾, l'ultrapetizione potrebbe anche dipendere dal mancato rispetto di preclusioni stabilite dalle parti e solo dalle parti (titolari delle posizioni sostanziali e, insieme agli arbitri, del procedimento, rimanendo tuttavia le sole depositarie della capacità di prescrivere forme a condizione di validità del lodo), e il lodo sarebbe allora impugnabile per il diverso motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c., che gli impugnanti non hanno invocato.

Fatta questa premessa, la Corte riafferma il principio per cui l'inosservanza del principio del contraddittorio, richiamato nell'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c. (e, già prima, nell'art. 816 c.p.c.) «non è un vizio formale, ma di attività», con la conseguenza che «ai fini della declaratoria di nullità è necessario accertare la concreta menomazione del diritto di difesa, tenendo conto della modalità del confronto tra le parti (avuto riguardo alle rispettive pretese») e delle possibilità, per le parti stesse, di esercitare, nel rispetto

(14) V. *supra*, cap. II, § 6.2

della regola *audiatur et altera pars*, su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite»⁽¹⁵⁾.

Insomma, la Corte di cassazione ha, ancora una volta, declinato il principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale, nonché, nel caso di specie, rilevato che vale a privare di fondatezza il ricorso il richiamo della Corte d'appello alla circostanza che i convenuti del giudizio arbitrale, già nella prima memoria, avessero spiegato le loro difese rispetto a un fatto asseritamente costitutivo di nuova, e quindi tardiva, domanda.

Per quanto riguarda la doglianza di omessa pronuncia della Corte d'appello sul vizio di ultra/extrapetizione denunciato dagli impugnanti (perché la domanda attorea sarebbe stata «sostituita» dagli arbitri con altra domanda), per la Corte di cassazione, questa è inammissibile, non risultando, dalla sentenza impugnata, che i ricorrenti abbiano fatto valere tale vizio.

La Corte, con questa pronuncia di inammissibilità, pur non prendendo posizione sulla riconducibilità del vizio di ultra/extrapetizione a uno dei motivi di cui all'art. 829 c.p.c., lascia tuttavia intendere come tale riconduzione non sia affatto sicura («ove anche ritenuta la denunciabilità *ex art. 829 c.p.c.*»)⁽¹⁶⁾.

Per quanto concerne l'«oggetto» della pronuncia richiesta alla Corte di cassazione, trova conferma che questo è costituito dalla sentenza della Corte d'appello resa sul giudizio di nullità: infatti, al di fuori dell'ipotesi in cui si contestino l'esistenza e/o l'interpretazione della clausola compromissoria (analizzato *supra*), il giudice di legittimità non può esaminare direttamente la pronuncia arbitrale o gli atti del procedimento arbitrale, perché la loro verifica sarebbe strumentale e non finale⁽¹⁷⁾.

L'ultrapetizione e la violazione del contraddittorio, in questo contesto, sono fatti «processuali» da vagliare *comunque* per come rappresentati nella pronuncia della Corte d'appello⁽¹⁸⁾. Perché, per certi versi, è la stessa nozione di «fatto processuale», che legittimerebbe un controllo a ritroso della Cassazione, a essere messa fuori gioco nel contesto arbitrale, contesto in cui è dato dall'ordinamento alle parti un mezzo

(15) *Ex multis*, 28660/2013. Si veda recentemente Cass., sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1258.

(16) *Ibidem*.

(17) F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit. 1602.

(18) Soluzione al problema della sovrapposizione dei due mezzi di impugnazione è data da F. AULETTA *La nullità del lodo*, cit. 1602: la nullità del lodo o del procedimento arbitrale, in quanto tale non è denunciabile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. e non è mai direttamente conoscibile quale oggetto del giudizio di legittimità. V. *infra*.

impugnatorio per far valere la nullità del lodo e del procedimento, per fatti per definizione «processuali».

§.16. Una possibile definizione di «fatto processuale» in questo contesto.

Alla luce delle considerazioni fatte nei paragrafi precedenti, ci si avvede dell'importanza, ma anche della difficoltà in questo contesto, dare una definizione di «fatto processuale», la stessa che consente di individuare e delimitare i poteri della Corte di cassazione⁽¹⁹⁾.

Quando la Corte di cassazione adita del ricorso avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo è giudice del «fatto processuale», con piena autonomia di giudizio ed ampi poteri di indagine⁽²⁰⁾? Rispondendo a questo quesito, si è in grado di definire i confini del sindacato della Corte di cassazione.

La Corte è giudice del «fatto processuale» quando si lamenti che il lodo «è pronunciato fuori dai limiti della convenzione arbitrato» *ex art. 829, comma 1, n. 4*: si tratta di infatti un fatto che, assimilato «violazione di norme sulla competenza» *ex art. 360, comma 1, n. 2, c.p.c.*, è «idoneo a produrre effetti sul rapporto processuale», dunque, come tale, di un «fatto processuale»⁽²¹⁾. E come la «violazione di norme sulla competenza» è un «fatto processuale» che la Corte di cassazione può percepire «direttamente e pienamente», così la Corte di cassazione è del tutto autonoma

(19) A titolo di premessa, non peraltro davvero tale ai fini della presente analisi, va tenuto presente che la sentenza che qui tangenzialmente si commenta chiarisce che al ricorso per cassazione avverso la sentenza sul giudizio di nullità del lodo, come al ricorso per cassazione avverso a una (più comune) sentenza di appello, si applica il principio sancito dalle Sezioni Unite, diretta espressione del principio «*iura novit curia*» e di quello di «effettività» della tutela giurisdizionale, per cui la Corte può riqualificare il motivo invocato dal ricorrente, tuttavia la riconduzione all'uno o agli altri dei motivi di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c. ha, anche in questo ricorso, delle ricadute sulla latitudine del potere di indagine della Corte di cassazione. V. Cass., Sez. Unite, 24 luglio 2013, n. 17931, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 183 ss., con nota di R. POLI, *Le Sezioni Unite sul regime dei motivi specifici del ricorso per cassazione*; in *Corr. giur.*, 2013, 10, 1313, con nota di V. CARBONE, *Erronea indicazione della norma processuale violata*.

(20) Sull'oggetto del giudizio di cassazione e sulla cognizione della Corte nel ricorso per cassazione, v. E. FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., 56 ss.; più recentemente, lo studio di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005, *passim*; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, II ed., Torino, 2011, spec. 243 ss.

(21) Stando alla definizione di Cass., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077. Nel caso di specie il ricorso *ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.* riguardava l'indeterminatezza dell'oggetto della domanda proposta in primo grado. Si vedano le note di A. DIDONE, *La pronuncia delle sezioni unite sull'art. 360, n. 4, c.p.c. con il commento «anticipato» di Calamandrei e Satta*, in *Giust. civ.*, 2012, 1178 ss.; G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, cit., 837 ss.; F. FERRARI, *Il giudizio del fatto processuale in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1642 ss.

nell'indagine della clausola compromissoria e dei suoi limiti, anche soggettivi ⁽²²⁾, fermo sempre il principio di autosufficienza del ricorso «che vale per qualsiasi ricorso per cassazione, ivi compreso quello con cui si denunciano *errores in procedendo*» ⁽²³⁾.

Perché se la pretermissione del litisconsorte necessario è denunciabile, come sembra affermare la suprema Corte, *sub specie* di violazione dei limiti «soggettivi» della convenzione arbitrale ⁽²⁴⁾, anche questa violazione integra un «fatto processuale» che la Corte di cassazione, in sede di ricorso avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità, può valutare direttamente e pienamente. E ciò nonostante la stessa sentenza, sul fondamento normativo dell'art. 102 c.p.c., faccia dipendere il litisconsorzio necessario, non già dalla proposizione o meno di domande nei confronti dell'asserito litisconsorte (come fatto squisitamente processuale), ma dalla conformazione della situazione «sostanziale» dedotta.

Affiorano, anche in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo, i limiti della qualificazione in termini di «competenza» della *potestas iudicandi* degli arbitri, all'indomani della pronuncia a Sezioni Unite sulla materia arbitrale (che, invero, definiscono «vizio di competenza» la sola violazione dei limiti *oggettivi* della clausola compromissoria): le ricadute di tale qualificazione, era già stato notato da attenta dottrina che ha studiato il moto della convenzione arbitrale nel

(22) S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 229 ss.

(23) Così, sempre, Cass., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077. È del resto la stessa distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* a trarre la sua ragion d'essere, si legge nella sentenza, dalla «diversa latitudine che il giudizio assume a seconda che abbia ad oggetto l'uno o l'altro tipo di errore». V. sul punto, la critica a questa distinzione di E. FAZZALARI, *Il giudizio civile in Cassazione*, cit., 56 ss. Tale distinzione è criticata anche da A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., spec. 744 ss. Con tale affermazione la suprema Corte, confonde la *ratio* con la conseguenza, per F. FERRARI, *Il giudizio del fatto processuale in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1642 ss.

Ha ribadito la vigenza del principio di autosufficienza del ricorso anche quando siano denunciati *errores in procedendo* recentemente, Cass., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 24503, principio che in questo contesto presuppone che «la parte [...] riporti, nel ricorso stesso, gli elementi ed i riferimenti atti ad individuare, nei suoi termini esatti e non genericamente, il vizio processuale, onde consentire alla Corte di effettuare, senza compiere generali verifiche degli atti, il controllo del corretto svolgersi dell'iter processuale»; in dottrina, su detto principio, v. NAPPI, *Il sindacato di legittimità*, cit., 275 ss.

(24) Come denunciabili *sub art.* 360, comma 1, n. 1, c.p.c. (oggi ormai assimilabile al motivo di cui al n. 2, atteso che l'art. 382 c.p.c. equipara le decisioni sulla giurisdizione a quelle sulla competenza almeno sotto il profilo dei poteri della Corte di cassazione) sono il vizio di costituzione dell'organo giudicante, nonché i vizi di omessa pronuncia, di extrapetizione, di ultrapetizione e di violazione del giudicato. Così, E. FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., 58, il quale infatti rilevava che in questi casi «l'errore sul merito è conseguenza del vizio che inficia l'elemento soggettivo della sentenza, ed è da esso assorbito».

processo, non sono certo secondarie ⁽²⁵⁾. In sede di ricorso di cassazione avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità, la Corte di cassazione è del tutto svincolata dagli accertamenti di fatto posti a base del provvedimento impugnato, a meno, appunto, di non distinguere la «competenza» (quella che, non consentendo per sua natura una cesura netta tra fatto e diritto, è ampiamente conoscibile dal giudice di legittimità), da ciò che è solo una *metafora* della competenza ⁽²⁶⁾.

La conferma di tale distonia viene dalla stessa definizione che, sempre le Sezioni Unite, sia pur in altro (e non arbitrale) contesto, danno di «fatto processuale» ⁽²⁷⁾: una definizione molto rigorosa e contenuta, che allontana ogni decisione, in termini di eventuale nullità della sentenza e del procedimento (che non sono che gli effetti del fatto processuale oggetto del giudizio di cassazione), «intrinsecamente ed inscindibilmente intrecciata con una valutazione complessiva dei dati in causa ed, in definitiva, della sostanza della lite», quale invece è la decisione sui limiti, oggettivi e, tanto più, soggettivi, della convenzione arbitrale, quindi sulla *potestas iudicandi* degli arbitri ⁽²⁸⁾.

Il motivo di impugnazione del lodo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c. entro cui la Corte di cassazione riconduce tanto la violazione dei limiti *oggettivi* della convenzione arbitrale quanto la violazione dei limiti *soggettivi*, che deriverebbe anche dalla pretermissione di un litisconsorte necessario, è dunque iterabile in Cassazione *sub* art. 360, comma 1, n. 2 (sebbene, oggetto della Cassazione, come ha precisato la stessa

(25) S. IZZO, *La convenzione*, cit., spec. 236, la quale nel suo studio sulla convenzione arbitrale giunge al controllo in Cassazione della sentenza resa ai sensi dell'art. 829, comma 1, nn. 1, 4 e 10, c.p.c. Il riferimento è alla pronuncia delle Sezioni Unite, richiamata anche nella sentenza che qui si commenta, Cass., Sez. Unite, ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, che, come noto, si è espressa nel senso di ritenere che la decisione se una controversia rientri nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria non integra una questione di merito, ma di competenza. V., sul punto, R. FRASCA, *Arbitrato e translatio iudicii*, su *www.treccani.it*, e, più ampiamente, ID, *Il regolamento di competenza*, Milano, 2012, 216 ss., il quale, pur riconoscendo che la qualificazione del rapporto tra arbitrato e giudice in termini di competenza è gravida di conseguenze, è dell'idea che la tesi sostenuta dalle Sezioni Unite sia «l'unica condivisibile», considerando l'assoggettamento *ex lege* a regolamento di competenza della decisione del giudici *ex* art. 819-ter c.p.c. e l'assoggettamento della relativa eccezione dinanzi al giudice ordinario a un regime simile a quello della questione di competenza territoriale derogabile («tanto è di per sé sufficiente ad escludere ogni possibilità di ricondurre il rapporto fra arbitri e giudici ordinari ad una questione di giurisdizione»), escludendo in principio l'assimilazione al «merito».

(26) V. S. IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., *passim*.

(27) Cass., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077, cit. V. definizione *supra*.

(28) Accettando il ragionamento delle Sezioni Unite per cui un fatto «processuale» è un fatto che non ammette margini di discrezionalità del giudice. V. la critica di F. FERRARI, *Il giudizio*, cit., 1648, per la quale la discrezionalità è una costante dell'attività del giudice di merito, sia che il fatto sia di natura sostanziale che processuale.

dottrina, è la decisione di annullamento o di conferma del lodo «i quali passano attraverso una decisione di competenza»⁽²⁹⁾. Conseguente che la Cassazione, sia pur sulla scorta delle prove già acquisite al processo, può estendere il suo esame diretto anche a fatti extraprocessuali che rilevino ai fini dell'accertamento della «competenza» degli arbitri⁽³⁰⁾. Che se questi fatti extra-processuali oggetto dello scrutinio della Corte, in caso di «violazione di norme sulla competenza» ex art. 360, comma 1, n. 2, c.p.c., sono fatti quali l'individuazione della residenza o del domicilio del convenuto-persona fisica, oppure la sede effettiva del convenuto-persona giuridica, oppure ancora il luogo della conclusione del contratto⁽³¹⁾, nel contesto dell'arbitrato, il «fatto» che può condurre alla «violazione dei limiti della convenzione arbitrale» ex art. 829, comma 1, n. 4. c.p.c., è qualitativamente diverso e più «complesso»⁽³²⁾.

Di fuori dei casi cui siano in contestazione l'esistenza o l'estensione della convenzione d'arbitrato (oggi, la *competenza* degli arbitri) e quindi invocati i motivi di cui all'art. 829, comma 1, nn. 1 e 4, c.p.c., che, purtuttavia, non sfuggono alla conversione ex art. 161, comma 2, c.p.c.⁽³³⁾, e perciò in tutti i casi in cui, per motivi diversi, si faccia valere la «nullità del[la] [lodo] o del procedimento [arbitrale]», l'accostamento al ricorso avverso la comune sentenza «d'appello» e al motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. è fuorviante ai fini della valutazione del sindacato della Corte, pur permettendo di percepire la diversa natura dei due ricorsi, quello

(29) IZZO, *La convenzione*, cit., 240 ss. per la quale sarebbe proponibile, e conveniamo con questa idea, anche ex art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. ovverosia per motivi attinenti alla giurisdizione, proprio in considerazione dei limiti della qualificazione in termini di competenza della *potestas iudicandi* degli arbitri derivante dalla convenzione arbitrale. In fondo, come correttamente rileva l'A., ricadono nel n. 1 anche ipotesi che evidenziano una concreta carenza di *potestas iudicandi*, e così la *giurisdizione* in senso ampio intesa. Cfr. R. FRASCA, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit. (v. *supra* nota 25).

(30) G. G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, cit., 843; sui limiti del giudizio di fatto della Corte di cassazione quando siano denunciati *errores in procedendo*, v. A. NAPPI, *Il giudizio di legittimità*, cit., 272 ss.

(31) L'elenco è di G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, cit., 844-845. Quando la Corte di cassazione è adita per violazione delle norme sulla competenza, ha il potere di riesame e di apprezzamento delle circostanze di fatto, già acquisite alle fasi pregresse, sia attinenti a presupposti materiali dell'attività processuale, sia costituenti le componenti in cui si sostanziano, prima e fuori dal processo o addirittura indipendentemente da esso, determinati rapporti o situazioni che assumono rilevanza nel processo. Così, *ex multis*, Cass., sez. V, 24 aprile 2009, n. 9773; già, Cass., 8 luglio 1986, n. 4455, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 3, 689 ss., con nota di G. NARDO, «*Errores in procedendo*» e *giudizio di fatto nella giurisprudenza della cassazione*.

(32) Cfr. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., spec. 751 ss.; F. FERRARI, *Il giudizio*, cit., 1645.

(33) F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1602.

avverso una comune sentenza d'appello e quello avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo.

La nullità del lodo o del procedimento arbitrale, non essendo, in quanto tale, denunciabile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., ma denunciabile solo nel preventivo giudizio *ad hoc* di nullità, non è mai direttamente conoscibile quale oggetto del giudizio di legittimità. Dal che consegue che il giudizio sulla nullità del lodo è sindacabile in sede di legittimità unicamente sotto il profilo della congruità della motivazione della sentenza della Corte d'appello, adita già questa del giudizio di *nullità*.

Insomma, anche ammettendo che nell'ambito di un ordinario ricorso per cassazione avverso una sentenza d'appello la violazione o la falsa applicazione di norme processuali sia riconducibile al motivo di cui al n. 4, in forza di un'esegesi estensiva della «nullità della sentenza e del procedimento» (e/o obliterando la categoria dei c.d. *errores in iudicando de modo procedendi*)⁽³⁴⁾, per cui il giudice di legittimità è giudice del «fatto processuale», lo stesso non può dirsi quando oggetto del ricorso per cassazione è la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo: quello che nell'ambito del ricorso per cassazione ordinario è «fatto processuale», non lo è nell'ambito del ricorso avverso la sentenza resa sul giudizio di nullità del lodo, sentenza che attiene al *merito* dell'impugnativa e del lodo e non al rito dell'impugnazione⁽³⁵⁾. In questo senso, non va obliato che la lite rimessa alla suprema Corte, in questo ricorso, è quella relativa alla «nullità» del lodo, per cui il «il merito è dato innanzitutto da una questione processuale e solo eventualmente dalla controversia sostanziale», con un capovolgimento di ruoli⁽³⁶⁾.

Allora, tanto la violazione del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale, quanto la violazione dell'art. 112 c.p.c. che affiora col lodo, quindi il vizio di extra/ultrapetizione (a meno di non sussumerli entro il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.)⁽³⁷⁾, sono motivi di impugnazione iterabili in Cassazione solo attraverso il vizio di motivazione della sentenza della Corte d'appello adita dell'impugnazione per

(34) Cfr. G. BALENA; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità*, cit., 129 ss.

(35) Chiarissima in questo senso, S. IZZO, *La convenzione*, 230 e 237.

(36) Cfr. Cass., sez. I, 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.*, 1997, 3, con nota di M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, dove la citazione.

(37) Cfr. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, 1999, Padova, 148, nota 60; A. PANZAROLA, *La cassazione civile*, 980, 985.

nullità, e così la Corte di cassazione non potrà che dirigere il suo esame su questa sentenza.

§.17. Considerazioni conclusive sui poteri della Corte di cassazione.

La vicenda in esame, nel suo evolversi nei vari gradi di giudizio, mi sembra dimostri che, allargando al massimo i due motivi di impugnazione del lodo che consentono la più ampia indagine (della Corte d'appello prima e) della suprema Corte adita del ricorso avverso la sentenza di nullità (poi), ossia i motivi di cui ai nn. 1 e 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., lì includendovi l'ultra/extrapetizione e la pretermissione del litisconsorte necessario, i poteri «a fisarmonica» della suprema Corte si espandono, e si espandono senza che, forse, vi sia una reale esigenza di sistema in questo senso, tenuto conto delle origini negoziali dell'arbitrato ma, soprattutto, del ruolo della suprema Corte e dell'istituto della Cassazione. L'*error in procedendo* è già vagliato dal giudice di secondo grado e la nullità che ne deriva è, nel contesto arbitrale, l'oggetto stesso di quel giudizio di secondo grado, senza considerare che il controllo su questo tipi di *errores*, di attività appunto, non ha nulla del mantenimento dell'esatta e uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo dell'art. 65 ord. giud. (di più, se l'arbitrato è di equità). Come l'accertamento della validità ed efficacia della convenzione arbitrale non ha nulla della regolazione dei conflitti di competenza.

La suprema Corte, in questi casi, si trova, ciononostante, a dover indagare sull'esistenza, sull'oggetto, sul modo d'essere, sulla portata oggettiva e soggettiva della convenzione arbitrale, etc., verosimilmente nell'ambito di un complesso negoziale in cui, sebbene tali elementi non siano elementi costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, hanno attinenza immediata rispetto alla domanda giudiziale: ne implicano l'esame, ma la loro consistenza non è riducibile a quella di presupposto processuale o di questione pregiudiziale di merito, che si porrebbe, quest'ultima, come premessa per la soluzione di una questione a sua volta pregiudiziale ma pur sempre di schietto rito ⁽³⁸⁾.

(38) V. tra la giurisprudenza precedente a quella della svolta, Cass., 15 settembre 200, n. 12175, in *Giur. it.*, 2001, con nota di P. L. NELA. V. la critica di S. IZZO, *La convenzione*, cit., 142 ss.; nonché, sia pur in relazione all'eccezione di compromesso per arbitrato estero, quella di C. CONSOLO, *Soprassalti delle sezioni unite intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di New York quanto all'ordine delle questioni di rito e di doppio «merito» e riflessioni sull'art. 4 l. 218*, in *Corr giur.*, 2004, 923 e 928, che proprio inquadra la validità dell'accordo arbitrale nei termini che la vicenda che qui si commenta sembrerebbe confutare per la diretta incidenza di questa questione sulla domanda.

L'accertamento dell'estensione, oggettiva e soggettiva, della convenzione arbitrale, nell'ambito di un complesso negoziale di durata e plurisoggettivo, ha un'efficacia ben più ampia e invadente (il merito) rispetto a quella di una decisione in *rito* del processo, e fin anche un sua autonoma dignità.

CAPITOLO QUINTO

L'APPLICAZIONE DELL'ART. 393 C.P.C.: LA REVIVISCENZA DEL LODO DOPO LA CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO

§.18. Il problema dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'impugnazione per nullità del lodo. – §.18.1. (segue): una recente decisione sotto regime previgente nel senso dell'estensione applicativa (Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188). – §.19. I limiti dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato. – §.19.1. (segue): l'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato come soluzione accettabile nel regime previgente ma non in quello attuale. – §.20. La modifica per d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 dell'art. 830 c.p.c.: il criterio della distinzione tra casi e casi di nullità. – §.21. La soluzione francese. Il contesto dell'art. 1034 *CPC*: le *voies des recours*, in particolare l'*appel* e le *pourvoi en cassation*. – §.21.1. (segue): la decisione di rinvio. – §.21.2. La chose jugée della sentenza di primo grado quale effetto della mancata «riassunzione»: l'art. 1034 *CPC* (vs. l'art. 393 c.p.c.). – §.21.3. Somiglianti problemi applicativi.

§.18. Il problema dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'impugnazione per nullità del lodo.

L'interesse e la delicatezza del problema dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato, ovvero della reviviscenza, o del non «venir meno» (precisa la suprema Corte) del lodo arbitrale a seguito della cassazione della sentenza della Corte d'appello che l'ha annullato, come scriveva autorevole dottrina nell'annotare una sentenza della suprema Corte dell'ormai lontano 1996, sono oggigiorno rinnovati ⁽¹⁾. Quell'interesse è sin crescente: basti considerare la spinta data all'arbitrato dal più

(1) Cass., sez. I, 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. arb.* 1997, 317 ss., con nota di E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*, il quale Autore è dell'avviso che l'estinzione del lodo arbitrale consegua, quale effetto, alla cassazione della sentenza che l'ha annullato in caso di mancata riassunzione del giudizio di rinvio (o di estinzione della fase di rinvio) mentre che tale effetto non si produca in caso di sentenza del giudice dell'impugnazione che l'abbia respinta, mancando l'effetto sostitutivo (solo) in questa seconda ipotesi. Dello stesso avviso, F. AULETTA, *La nullità del lodo o del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.* 2005, 6, 1598 ss., il quale indaga, nella vigenza del testo normativo ante riforma del 2006, sul ricorso per cassazione avverso le sentenze rese sui giudizi di nullità dei lodi. Sul tema, si veda anche B. CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio (art. 393 c.p.c.)*, in nota a Cass., sez. II, 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forzata* 2004, 146 ss. Recentemente, C. RIZZA, *La sorte del lodo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione per nullità in sede di rinvio dalla cassazione*, in nota a Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 840 ss. Per quanto a mia conoscenza, non altri contributi trattano specificamente il tema.

recente legislatore e quindi alla derivata necessità di far chiarezza attorno all'«epilogo arbitrale», e così chiudendo il cerchio che ho tentato di disegnare col presente lavoro.

Accanto alla diversa struttura del sistema impugnatorio arbitrale rispetto a quello approntato per le sentenze dell'a.g.o., anche lo sganciamento del lodo da quel sistema processuale, o, detto diversamente, la sua indipendenza, che emergono tanto nel corso del procedimento arbitrale quanto all'esito di questo, non possono essere trascurati nella valutazione *de qua*. L'applicazione di una norma di sistema come quella dettata dall'art. 393 c.p.c., già di difficile applicazione nell'alveo giurisdizionale, può allora diventare ancor più faticosa.

Anche alla luce delle indagini svolte nei paragrafi precedenti e delle conclusioni ivi rassegnate, si tenterà di dare una soluzione al problema quindi di dare una risposta al seguente quesito (di sistema, potrebbe essere definito): rivive il lodo quando la Corte di cassazione cassa la sentenza della Corte d'appello che l'ha *annullato*?

La risposta muoverà da quella data dalla suprema Corte in una sua recente decisione che, nel dettare la sorte di un lodo giunto in cassazione sotto il regime previgente, ripercorre l'evoluzione dell'arbitrato, oltre a riprendere la giurisprudenza sull'art. 393 c.p.c. guardando alla sua applicazione alle sentenze dell'a.g.o., cui del resto il lodo rituale omologato va assimilato ⁽²⁾.

È infatti l'evoluzione storica dell'istituto, scandita da un importante riforma (quella del 2006) e da altrettanto importanti pronunce giurisprudenziali che hanno trasformato l'arbitrato, credo, a condurre a una possibile risposta, non senza tener conto delle difficoltà che si incontrano nell'applicazione dell'art. 393 c.p.c.

La dimostrata natura di giudizio di legittimità dell'impugnazione per nullità (non omologabile a un giudizio d'appello)(cap. I), il ristretto e definito spazio applicativo dei motivi di impugnazione del lodo (cap. II), la normativizzata esaltazione dell'autoresponsabilità delle parti (cap. III), i poteri d'indagine della Corte di cassazione “sul lodo” con le dovute distinzioni tra casi e casi di nullità (cap. IV), dovrebbero costituire le premesse di una possibile risposta, insieme alla acclarata natura giurisdizionale dell'arbitrato.

(2) Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, cit. (per estratto) in calce al presente lavoro.

§.18.1. (segue): una recente decisione sotto regime previgente nel senso dell'estensione applicativa (Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188).

La Corte di cassazione conferma l'estensione dell'art. 393 c.p.c. al sistema impugnatorio arbitrale (impugnazione per nullità più ricorso per cassazione) che pur differisce da quello ordinario (appello più ricorso per cassazione) ⁽³⁾. Infatti la Corte di cassazione non condivide i tre principali argomenti adducibili a sostegno della non applicabilità dell'art. 393 c.p.c. al sistema impugnatorio arbitrale ossia: la «diversità del giudizio» di impugnazione del lodo da quello di appello; che presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c. sarebbe il carattere «sostitutivo» dell'appello (che non sarebbe tratto caratteristico dell'impugnazione per nullità) per cui solo se la pronuncia sull'impugnazione sostituisce quella di primo grado può predicarsi che la successiva estinzione del giudizio di rinvio sia idonea a far cadere la prima decisione; la definitività del lodo arbitrale come «uno dei possibili esiti del giudizio di rinvio» in quei casi, oggi indicati dal legislatore, in cui la Corte d'appello si sia limitata a una pronuncia rescindente dell'impugnazione.

Come già aveva affermato la Corte di cassazione nel 1996, cui la recente decisione pienamente si uniforma, l'ampiezza e generalità dell'art. 393 c.p.c. non consentono distinzioni tra sentenza puramente processuale, che non si sostituisce alla decisione di merito dei giudici di prime cure, e sentenza di merito sostitutiva.

Specificamente per l'arbitrato, la suprema Corte afferma poi che non essendovi oggi più alcun dubbio sulla natura giurisdizionale, e non negoziale, dei lodi arbitrali, e

(3) Il ricorso, nel caso di specie, veniva proposto avverso una sentenza della Corte d'appello di Palermo del 9 aprile 2009 confermativa di una sentenza dei giudici di primo grado che aveva provveduto sull'opposizione avverso un precetto intimato in forza di un lodo arbitrale depositato e reso esecutivo nel 1993. Quel lodo era stato impugnato innanzi alla Corte d'appello di Roma che ne aveva dichiarata la nullità nel 1996 per «carezza di potere giurisdizionale degli arbitri», risultando la controversia riconducibile alla giurisdizione amministrativa e non a quella ordinaria per cui la clausola arbitrale non poteva avere effetto. Con sentenza del 1998, la Corte di cassazione cassava con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Roma, dichiarando la giurisdizione del giudice ordinario e prima degli arbitri. Nessuna delle parti tuttavia riassumeva il giudizio di rinvio e il suddetto precetto veniva intimato sul presupposto che, annullata la sentenza che lo aveva annullato, il lodo fosse valido. Tuttavia, i giudici di primo grado di Palermo, in applicazione dell'art. 393 c.p.c., quindi reputando che la mancata riassunzione del giudizio di impugnazione del lodo dopo il rinvio avesse determinato l'estinzione dell'intero giudizio e, quindi, anche del lodo arbitrale, dichiaravano la nullità del precetto. La Corte d'appello di Palermo, investita, dalla parte che aveva interesse a sentire dichiarata l'efficacia del lodo, che fondava l'impugnazione persistenza del lodo nonostante l'estinzione del giudizio relativo alla sua impugnazione, ha disatteso quel motivo. Quella stessa parte ha proposto allora ricorso per cassazione assumendo la violazione degli artt. 392 e 393 c.p.c.

sulla loro conseguente suscettibilità al giudicato, deve essere approntato e loro «garantito» il medesimo sistema impugnatorio delle sentenze. Così, l'impugnazione per nullità, cui è soggetto il lodo (oltre a essere assoggettabile ad altri tradizionali rimedi impugnatori processuali), non può che essere un'impugnazione processuale: con essa viene introdotto un secondo grado di giudizio rispetto a quello di primo grado svoltosi dinanzi agli arbitri, giudizio che, pur quando non produttivo di una pronuncia sostitutiva della prima, integra una nuova fase giurisdizionale su un atto (il lodo) avente esso stesso effetti giurisdizionali.

Infatti, prima di interrogarsi sulla portata applicativa della regola di cui all'art. 393 c.p.c. guardando alla sua concreta applicazione alle sentenze dell'a.g.o. ⁽⁴⁾, occorre saggiare la sua astratta applicabilità all'arbitrato.

Scrivendo la suprema Corte del 1996, in un passaggio della motivazione richiamato e riportato nella sua più recente decisione: «se [il lodo] è, esso stesso, ormai attratto nell'ambito giurisdizionale, e se il giudizio d'impugnazione che lo riguarda genera perciò un'attività giurisdizionale di secondo grado è chiaro che le conseguenze dell'estinzione del procedimento vanno ricondotte anch'esse ad un piano prettamente processuale, ed è appunto su questo piano che occorre perciò verificare se e quali ripercussioni l'estinzione del giudizio possa aver provocato sugli effetti della decisione arbitrale impugnata».

Insomma, la oggi piena equiparazione del lodo alla sentenza sotto il profilo dei suoi effetti deve, per la suprema Corte, scontare anche questo effetto processuale: non si può sostenere la natura giurisdizionale, e non meramente negoziale del lodo, e poi sottrarsi alle conseguenze di tale classificazione. Una di queste conseguenze è la regola fissata dall'art. 393 c.p.c. in forza della quale l'estinzione del giudizio di rinvio, a seguito di cassazione della sentenza d'appello, travolge l'intero processo, comprese le decisioni di merito annullate o riformate dalla sentenza poi cassata.

Afferma allora Corte: «pretendere che possa sopravvivere con effetti di giudicato la sentenza (arbitrale) di primo grado – sol perché è stata annullata quella di grado successivo che l'aveva sostituita o eliminata – significherebbe trascurare gli effetti dell'originaria impugnazione, che ha comunque impedito [pur non sostituendola, ndr] il consolidarsi della prima decisione».

(4) Come efficacemente ha fatto C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 840 ss.

La *ratio* della norma citata è infatti quella di impedire il consolidarsi di una decisione se non in conseguenza di una determinata definizione del giudizio di impugnazione tempestivamente instaurato («che però, appunto, a causa della mancata riassunzione in sede di rinvio dalla cassazione non può più verificarsi»), quindi di garantire quel rapporto tra giudizio di legittimità e giudizio di merito che caratterizza il sistema impugnatorio processuale cui il lodo accede. Infatti, col meccanismo del rinvio il giudice di merito si trova costretto a tener conto dei criteri dettati da quello di legittimità mediante una nuova pronuncia «mentre, se si lasciasse sopravvivere puramente e semplicemente la sentenza di primo grado annullata dalla pronuncia (cassata) della corte d'appello, non si avrebbe alcuna garanzia che la vertenza risulti definita nel rispetto dei principi giuridici enunciati dalla Suprema corte».

Tutto il ragionamento della Corte muove dal corretto presupposto che l'impugnazione per nullità è giudizio di secondo grado rispetto a quello di primo grado svoltosi innanzi agli arbitri ⁽⁵⁾, e che la iniziale disomogeneità di situazioni derivante da differenti investiture viene meno con l'«attrazione» del lodo nell'ambiente giurisdizionale. Si devono dunque accettare le conseguenze logiche e di sistema di quest'impostazione ⁽⁶⁾.

A questo punto, ammessa in via del tutto generale l'estensione della norma all'arbitrato, la suprema Corte, nell'indagare sulla portata applicativa dell'art. 393 c.p.c., non coglie il ripensamento sollecitato dai ricorrenti all'indomani della soluzione affermata da Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4071, con riferimento all'analogo problema della sorte del decreto ingiuntivo in seguito all'estinzione del giudizio di opposizione in sede di rinvio dalla Cassazione ⁽⁷⁾.

(5) E non un'azione di annullamento di un atto negoziale o un'azione di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero che è un giudizio in un unico grado senza carattere impugnatorio. V. cap. I. Per C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 842, spec. note 10 e 11, alla luce di Cass. n. 4071/2010 (su cui *infra*), la questione se l'impugnazione per nullità sia impugnazione in un unico grado o in secondo grado non è invece più così dirimente (come non è indispensabile la soluzione del problema della natura del lodo) ai fini dell'applicazione dell'art. 393 c.p.c. considerando che l'effetto sostitutivo non è più l'effetto naturale della pronuncia del giudice di secondo grado e che è il carattere «impugnatorio», e non l'«omogeneità» tra l'atto impugnato e la decisione sulla sua impugnazione, a essere determinante.

(6) Cfr. B. CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato*, cit., 165, per il quale nel disegno di Cass. n. 10456/1996 «condizione per l'applicabilità dell'art. 393 c.p.c. – che fa *tabula rasa* di qualsiasi decisione di merito – è l'omogeneità degli atti caducati che debbono tutti appartenere alla serie giurisdizionale (ed in questa serie viene inserito, dalla Cassazione, il lodo rituale omologato)».

(7) Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4071, in *Giust. civ.* 2010, 3, I, 549 ss.; in *Corr. giur.* 2010, 6, 732 ss., con nota di M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione*

Tiene poi a precisare la Corte che l'art. 393 c.p.c. fa conseguire l'estinzione dell'intero processo «soltanto» alla mancata riassunzione tempestiva oppure alla sopravvivenza di altra causa di estinzione, non mostrando, il legislatore, totale disinteresse verso ciò che venuto prima della sentenza cassata. Conseguenza dell'applicazione dell'art. 393 c.p.c. non è, infatti, per la Corte di cassazione, la non riviviscenza della sentenza di primo grado (implicazione che, per la Corte di cassazione, non trova fondamento nell'art. 393 c.p.c.) ma, più esattamente, il suo «v[enir] meno» al verificarsi di una delle sue suindicate condizioni. L'art. 393 c.p.c., in sintesi, si limita a disciplinare la «prospettiva» estinzione del giudizio di rinvio e non altro.

§.19. I limiti dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato.

Viene da domandarsi, muovendo dalla lettura della decisione della suprema Corte, che sottende principi generali del sistema, se nel contesto arbitrale, che dispone di un mezzo di impugnazione al limite tra il merito e la legittimità, sia davvero avvertita quell'esigenza rincorsa dall'art. 393 c.p.c. (ovverosia, si è scritto, l'esigenza di garantire quel rapporto tra giudizio di legittimità e di giudizio di merito che caratterizza il sistema impugnatorio processuale cui il lodo accede).

Una risposta negativa non può essere sorretta da elementi di carattere logico e sistematico, come emerge chiaramente dalla sentenza della suprema Corte ⁽⁸⁾, ma dal principio di economia processuale, oggi in generale sempre più incombente e principio «naturale» dell'arbitrato, forse sì. La totale vanificazione del lodo, anche quale conseguenza dell'estinzione del giudizio di rinvio e non quale effetto diretto della cassazione della sentenza che l'ha annullato, quando quel lodo dovrebbe essere il risultato di un procedimento che ha sin l'ambizione, tradotta in legge, di produrre effetti

del decreto ingiuntivo secundum eventum litis; in Riv. dir. proc., 2011, 473 ss., con nota di C. RIZZA, *Sul passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo in caso di estinzione del processo dopo il giudizio di cassazione* (su cui *infra*), cui si rinvia, pur non ravvedendo chi scrive qui troppe analogie tra i due sistemi, monitorio e arbitrale. Sul più ampio tema del giudizio di rinvio, cui si inserisce quello dell'art. 393 c.p.c., nel processo ordinario, v. ID., *Efficacia del principio di diritto e poteri del giudice di rinvio*, tesi di dottorato in diritto processuale civile, XXIV ciclo, Università di Roma La Sapienza, disponibile sul sito dell'Ateneo.

(8) Dello stesso avviso C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 844.

deflattivi, può apparire una soluzione diseconomica e antitetica rispetto a quelle cui è giunto il recente legislatore⁽⁹⁾.

Un'interpretazione letterale e formalistica dell'art. 393 c.p.c., che trascura le peculiarità, e la diversa natura, dell'impugnazione per nullità, e, in generale, del sistema arbitrale entro cui quella stessa norma dovrebbe trovare applicazione, potrebbe apparire troppo conservatrice, anche e specialmente da una prospettiva sovranazionale: nell'ambito di un sistema teso a garantire ai lodi arbitrali piena efficacia ai fini della loro circolazione e allargata eseguibilità, l'assimilazione di un lodo valido a un lodo che, per via di un meccanismo come quello dettato dall'art. 393 c.p.c., «viene meno», è difficilmente comprensibile.

E ciò a maggior ragione se quella letterale e formalistica interpretazione è stata smussata, dalla stessa suprema Corte, nell'ambito di dinamiche processuali «a tutela privilegiata», cui, almeno da questo punto di vista, è assimilabile quella arbitrale, già solo per il suo fondamento negoziale⁽¹⁰⁾. E, peraltro, mentre in quel contesto di tutela privilegiata, la dissoluzione della prima decisione (*ie* del decreto ingiuntivo) e l'esigenza di riiniziare tutto daccapo muovono dalla considerazione che quella decisione sia pur sempre «il frutto di un mero simulacro di contraddittorio e che l'iniziativa dell'opponente, coltivata in primo grado ed in appello, appare indice sufficiente della volontà di non accettare l'esito del giudizio sommario, così che giunti a tale grado di avanzamento del processo non parrebbe eccessivamente penalizzante far gravare sul creditore l'onere di tempestive riattivazione del processo», certo lo stesso non può dirsi per l'arbitrato⁽¹¹⁾.

Di là poi queste considerazioni di valore, la catena processuale tendente al giudicato formale cui fa riferimento l'art. 393 c.p.c. nell'affermare l'estinzione dell'«intero processo» a seguito della mancata riassunzione del giudizio di rinvio non è quella ordinaria e tale differenza non può essere trascurata, e non solo per via della diversa investitura degli arbitri rispetto all'investitura dei giudici (facilmente superabile,

(9) Il riferimento è al nuovo meccanismo introdotto dal d.l., 12 settembre 2014, n. 132 (rubricato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»), convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

(10) Si rinvia all'analisi di C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 840 ss., pur col limiti di tale accostamento.

(11) Riprendendo le conclusioni di M. NEGRI, *Estinzione del giudizio*, cit., 738. V. *infra*.

come ha dimostrato la suprema Corte, ostentando la medesima funzione giurisdizionale).

La ricorribilità per cassazione della sentenza della Corte d'appello di rigetto o di accoglimento dell'impugnazione per nullità aziona l'applicazione delle norme sul ricorso per cassazione, tra cui anche quelle sul giudizio di rinvio, ma essendo queste ultime dettate per le sentenze dell'a.g.o., quindi per il processo ordinario, potrebbe essere necessaria una preliminare valutazione di compatibilità e/o adattabilità anche «caso per caso» ossia considerando il vizio-motivo in forza del quale la Corte d'appello ha dichiarato la nullità del lodo, quella valutazione di compatibilità che invece la suprema Corte esclude ritenendo «ininfluente» la diversità strutturale dell'impugnazione per nullità ⁽¹²⁾.

La portata generale dell'art. 393 c.p.c. – ma considerando che detta norma è, allo stesso tempo, derogatoria rispetto alla regola generale che disciplina gli effetti dell'estinzione (art. 310 c.p.c.)⁽¹³⁾ – potrebbe dunque essere ridimensionata, tenuto conto della diversità del sistema processuale arbitrale, e adattata ai singoli casi di nullità, quantomeno distinguendo, come oggi distingue chiaramente il sistema dell'art. 830 c.p.c., tra casi in cui la Corte d'appello, una volta dichiarata la nullità del lodo, decide la controversia nel merito e casi in cui alla Corte d'appello è, viceversa, impedito: il conseguente giudizio di rinvio a seguito della cassazione della decisione della Corte d'appello sarà produttivo di effetti diversi a seconda che si rientri nel primo o nel secondo gruppo di casi ⁽¹⁴⁾.

L'«opzione di valore» per cui una volta disposto il rinvio, il disinteresse per questo vada comunque valutato negativamente a prescindere dalla relazione fra cassazione con rinvio e tenore della sentenza cassata e, poi, fra sentenza cassata e sentenza di primo grado, potrebbe non valere per l'arbitrato. Infatti la Corte, nel suo argomentare, muove dal presupposto che «il processo civile è anche un servizio pubblico e rappresenta un costo per la collettività» per cui il legislatore «ha preferito (...) sanzionare il disinteresse delle parti come tale senza distinguere a seconda che, a seguito della cassazione con rinvio una di esse potesse essere interessata al giudizio di

(12) Su cui più ampiamente *infra*.

(13) E. ZUCCONI GALLI FONSENCA, *Decisione sull'impugnazione per nullità*, in A.a. V.v., *Arbitrato*, a cura di F. CARPI, Bologna 2008, 836.

(14) V. *infra* §.20. sull'art. 830 c.p.c. come riformato nel 2006 quindi sull'incidenza di tale modifica.

rinvio ed altra no», ma non il medesimo presupposto potrebbe rinvenirsi nell'argomentare nell'ambito del percorso processuale che va dal lodo arbitrale alla cassazione, dove la riattivazione del processo rischia di penalizzare (qui sì) *eccessivamente* la parte vittoriosa dell'arbitrato ⁽¹⁵⁾.

Se è vero, come affermano di giudici della suprema Corte, che non vi è nessuna norma, come può essere quella di cui all'art. 653 c.p.c. (che fa conseguire al rigetto dell'opposizione con sentenza passata in giudicato e all'estinzione del processo l'esecutività del decreto ingiuntivo)⁽¹⁶⁾, con cui coordinare l'art. 393 c.p.c. consentendone la «sovrapponibilità», quest'ultima norma, più generale, va forse coordinata e resa compatibile col (al) sistema arbitrale nel suo complesso e, in particolare, col suo peculiare sistema impugnatorio che è quello disegnato dagli artt. 827 ss. c.p.c. Senza considerare che, anche accostando i due sistemi, quello monitorio e quello arbitrale, come stato già notato, «il carattere *lato sensu* impugnatorio del giudizio di cognizione del giudice ordinario in sede di impugnazione per nullità del lodo potrebbe essere predicato non meno che rispetto al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo» ⁽¹⁷⁾ e che il «grado di resistenza» del lodo, rispetto a quello del decreto ingiuntivo, dovrebbe essere molto maggiore, non essendo il lodo, come il decreto ingiuntivo, il «terminale» di una fase sommaria da sostituire necessariamente con una decisione a cognizione piena, come già si è accennato ⁽¹⁸⁾.

Oltre alla diversità strutturale dell'impugnazione per nullità, come mezzo di impugnazione specifico per l'arbitrato, sottolineata dalla stessa Corte, è infatti lo scollamento tra il lodo arbitrale e la fase successiva a questo a impedire all'art 393 c.p.c.

(15) Cfr. M. NEGRI, *Estinzione del giudizio*, cit., 735.

(16) Per cui si rinvia all'analisi di C. RIZZA, *La sorte del lodo*, 840 ss. Sempre sul rapporto tra l'art. 653 c.p.c. e l'art. 393 c.p.c., oltre ai contributi già citati, pur coi limiti che presenta tale accostamento, v. B. CAPPONI, *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c. (passando per gli artt. 310 e 338 c.p.c.: un concorso di discipline soltanto apparente)*, su www.judicium.it, il quale critica la decisione delle Sez. Unite per cui occorre valutare il segno della decisione che, in quel caso, ha definito l'opposizione a decreto ingiuntivo, ritenendo che «occorr[a] dare al problema del rapporto tra decreto (fase sommaria) e sentenza definitiva dell'opposizione (giudizio ordinario) una soluzione unitaria, che prescindendo dal segno di tale decisione. E che soprattutto muova dal rapporto – che identifica un dato specifico e caratteristico del processo ingiuntivo – tra fase speciale senza contraddittorio e fase di cognizione ordinaria quali elementi che si integrano a comporre un giudizio di tipo unitario, che viene sempre definito – pur essendo esordito in forme speciali – con una normale sentenza di primo grado appellabile». Cfr. *infra* nota 26.

(17) Così, C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 845.

(18) B. CAPPONI, *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c.*, cit., 10. Cfr. M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione*, cit., 738.

di aderire perfettamente all'arbitrato, scollamento che emerge, già e a titolo esemplificativo, dall'art. 124 c.p.c. che avvia la sentenza al giudicato.

Insomma, che l'«intero processo», individuato dall'art. 393 c.p.c. quale oggetto di estinzione, comprenda anche la fase del giudizio arbitrale, e non solo quello svoltosi innanzi all'a.g.o., potrebbe rappresentare una forzata interpretazione della norma, considerando la disomogeneità dei due sistemi, quella stessa disomogeneità che è coerente con l'«alternatività» del sistema arbitrale rispetto a quello togato ma che la suprema Corte supera, per l'appunto, «forzando» l'identità di funzione (giurisdizionale)⁽¹⁹⁾.

§.19.1. (segue): l'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato come soluzione accettabile nel regime previgente ma non in quello attuale.

La recente soluzione della Corte di cassazione, a una valutazione logica e sistematica, di là delle considerazioni, di valore e non, mosse nel paragrafo precedente, è da condividere, se si considera che il lodo in questione è il risultato di un arbitrato introdotto nel 1991 (ma la soluzione, come ha chiarito la stessa Corte, non sarebbe stata diversa nel regime della l. 5 gennaio 1994, n. 25) per cui l'art. 830 c.p.c., che, dopo il 2006, ha fatto dell'impugnazione per nullità un giudizio di regola solo rescindente, è *ratione temporis* inapplicabile ⁽²⁰⁾. Tanto è vero che la suprema Corte, nel suo argomentare, muove dall'assunto che «sia sempre la stessa corte a dover decidere nel merito del giudizio rescissorio», che ciò che era allora ma che oggi non è ⁽²¹⁾.

Del resto nella decisione del 1996 i giudici della Corte avevano sottolineato la natura giurisdizionale e non negoziale del lodo, fondando proprio su tale distinzione la loro conclusione. Solo recentemente è sicura la natura giurisdizionale del lodo, talché quella distinzione non dovrebbe più essere così dirimente nell'affermazione di un principio di diritto come quello dettato dalla corte di Cassazione sulla sorte del lodo ⁽²²⁾,

(19) Cfr. B. CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato*, cit., 165.

(20) Infatti in base alla disciplina transitoria del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la disposizione modificativa dell'art. 830 c.p.c. si applica ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata presentata successivamente alla data di entrata in vigore del decreto (e cioè il 2 marzo 2006).

(21) Così, C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 844.

(22) Altri insomma dovrebbero essere gli elementi da considerare nell'enunciazione di quel principio di diritto: si vedano le considerazioni *supra*.

ma per un lodo del 1993, risultato di una scelta a favore dell'arbitrato ancora precedente, è condivisibile che lo sia.

Inoltre, se allora l'applicabilità dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato veniva giustificata anche, e principalmente, sulla considerazione che la fase che si apre con l'impugnazione per nullità del lodo è a tutti gli effetti una seconda fase di cognizione lasciando tuttavia «in sospeso» il «problema della natura dell'impugnativa»⁽²³⁾, senza dunque assumere che l'impugnazione per nullità configurasse un giudizio d'appello quindi traendo da tale classificazione la conseguenza *de qua*, oggi la Cassazione nega chiaramente (e condivisibilmente) l'identità tra impugnazione per nullità e appello ma ciò nonostante conclude sempre per l'estensione dell'art. 393 c.p.c. assumendo infatti che quella stessa classificazione non sia presupposto applicativo della norma.

Meno convincente, come è stato già osservato, è la motivazione della sentenza nella parte in cui, alla luce di Cass. n. 4071/2010, non ammette modulazioni dell'art. 393 c.p.c. a seconda del segno della decisione di secondo grado affermandone l'indiscriminata applicabilità⁽²⁴⁾.

Nel già richiamato commento della sentenza del 1996, era stato già notato come la medesima conclusione dell'estensione dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato non potesse trarsi per l'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione per nullità l'avesse respinta: in quel caso infatti «il lodo resta in vita e svolge efficacia, quand'anche quella sentenza di rigetto venga cassata e fino a quando non sopravvenga, in sede di rinvio, una sentenza di accoglimento dell'impugnazione per nullità: pertanto, in caso di mancata instaurazione della fase di rinvio o di estinzione della medesima, il lodo acquista addirittura l'usbergo del giudicato»⁽²⁵⁾. Così, si affermava, a differenza dell'appello che sia quando di accoglimento che quando di rigetto ha carattere sostitutivo, solo la sentenza di accoglimento dell'impugnazione di nullità ha carattere sostitutivo mentre quella di rigetto non ha tale caratteristica: che è lo stesso approccio «*secundum eventum litis*» (là, *secundum eventum impugnationis*) adottato, sia pur nell'ambito di una diversa dinamica processuale, dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 4071/2010, nell'affermare che l'effetto sostitutivo della pronuncia resa sull'opposizione promossa dal debitore

(23) E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità*, cit., 324.

(24) Così, C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., 845.

(25) E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità*, cit., 325; e così anche F. AULETTA, *Il giudizio di nullità*, cit, 1599.

ingiunto ricorre quando quella pronuncia sia di accoglimento ma non ricorre quando sia di rigetto ⁽²⁶⁾.

L'effetto sostitutivo della sentenza di secondo grado veniva dunque considerato da quella autorevole dottrina presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c.

Accettando la medesima generale premessa, rigettata dalla recente decisione della Corte ma accolta dalle Sezioni Unite, nel paragrafo che segue proverò a dimostrare che l'effetto sostitutivo della sentenza della Corte d'appello sul giudizio di nullità oggi è escluso anche quando quella sentenza sia di *annullamento* del lodo ossia di accoglimento dell'impugnazione per nullità, da cui la disapplicazione, anche in quel caso (e non solo in caso di rigetto dell'impugnazione), dell'art. 393 c.p.c. ⁽²⁷⁾.

Del resto, recentemente, pronunce dichiaratamente non sostitutive (come quella di inammissibilità *ex art. 348-bis* c.p.c. che fa rivivere la sentenza di primo grado tanto da essere quest'ultima direttamente ricorribile per cassazione *ex art. 348-ter* c.p.c.) vedono la disapplicazione dell'art. 393 c.p.c. per cui quella premessa generale parrebbe ancora e più valida ⁽²⁸⁾.

§.20. La modifica per d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 dell'art. 830 c.p.c.: il criterio della distinzione tra casi e casi di nullità.

(26) V. C. RIZZA, *La sorte del lodo, passim*, spec. nota 3. V. *supra* nota 16. Cfr. M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione*, 736, la quale, pur manifestando una serie di perplessità rispetto alla soluzione «intermedia» delle Sez. Unite, per lo più fondate sulla sommarietà del giudizio che conduce al decreto ingiuntivo, per cui la decisione sull'opposizione dovrebbe *sempre* sostituirsi all'ingiunzione, sembra accettare che l'effetto sostitutivo sia il presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c.

(27) La suprema Corte nella sua recente decisione non solo non considera l'effetto sostitutivo come presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c. ma esclude anche che nel caso di specie venga in rilievo il problema della sussistenza o meno dell'effetto sostitutivo, infatti per la suprema Corte «la pronuncia emessa sull'impugnazione del lodo dalla Corte d'Appello di Roma ne dispose la caducazione per riconducibilità della controversia all'ambito della giurisdizione amministrativa e, quindi, per il difetto di compromettibilità in arbitri. Onde, avendo fatto venir meno il lodo per tale ragione si era sostituita ad esso. Ne segue che non viene in rilievo nella specie l'idea che quando la pronuncia sull'impugnazione del lodo non avesse svolto, per il suo tenore, un'efficacia sostitutiva, come nel caso in cui l'impugnazione fosse stata dichiarata inammissibile, dovesse nel regime di cui ci si occupa, predicarsi, in ipotesi, che la successiva estinzione del giudizio dopo la cassazione con rinvio della pronuncia sull'impugnazione, non avendo essa sostituito il lodo, sarebbe stata inidonea a farlo cadere per effetto dell'estinzione» (v. *supra* nota 3, dove si ripercorre il caso).

(28) V. E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità*, cit, nota 3. Afferma il carattere non sostitutivo delle pronunce di inammissibilità, improponibilità ed improcedibilità dell'appello, Cass., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 328. Cfr. *infra* nota 35.

Come già emerso nel corso dell'*excursus* storico del primo capitolo, ante riforma del 2006 sull'arbitrato (quella per d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) l'art. 830 c.p.c. prevedeva che «salvo volontà contraria di tutte le parti, la Corte d'appello pronuncia anche sul merito se la causa è in condizione di essere decisa, ovvero rimette con ordinanza la causa all'istruttore se per la decisione del merito è necessaria una nuova istruzione» dunque il legislatore indicava, senza ammettere distinzioni, una precisa soluzione nel senso della proseguibilità nel merito del giudizio sull'impugnazione per nullità, di una decisione che potesse sempre sostituirsi a quella arbitrale ⁽²⁹⁾. Quella soluzione era del resto rispettosa dell'appartenenza dell'impugnazione per nullità alla categoria delle impugnazioni processuali che, diversamente dalle impugnative degli atti negoziali, tendono all'eliminazione della pronuncia impugnata ma anche all'emanazione di una nuova decisione ⁽³⁰⁾.

La legge delega del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha tuttavia prescritto al Governo, nell'ottica di una generale «razionalizzazione» del mezzo di impugnazione, di «disciplinare il procedimento, prevedendo *le* ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità» ⁽³¹⁾. L'idea di fondo del delegante era infatti quella di stabilizzare i lodi proteggendoli dalle impugnazioni (razionalizzazione dei motivi) ma anche, e consequenzialmente, per quanto concerne il procedimento (razionalizzazione del procedimento), e specificamente la sua fase rescissoria, di rispettare la volontà arbitrale delle parti, sulla scorta di quell'autorevole pensiero per cui chi impugna il lodo «vuole l'arbitrato, non lo rifiuta» ⁽³²⁾, e così anche rendere autonomo l'arbitrato. Una dimostrazione di tale tesi viene anche dal principio di divisibilità del lodo in forza del quale la pronuncia arbitrale rimane valida nelle parti che

(29) Specificamente sul potere della corte d'appello di decidere la controversia nel merito dopo l'annullamento del lodo, dopo la riforma dell'arbitrato del 2006, quindi alla luce del nuovo art. 830 c.p.c., v. E. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 801 ss.; S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.* 2005, 843 ss., spec. 864 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 2009, 19 ss. Si veda anche lo studio di G. BUGLIANI, *Il rapporto tra giudizio rescindente e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità*, tesi di dottorato, Luiss Guido Carli, A.A. 2009/2010, disponibile sul sito dell'Ateneo.

(30) Così, e su tale distinzione, v. S. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, 216 ss.

(31) Sulla delega e sui principi, v. E. F. RICCI, *La delega dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951 ss.

(32) S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, Milano 1971, vol. II, 339. Il richiamo è di E. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 807.

siano scindibili da quella annullata, principio già affermato con la riforma del 1994, anche qui a mente dell'internazionalità dell'arbitrato, e tenuto fermo dal legislatore del 2006⁽³³⁾.

Il legislatore delegato allora, con una decisione che è stata definita «di compromesso»⁽³⁴⁾, ha individuato i casi, tra quelli indicati nell'art. 829 c.p.c., in cui la Corte d'appello adita dell'impugnazione, una volta annullato il lodo, decide la controversia nel merito: il n. 5 (lodo che manca dell'esposizione sommaria dei motivi, del dispositivo e della sottoscrizione degli arbitri), il n. 6 (lodo pronunciato fuori termine), il n. 7 (nullità derivata del lodo quando nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalla parte sotto espressa sanzione di nullità), il n. 8 (lodo contrario ad altro lodo o sentenza passati in giudicato), il n. 9 (nullità derivata del lodo se nel procedimento non è stato osservato il principio del contraddittorio), il n. 11 (lodo che contiene disposizioni contraddittorie), il n. 12 (lodo viziato da infrapetizione), e il caso di lodo che violi le regole di diritto relative al merito della controversia o l'ordine pubblico.

Solo in questi casi la Corte d'appello, una volta annullato il lodo, procederà a decidere il merito della lite, mentre di regola, trovando applicazione la convenzione d'arbitrato, le parti dovranno instaurare un nuovo giudizio arbitrale⁽³⁵⁾. Questa interpretazione ci sembra infatti la più coerente alle intenzioni del legislatore della riforma ed è la stessa che consente di sostenere, semmai, la regola della finale

(33) Così, E. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 786.

(34) E. F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato, in Libertà e vincoli nella recente evoluzione*, Milano 2006, 23 ss. Non facendo, la riforma del 2006, con la modifica dell'art. 830 c.p.c., una scelta netta a favore dell'autonomia dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale piuttosto che a favore della sua finale confluenza. V. anche M. BOVE, *L'impugnazione per nullità*, cit., *passim*, il quale, nel suo contributo, critica questa mancata scelta che fa troppe distinzioni e manca di un principio ispiratore.

(35) Nel senso che il rapporto regola-eccezione rispetto al potere rescissorio della corte d'appello è quello qui indicato, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 800; *contra*, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo*, cit., 868, per il quale la regola è invece la pronuncia di merito della Corte d'appello, l'eccezione è una pronuncia solo rescindente. Sembra di questa secondo avviso anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità dopo la riforma*, Milano 2010, 289 ss. E possono decidere tanto di attribuire il potere rescissorio ad arbitri in applicazione della convenzione arbitrale ma anche di risolvere il patto compromissorio e demandare la cognizione della causa al giudice ordinario. Così, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo rituale*, cit., 872, per il quale le parti possono altresì risolvere il vincolo compromissorio per consentire, nei casi in cui le sarebbe impedito, alla Corte d'appello di emettere una pronuncia rescissoria, potendo le parti, d'accordo tra loro, rinunciare a un grado di giudizio.

reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza della Corte d'appello che si sia limitata ad annullarlo e, *va da sé*, nessun effetto sostitutivo si sia prodotto⁽³⁶⁾.

In fondo, anche sotto il profilo dell'economia processuale – da considerare, oggi più ieri, oltre a voler preservare a tutti i costi la scelta arbitrale delle parti – il meccanismo della rimessione al primo giudicante nel contesto dell'impugnazione per nullità giustifica ed è *pendant* (del)la disapplicazione dell'art. 393 c.p.c. in tutti i casi in cui alla Corte d'appello, quale giudice statale, è impedita *ex lege* una decisione di merito (sostituiva)⁽³⁷⁾. Non si tratta invero di vera e propria rimessione, stante l'autonomia dei due ordini, limitandosi la Corte d'appello alla declaratoria di nullità, e non trovando applicazione l'art. 354 c.p.c.⁽³⁸⁾.

La logica con cui il legislatore ha selezionato i casi su elencati sfugge: che si tratti infatti di casi, in generale, «meno gravi» non si può sostenere. Come è stato correttamente notato, è «gravissimo» il vizio della mancanza di sottoscrizione o quello del mancato rispetto del principio del contraddittorio, eppure, in quei casi, il giudice dell'impugnazione decide la controversia nel merito⁽³⁹⁾.

Quel che è certo è che legislatore abbia tenuto conto, nel dettare quell'elenco, di quella giurisprudenza che, anche sotto la vigenza della norma nella sua formulazione ante riforma, già affermava la ricorrenza di ipotesi di rimessione al primo giudice (arbitrale o ordinario) dopo l'annullamento del lodo quando vi fosse ragione di ritenere che un primo grado di giudizio non vi fosse stato⁽⁴⁰⁾.

Nel caso recentemente rimesso alla Corte di cassazione, di lodo annullato per inefficacia della clausola compromissoria, nella vigenza dell'art. 830 c.p.c. riformato, non rientrando, quel motivo di annullamento, nell'elenco dell'art. 829, comma 2°,

(36) Sull'incidenza del carattere rescindente dell'impugnazione sull'applicazione dell'art. 393 c.p.c., v. M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione*, cit., *passim*.

(37) Come a dire che, sotto il profilo dell'economia processuale, la limitazione del giudice statale alla decisione di merito dell'art. 830 c.p.c. come riformato nel 2006, quindi la rimessione al primo giudicante dopo l'annullamento del lodo, e la eventuale reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza che l'ha annullato, sono due meccanismi che si compensano l'un l'altro.

(38) E. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., la quale dichiara di preferire questa soluzione; di diverso avviso, S. BOCCAGNA, in A.a. V.v., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. MENCHINI, Padova 2010, *sub* art. 830 c.p.c., 472.

(39) E. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 801.

(40) Soluzione cui era pervenuta anche la dottrina già in sede di interpretazione del vecchio testo dell'art. 830, comma 2°, c.p.c., v. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo rituale*, cit., 867, nota 56, dove riferimenti dottrinali. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass., 6 dicembre 2004, n. 22795, in *Rep. Foro it.* 2005, voce *Arbitrato*, n. 201, per il caso di inesistenza del compromesso.

c.p.c., alla Corte d'appello sarebbe comunque stata impedita una decisione nel merito e, accettando che la astratta possibilità di una decisione di merito di secondo grado è presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c., si può concludere che, nella vigenza dell'art. 830 c.p.c. riformato, la reviviscenza del lodo per cassazione della sentenza che erroneamente ha dichiarato l'inefficacia della clausola per inarbitrabilità della controversia, sarebbe potuta conseguire ⁽⁴¹⁾.

A quale esigenza risponderebbe, in fondo, il dovere di riassunzione del giudizio di rinvio innanzi alla Corte distrettuale cui sarebbe comunque impedito, per legge, un giudizio di merito, e, conseguentemente, il venir meno del lodo in caso di mancata riassunzione?

L'impedimento a una decisione di merito della Corte d'appello, che ho qui provato dimostrare essere ciò che consente la disapplicazione dell'art. 393 c.p.c. (forse ancor prima della mancanza di effetto sostitutivo, che è solo la conseguenza di quell'impedimento *ex lege*), quindi la reviviscenza del lodo, risponde invece all'esigenza di preservare la scelta arbitrale impedendo il controllo del giudice statale, non scelto in origine dalle parti, esigenza che il legislatore della riforma voleva soddisfare.

Un caso peculiare di nullità del lodo, che sfugge alla soluzione qui proposta, e alla logica a essa sottesa, è quello di cui al motivo n. 10, ossia il caso di «lodo [che] conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri». In questo caso, infatti, sarebbe unica la sorte del lodo se la cassazione cassasse la sentenza di annullamento e il giudizio di rinvio non venisse riassunto: la reviviscenza di un lodo carente di una decisione di merito imporrebbe l'istaurazione di un nuovo giudizio di primo grado, che è il medesimo effetto dell'estinzione dell'intero processo di cui all'art. 393 c.p.c.

Non ci sembra allora si tratti di verificare la proiettabilità entro la dinamica arbitrale di un principio come quello affermato in Cass. n. 4071/2010, per imprimere omogeneità e coerenza al «sistema» ⁽⁴²⁾, essendo quello arbitrale un sistema comunque alternativo e, perciò, diverso, (d)a quello entro cui si muovono le sentenze dell'a.g.o.,

(41) V. *supra* nota 3, dove è ripercorso in sintesi il caso sottoposto alla suprema Corte.

(42) Cfr. C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cot., 845, essendo quello arbitrale un sistema comunque alternativo e, perciò, diverso, (d)a quello entro cui si muovono le sentenze dell'a.g.o.

ma di dar coerenza, e senso logico, al dato positivo del rinnovato art. 830 c.p.c. ⁽⁴³⁾. E ciò nella piena consapevolezza delle difficoltà imposte all'interprete che deve muoversi tra le distinzioni dell'art. 830 c.p.c., quelle medesime difficoltà che incontra, ancor prima, nell'indagare sullo *spatium decidendi* della Corte d'appello adita dell'impugnazione per nullità.

Tali difficoltà pratiche credo non possano giustificare conclusioni diverse, che rischierebbero di disattendere il dato positivo ⁽⁴⁴⁾. Far dipendere la reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza che l'ha *annullato* dal vizio di nullità accertato dalla Corte dell'appello (o, meglio, dall'appartenenza all'uno o all'altro dei due gruppi, a mente tenendo che il giudizio di nullità del lodo di regola è solo rescindente) è la soluzione «*nuancée*» offerta – per non dire, *imposta* – dal dettato positivo. Qui, infatti, il dato positivo dà indicazioni precise circa la struttura del giudizio di impugnazione, indicazioni da cui poter trarre la ricorrenza o meno dell'effetto sostitutivo della decisione di secondo grado, quindi la finale reviviscenza del lodo arbitrale ⁽⁴⁵⁾.

Anche al segno della sentenza del giudice statale sul giudizio di nullità del lodo credo debba essere attribuito assorbente rilievo, come già si evince dall'analisi sin qui svolta, sebbene quel distinguo non sia così immediatamente percettibile dal dettato positivo ma, come ha osservato la prima dottrina, si ricava, *semplicemente e linearmente*, dall'assenza di effetto sostitutivo della (diversa da quella di appello) sentenza di rigetto dell'impugnazione per nullità ⁽⁴⁶⁾.

Un test per provare la tenuta sistematica di quanto sin qui affermato è quello dell'arbitrato di equità. In quei casi, infatti, quella che ho definito «volontà arbitrale» è massima e alla Corte d'appello che annulla il lodo, indipendentemente dal motivo di

(43) Così, BOVE, *L'impugnazione del lodo*, cit., 23, sia pur considerando la *spatium decidendi* della Corte d'appello nei diversi casi di nullità. V. *supra* nota 34.

(44) Di diverso avviso, C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit. 845, la quale infatti, nel suo commento, conclude dichiarando di non condividere la soluzione di Cass. n. 4071/2010 e le distinzioni già lì prospettate, e dichiarando invece condividere la recente decisione che ha il pregio di revocare in dubbio la *communis opinio* secondo cui effetto sostitutivo è presupposto dell'applicabilità dell'art. 393 c.p.c. Credo che il limite di tale impostazione venga proprio dall'accostamento (provato dalla stessa finale proiezione di Cass. n. 4071/2010 nel sistema impugnatorio arbitrale) di due sistemi non omologabili e dalla diversità del sistema impugnatorio arbitrale, rispetto a quello ordinario, che qui ho premesso. Cfr. note 26 e 27.

(45) Seguendo il ragionamento e trasponendo le parole, di M. NEGRI, *Estinzione del giudizio*, cit. 733.

(46) E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità*, cit., *passim*; F. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1600.

annullamento – che ho dimostrato non essere un dato così indicativo, non essendo chiaro il criterio di selezione dei motivi dell'art. 830, comma 2°, c.p.c. – dovrebbe comunque essere impedito il giudizio di merito, difettando la Corte d'appello della disponibilità del criterio di giudizio dell'equità per *quel* giudizio di merito. Quel criterio di giudizio, strettamente legato al(la scelta del) giudicante, caratterizza infatti il giudizio arbitrale e non quello dell'a.g.o., da qui il limite alla sua adoperabilità in un giudizio innanzi alla Corte d'appello (che pur è quella della sede dell'arbitrato scelta consapevolmente dalle parti) ⁽⁴⁷⁾.

All'esito dell'annullamento di un lodo di equità, positivo sarebbe allora che, nell'ordine: trovasse applicazione la convenzione d'arbitrato, con conseguente affidamento a nuovi arbitri del potere rescissorio; che quella pronuncia rescindente del giudice statale non si sostituisse al lodo; che la cassazione di quella pronuncia non travolgesse il lodo. L'impedimento al giudizio di merito dell'a.g.o., che giustifica di disapplicazione dell'art. 393 c.p.c., in un contesto di arbitrato d'equità, non deriverebbe infatti da una preventiva e imposta scelta del legislatore ma dalla stessa volontà delle parti oggettivizzata nella scelta dell'equità.

Tuttavia, ogni riferimento all'equità è scomparso dall'art. 830 c.p.c. con la riforma del 2006, la stessa che ha rimesso l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia alla «espressa dispos[izione]» delle parti, che ha sottratto il giudizio rescissorio alla Corte d'appello ma che lo ha lasciato quando il lodo abbia violato le regole di diritto relative al merito delle controversia, rientrando quel motivo nell'elenco di casi eccezionali di cui all'art. 830, comma 2°, c.p.c.

In particolare, è venuta meno la espressa non impugnabilità del lodo di equità per violazione delle regole di diritto. Anche tale automatismo veniva dall'essenza dell'equità: essa non vincola il giudicante all'applicazione delle norme di legge e, di conseguenza, è insuscettibile di un controllo *in iudicando* ⁽⁴⁸⁾. Essendo tuttavia divenuta

(47) Lo stesso test potrebbe farsi al lodo di diritto comunque immune da impugnazione per violazione di norme di diritto, implicando, l'immunità dall'impugnazione nel merito, che la giustizia della soluzione, non la sua validità (che è in ultimo stabilita dall'a.g.), debba sempre essere quella degli arbitri.

(48) C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, 371. In giurisprudenza, pur precedente alla riforma, v. Cass. 8 novembre 1984, n. 5637, in *Giust. civ. Mass.* 1984, 11; Cass. 18 marzo 1981, n. 1595, in *Mass. Foro it.* 1981, c. 355. In caso di impugnazione per violazione delle regole di diritto di un lodo di equità, il giudice doveva dichiarare inammissibile l'impugnativa. V. Cass. 7 agosto 1993, n. 8563, in *Rep. Foro it.* 1993, voce *Arbitrato*, n. 145; Cass. 12 marzo 1979, n. 1532, in *Rep. Foro it.* 1979, voce *Arbitrato*, n. 87.

«naturale» la non impugnabilità del lodo per *errores in iudicando*, quell'esplicito riferimento all'equità è apparso superfluo ed è stato allora espunto dal legislatore della riforma. Si ritiene oggi, di là delle speculazioni astratte attorno al concetto di equità che si fondano, per lo più, sulla sua presunta coincidenza col diritto e che vanificano quella stessa distinzione, che quel divieto continui a operare (anche in ragione della sua storicità)⁽⁴⁹⁾.

Accettando il ragionamento *supra*, e insistendo, come qui facciamo, sulla portata delle novità introdotte dalle novella del 2006 (in particolare, sulla rimessione del rescissorio a nuovi arbitri dopo l'annullamento del lodo, come regola che valorizza la scelta delle parti a favore dell'arbitrato e degli arbitri), si può concludere affermando che la Corte d'appello adita dell'impugnazione per nullità di un lodo di equità esaurisce sicuramente il suo controllo con la fase rescindente rimettendo il rescissorio all'equità – *prevedibile* almeno nella misura in cui la scelta di quelli è rimessa alle stesse parti⁽⁵⁰⁾ – di nuovi arbitri.

Così, mentre la Cassazione, nella vigenza del vecchio testo dell'art. 830 c.p.c., afferma che una volta annullato il lodo, il *iudicium rescissorum* si deve svolgere davanti alla medesima Corte d'appello (perché, nella vigenza del vecchio art. 830 c.p.c. la Corte d'appello, di regola, «pronuncia[va] anche sul merito») e secondo diritto (perché il criterio di giudizio scelto dalle parti viene considerato come strettamente connesso alla scelta del giudicante)⁽⁵¹⁾, sotto la vigenza del nuovo testo dell'art. 830 c.p.c. la soluzione potrebbe essere diversa, ossia nel senso dell'esaurimento del controllo statale

(49) Così, C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., 375, la quale, nel suo studio, afferma che la prassi, confortata dal testo della legge, da quasi un secolo e mezzo porta a ipotizzare che chi attribuisce poteri equitativi agli arbitri «implicitamente voglia ottenere un lodo inappellabile sotto il profilo della violazione delle norme di diritto e quindi sia molto improbabile che insieme disponga anche la impugnabilità della decisione per le medesime ragioni, il che dovrebbe portare al riconfermarsi di fatto di una regola non più formalmente sancita dal legislatore».

(50) Cfr. *infra* §.17., sui limiti di una soluzione opposta che emergono da una comparazione.

(51) Così, testualmente, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 779. In giurisprudenza, v. Cass., 5 dicembre 1981, n. 6456, in *Giust. civ. Mass.* 1981, 12, infatti «essendo fondato il giudizio di equità sull'*intuitu personae* condiviso da tutte le parti in contesa, la sua persistenza deve intendersi sottoposta alla tacita considerazione che i giudicanti siano sempre le medesime persone a suo tempo liberamente scelte». In dottrina v. anche e nello stesso senso E. REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, 607; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 254; C. CECHELLA, in A.a. V.v., *L'arbitrato*, a cura di C. CECHELLA, Torino 2005, 288. V. anche Galgano, *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1991, 416, il quale, commentando in senso critico la sentenza succitata nota come, escludendo che i giudici possano decidere secondo equità, «i giudici togati finiscono con il tessere l'elogio degli arbitri, elevati al rango di giudici di fiducia».

con la fase rescindente nel rispetto della volontà delle parti, da cui la finale astratta reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza che l'ha annullato. Resta sempre salva la possibilità delle parti, le stesse che avevano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità, di fare espressa e concorde richiesta alla Corte d'appello di decidere il merito della causa e di decidere secondo equità (*ex art. 114 c.p.c.*): in questo caso, e solo in questo caso, non potrebbe concludersi nel senso della finale reviviscenza del lodo.

Se così è allora la suprema Corte, con l'affermazione del principio per cui la corte d'Appello, una volta annullato un lodo, sia esso di diritto o di equità, decide sempre secondo diritto, sacrifica la scelta del criterio di giudizio dell'equità oltre che la stessa scelta «arbitrale»: ciò che non voleva il legislatore della riforma con la modifica dell'art. 830 c.p.c. Un ripensamento anche rispetto a quel principio, alla luce del nuovo assetto dell'art. 830 c.p.c., forse dunque occorre.

§.21. La soluzione francese. Il contesto dell'art. 1034 CPC: le *voies des recours*, in particolare l'*appel* e le *pourvoi en cassation*.

L'art. 1034 CPC del libro II, titolo VIII, che contiene le «*[d]ispositions particulières aux juridictions de renvoi après cassation*», e dunque le regole che disciplinano il giudizio di rinvio dalla cassazione, afferma che se entro quattro mesi dalla notificazione della sentenza della Corte di cassazione, la giurisdizione di rinvio non è adita, la sentenza resa in primo grado, *se* la decisione cassata è quella d'appello, acquista «*force de chose jugée*»⁽⁵²⁾.

Dunque l'effetto che l'ordinamento francese riconduce alla mancata instaurazione del giudizio di rinvio a seguito di cassazione non è l'estinzione dell'intero processo, come l'ordinamento italiano (con le dovute eccezioni, che di eccezioni si tratta, del giudicato *medio tempore* formatosi), ma, più economicamente, il giudicato, e precisamente la «forza» di giudicato, della sentenza di primo grado.

Prima di analizzare tale norma, e proprio in considerazione del carattere sistematico che essa riveste, devo rapidamente descrivere il contesto dei mezzi di impugnazione francesi (*voies de recours*), fermandoci in particolare sull'appello (*appel*)

(52) «L'absence de déclaration dans le délai ou l'irrecevabilité de celle-ci confère force de chose jugée au jugement rendu en premier ressort lorsque la décision cassée avait été rendue sur appel de ce jugement» (art. 1034, al. 2, CPC).

e sul ricorso per cassazione (*pourvoi en cassation*), entrambi coinvolti nel giudizio di rinvio ⁽⁵³⁾.

La classificazione «classica» della *voies de recours* francesi è quella che distingue i mezzi di impugnazione ordinari da quelli straordinari: coi primi è sindacabile la giustizia della sentenza impugnata (art. 580 *CPC*), coi secondi no; l'altra differenza risiede nel fatto che i mezzi ordinari, e non quelli straordinari, sospendono l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata (art. 529 *CPC*). Dunque la distinzione non è sulla natura dei mezzi di impugnazione ma sul loro regime ⁽⁵⁴⁾.

Della prima categoria, ossia dei mezzi ordinari di impugnazione, fanno parte l'appello (*appel*) e l'opposizione del contumace (*opposition*), che mirano, l'uno, al rispetto del *double degré de juridiction* e, l'altro, a ristabilire il contraddittorio, e che sono entrambi tendenti a «remplacer» la decisione impugnata ⁽⁵⁵⁾. Il *pourvoi en cassation* fa parte invece dei mezzi straordinari di impugnazione, insieme all'opposizione di terzo (*tierce opposition*) e alla revisione (*recours en révision*), tutti caratterizzati dal fatto di reagire a una situazione appunto straordinaria o anormale, ossia, rispettivamente, e in massima approssimazione, l'errore di diritto del giudice, la lesione del terzo cagionata dalla sentenza e l'inganno del giudice, e tutti tendenti, questi, a «détruire» la decisione contestata ⁽⁵⁶⁾.

Tale distinzione deve essere tuttavia relativizzata. Basti considerare la straordinarietà della situazione che dà luogo all'*opposition* (un convenuto che non è comparso, che non è stato regolamento citato e una decisione resa «*par défaut*», e cioè in sua assenza, non appellabile) che pur è un mezzo ordinario di impugnazione ⁽⁵⁷⁾, ma anche la grande *souplesse* che caratterizza i motivi di cassazione, simili a quelli di appello ⁽⁵⁸⁾, che l'effetto sospensivo tipico dei mezzi ordinari spesso cede alla

(53) I limiti del presente lavoro non consentono di svolgere col dovuto approfondimento il vastissimo tema, per cui si è costretti a poche osservazioni di estrema sintesi, comunque necessarie a condurre al giudizio di rinvio.

(54) S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Themis Droit, Paris 2014, 802 ss.

(55) Così, S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., n. 522, pur mancando un vero e proprio effetto sostitutivo, come nel diritto italiano.

(56) Così, S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., n. 522.

(57) Cfr. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, Themis Droit, Paris, 1996, 632, che difendono questa classificazione sottolineando l'effetto devolutivo dell'*opposition*.

(58) V. J. HERON, TH. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Lextenso, 2012, 563.

provvisoria esecuzione delle sentenze e, per converso, può caratterizzare un mezzo straordinario come il ricorso in cassazione ⁽⁵⁹⁾).

La dottrina più recente ha proposto allora una nuova classificazione, che prende le mosse dal diritto positivo e, soprattutto, dalla pratica, distinguendo i mezzi «normali» di impugnazione, ossia quelli che consentono un controllo gerarchico sulle sentenze e che, proprio per questo, sono i più utilizzati nella pratica delle impugnazioni, (appello e ricorso per cassazione) e gli altri (opposizione del contumace, revisione e opposizione di terzo) che rispondono invece a situazioni eccezionali ⁽⁶⁰⁾.

Tale nuova classificazione si avvicina a quella che lo stesso Codice di procedura civile italiano del 1942, innovando rispetto alla precedente sistemazione codicistica, ha introdotto, distinguendo rimedi ordinari e rimedi straordinari, e riconducendo il ricorso per cassazione alla prima categoria. La ragione di tale innovazione, è noto, è stata infatti prima di tutto «funzionale»: funzionalità rispetto al passaggio in giudicato della sentenza, riconosciuto alla sentenza non più passibile dei mezzi ordinari di impugnazione, esauriti i quali la sentenza può dirsi stabile quindi idonea a fare a stato tra le parti.

L'ancoraggio della cosa giudicata all'esperimento o al decorso dei termini per l'esperimento dei mezzi di impugnazione, non caratterizza invece l'ordinamento francese, in cui la *autorité de chose jugée* è agganciata al *jugement* dal momento in cui questo è reso dal giudice. Infatti, a norma dell'art. 480 CPC «[l]e jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal (...) a, dès son prononcé, l'autorité de la

(59) Accanto a questa classificazione, c'è anche quella tra mezzi di impugnazione «*en réformation*» e mezzi di impugnazione «*en rétractation*»: i primi sono portati davanti a un giudice di grado superiore rispetto a quello che ha reso la sentenza poi impugnata, mentre i secondi sono portati davanti allo stesso giudice che ha reso la prima sentenza il quale giudica però sulla base di circostanze diverse. V. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., 805. Si tratta tuttavia di una classificazione puramente descrittiva, e senza conseguenze partiche, e con molti limiti, il primo dei quali che lascia fuori il ricorso per cassazione che non è né l'uno né l'altro. Sul punto, v. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie général du procès*, Themis 2013, 921 ss.

(60) Tale nuova classificazione, che riconosce effetto devolutivo, sebbene limitato al diritto, al ricorso per cassazione, non accetta la presentazione del ricorso per cassazione come rimedio straordinario o come «*voie de doctrine*», fatta dal Codice di procedura civile, affermandone e difendendone la natura di «*voie de recours*» contro gli errori di diritto in cui sia incorso il giudice di ultima istanza. J. HÉRON, TH. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, cit., 567-568, col rischio, riconoscono, di rinforzare l'apertura del ricorso per cassazione.

chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche»⁽⁶¹⁾. Il concetto di cosa giudicata formale, nel diritto francese, corrisponde a quello di «*force*» di cosa giudicata o di «*irrevocabilité*», forza e qualità riconosciute, rispettivamente, alle sentenze non più suscettibili di mezzi di impugnazione sospensivi come l'appello (art. 500 *CPC*) e di mezzi di impugnazione straordinari, senza tuttavia che tale effetto si rifletta sul piano sostanziale. Infatti l'art. 1351 *CC*⁽⁶²⁾, che corrisponde all'art. 2909 c.c. di diritto italiano, e che dà contenuto alla cosa giudicata («*[l]’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement*», indicandone altresì i criteri di identificazione), non presuppone l'irrevocabilità della sentenza. Il giudicato francese sembra essere più e solo una presunzione di verità (una «*vérité légale*») che non uno strumento in grado di assicurare l'immutabilità della decisione giurisdizionale⁽⁶³⁾.

Gli attributi del *jugement* francese, insensibili alle *voies de recours*, sono infatti: il «*dessaisissement*» del giudice, ossia l'impossibilità per il giudice di modificare la sua decisione, essendosi lui, con la sentenza, spogliato della *potestas iudicandi*; e, già, l'autorità di cosa giudicata. Quest'ultima, che è attributo della sentenza e non effetto

(61) Del pari, «*[l]a sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*» ex art. 476 *CPC*. Nonostante la prossimità dei due testi normativi, la «*chose arbitrée*» presenta una serie di differenze rispetto alla *chose jugée*: l'autorità «negativa» di cosa giudicata (il *ne bis in idem*) ben si adatta all'arbitrato, ma non quella positiva dell'opponibilità ai terzi. Sul tema v. C. JARROSSON, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrale*, in *Procédures* 2007, 27 ss. Si veda anche gli atti del convegno organizzato dal CFA (*Comité français de l'arbitrage*) il 23 ottobre 2015 a Parigi dal titolo *Autorité de chose jugée et arbitrage* in uscita su *Rev. arb.* 2016. Nella dottrina italiana, a fronte di una norma non così esplicita in punto di suscettibilità del lodo arbitrale al giudicato, come l'art. 824-bis c.p.c., si veda F. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, 420 ss. il quale distingue l'«autorità» del giudicato, proprio delle sentenze, dall'«effetto» del giudicato, proprio dei lodi, limitando molto l'effetto positivo e quelli negativo propri dell'«autorità» di giudicato.

(62) L'art. 1351 *CC* è consacrato a «prova delle obbligazioni» in considerazione dell'accertamento contenuto della sentenza, così classificandosi tra le «presunzioni», infatti è inserito nel libro III del Code Civil Livre III («*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*»), Titre III («*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*»), Chapitre VI («*De la preuve des obligations et de celle du paiement*»), Section 3 «*Des présomptions*», Paragraphe 1 «*Des présomptions établies par la loi*». V. E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 501.

(63) Cfr. con l'art. 2052 *CC* ai sensi del quale «*[l]es transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*» (v. *supra* nota 20). L'articolo classico è quello di G. JÈZE, *De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnelle*, in *RDP* 1913, 437. Tra gli studi classici sul tema, citati anche dalla dottrina recente, v. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, *LGSJ*, 1975, *passim*.

come il *dessaisissement* ⁽⁶⁴⁾, si concreta nel *ne bis in idem*, impedendo un secondo giudizio sulla stessa causa, che sarà giudicata inammissibile («*irrecevable*»), potendo fondare una *fin de non-recevoir*), dove per stessa causa, specifica l'art. 1351 CC, si intende una causa con medesime parti, causa e oggetto (è la c.d. «*triple identité*»); e quello positivo-conformativo sui diritti dei terzi, infatti la sentenza spiega la sua autorità tra le parti (si parla infatti di autorità «*relative*» della *chose jugée*), e non nei confronti dei terzi rispetto ai quali è tuttavia opponibile ⁽⁶⁵⁾. Le analogie estrinseche, come le differenze nella sostanza, col sistema italiano, sono percettibili.

Ancora sulle impugnazioni processuali in generale, per meglio contestualizzare una regola di sistema come quella dell'art. 1034 CPC e preparare al giudizio di rinvio dalla cassazione e ai suoi effetti, in Francia, come in Italia, non è costituzionalmente tutelato il principio del doppio grado di giurisdizione, tanto che, sebbene siano generalmente appellabili tutte le sentenze di primo grado (art. 543 CPC), l'appello non è aperto per cause il cui valore è inferiore a Euro quattromila, per le quali infatti il giudice di primo grado adotta una decisione *en premier et dernier ressort* ⁽⁶⁶⁾. Si può poi affermare che l'appello francese configuri un mezzo a critica libera, sebbene la dottrina francese non conosca tali categorie, limitandosi la legge ad affermare che esso tende «*à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré*».

L'*appel*, esercitabile nel termine di un mese dalla notificazione della sentenza di primo grado o di due anni in assenza di notificazione, decorso il quale quella sentenza acquista *force de chose jugée*, produce due effetti, «non scritti nel marmo» ⁽⁶⁷⁾, precisa anche la dottrina francese, quello sospensivo e quello devolutivo: la sentenza resa dal

(64) D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, cit., 102 ss., dove anche il richiamo alla teoria di Liebman del giudicato.

(65) C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, in *LGDJ* 2000, 188. Per una spiegazione del concetto di «*opposabilité*» del giudicato ai terzi, v. E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 501, nel senso che è «*l'effet au fond du jugement [a] condui[re] à la transformation d'un autre rapport de droit*» ma «*le rapport juridique n'est pas directement créé*». Nella dottrina classica, v. D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, cit., 94 ss.

(66) V. L. CADIET, S. GUINCHARD, *Le double degré de juridiction*, in *Justices* 1996, 4, 1 ss, per i quali, come ormai diffusamente, il *double degré de juridiction* dipenderebbe dalle «*nécessités de l'heure*, c'est-à-dire- les contraintes budgétaires et la volonté d'aller au plus vite vers une définition des litiges». Oltre a tale limite, vi sono altri limiti derivanti dalla natura della causa o dalla legge. V. J.-L. Gallet, *La procédure civile devant la Cour d'appel*, LexisNexis, 2014, 11 ss.

(67) V. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie général du procès*, cit., 929.

giudice di primo grado (ha *autorité de force jugée* ma) non ha forza esecutiva⁽⁶⁸⁾; per quanto concerne l'effetto devolutivo, espressamente previsto dall'art. 561 *CPC* in cui si afferma che l'*appel* «*remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit*», si può dire sia duplice: vale infatti il principio *tantum devolutum quantum appellatum*, nel rispetto del principio dispositivo che governa anche il processo francese, ma anche quello *tantum devolutum quantum iudicatum* pur con sua serie di temperamenti al divieto di nuove domande in appello (art. 562 *CPC*)⁽⁶⁹⁾. L'appello francese non conosce l'effetto sostitutivo, che invece caratterizza l'appello (comune) di diritto italiano e in forza del quale la sentenza d'appello, sia essa di accoglimento o di rigetto, si sostituisce alla sentenza di primo

(68) Cass. comm. 5 aprile 2011, n. 10-14080, in *Procédures* 2011, 219, con nota di R. PERROT. Con l'eccezione delle decisioni che sono munite di provvisoria esecuzione (art. 514 *CPC*), come ad esempio le *ordonnances de référé*, le misure provvisorie e conservative, la cui forza provvisoria è imposta dalla loro stessa natura. Così, l'effetto sospensivo può essere escluso dal presidente della Corte d'appello in considerazione dell'essenza della decisione appellata, parimenti la provvisoria esecuzione può essere esclusa se conduce a conseguenze manifestamente eccessive (artt. da 517 a 522 *CPC*). Da più parti vengono proposte normative per l'abrogazione di quell'effetto sospensivo: dal rapporto *Coulon* del 1997 che proponeva la generalizzazione dell'esecuzione di diritto a tutte le sentenze di primo grado. V. J.-M., COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, in *La Documentation française 1997*, spec. 107 ss., che è poi stata poi quella introdotta in Italia dalla l. del 27 novembre 1990 n. 353 (nella stessa direzione è il d.d.l. Berruti recante disposizioni per l'efficienza del processo civile presentato l'11 marzo 2015); il rapporto *Magendie* sulla celerità e la qualità della giustizia del 2004 che proponeva l'inversione tra regola e eccezione, proposta poi ripresa nel rapporto del 2008: v. J.-C., MAGENDIE, *Célérité et qualité de la voie d'appel*, in *La Documentation française 2008*, spec. 62 ss. Il recente rapporto *Delmas Goyon* sull'*office du juge* torna ancora sull'effetto sospensivo ma senza metterlo in discussione, preferendo incidere sull'oggetto dell'appello: v. P. DELMAS Goyon, *Le juge de XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, in *La Documentation française 2014*, *passim*.

(69) La novità della domanda è rilevabile d'ufficio dal giudice anche per la ragione che la giustizia è un servizio pubblico. Così, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 832 ss. Si v. Cass. 10 gennaio 2013, n. 12-11.667, in *Dalloz* 2013, 258, con nota di L. GISSINGER, R. MALIGNAC, dove è affermato che è una facoltà del giudice quella del rilievo d'ufficio della novità della domanda con provocazione del contraddittorio sulla «novità». Ci sono poi una serie di temperamenti al divieto di domande nuove in appello, ad es. l'art. 565 *CPC* precisa che «[l]es prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent». Si veda, sul tema, J. PASSA, *La recevabilité en appel de demandes tendent aux mêmes fins dans le procès civil*, in *Justice et Europe, facteurs de diversité*, in *Justices* 1997, 7, 105 ss., spec. 121. Si v. anche Cass., 8 settembre 2011, in *JCP* 2011, I, 1397 ss., con nota di E. JEULAND; in *Procédures* 2012, 326, con nota di R. PERROT, dove è affermato che la domanda di risoluzione del contratto non ha lo stessa «finalità» («conseguenze equivalenti in concreto») della domanda di esecuzione sotto *astreinte* che tende a lasciarlo in vita. Sulla delicata distinzione tra domanda e motivi, v. Cass. 27 febbraio 2013, in *Procédures* 2013, 137, con nota di R. PERROT.

grado, eliminando quest'ultima «dalla scena» e dall'ordine giuridico ⁽⁷⁰⁾. Ciò è da tenere ben presente nella successiva analisi del giudizio di rinvio e dei suoi effetti, poiché, dalla prospettiva italiana, è proprio l'effetto sostitutivo a giocare un ruolo decisivo nella dinamica dell'art. 393 c.p.c., facendo, il diritto italiano, dipendere dalla ricorrenza o meno dell'effetto sostitutivo la distinzione degli effetti dell'estinzione in sede di giudizio di rinvio dalla cassazione, sebbene una recente decisione della Suprema Corte italiana abbia escluso tale incidenza ⁽⁷¹⁾.

Da questo quadro emerge un elemento importante per l'analisi economica che qui proviamo ad abbinare a quella giuridica. L'effetto sospensivo dell'appello francese pospone l'esecuzione della decisione di giustizia (quella di primo grado): ciò che, è dimostrato, non favorisce l'«efficacia» delle decisioni di giustizia, quell'efficacia che forse l'ordinamento francese recupera proprio con l'art. 1034 *CPC* che salva una decisione di giustizia, anziché fare tabula rasa come l'art. 393 c.p.c. ⁽⁷²⁾, e la fa diventare esecutiva ⁽⁷³⁾. E, in fondo, tanto il principio dell'autorità della cosa giudicata

(70) V. A. SALETTI, *Effet substitutif en droit italien*, in J. VAN COMPERNOLLE, A. SALETTI, *Le double degré de juridiction*, cit., 303 ss., 305, il quale nell'analisi comparata in cui il suo contributo si inserisce spiega tale effetto col richiamo alla dottrina, più risalente e più recente, che ha coniato tale effetto, non essendo questo effetto affermato positivamente. L'espressione storica è di GARBAGNATI, *Cassazione con rinvio ed esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 582 ss.; sull'effetto sostitutivo, v. C. CONSOLO, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo: (una disciplina in crisi)*, in *Jus* 1997, 79 ss. V. *infra* sull'effetto sostitutivo come presupposto applicativo dell'art. 393 c.p.c.

(71) Cass., Sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, cit., e l'efficace commento di C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., spec. nella parte conclusiva.

(72) La stretta dipendenza tra il meccanismo dell'art. 393 c.p.c. e l'esecuzione emerge anche recenti pronunce della Suprema Corte italiana sentenze: Cass. n. 2013/3074, e n. 2013/3280, richiamate in motivazione di Cass. n. 6188/2014, al fine di valutare le conseguenze dell'impugnazione del titolo giudiziale sull'esecuzione forzata iniziata anteriormente alla cassazione con rinvio della sentenza di secondo grado confermativa di quella di primo grado, con due soluzioni diverse a seconda che l'esecuzione forzata sia iniziata sulla base della sentenza di primo grado o di quella di secondo grado. Solo se l'esecuzione forzata è iniziata in forza della sentenza di appello confermativa di quella di primo grado, che già costituiva titolo esecutivo (perché il titolare del titolo abbia aspettato l'esito dell'appello), tutta l'esecuzione cade; mentre se l'esecuzione è iniziata sulla base della sentenza di primo grado (e non sia intervenuta sospensione ai sensi dell'art. 283 c.p.c.), quell'esecuzione è da ritenere legittima fino al momento della sentenza d'appello cassata. Così, testualmente, C. RIZZA, *La sorte del lodo*, cit., spec. nota 22, con rinvio, per una compiuta analisi delle sentenze in questione, a V. BERTOLDI, *Effetto sostitutivo della conferma in appello del titolo esecutivo*, in *Aa.Vv., Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, a cura di B. CAPPONI, B. SASSANI, A. STORTO, R. TISCINI, Torino 2014, 129 ss.

(73) Cfr. nota 116 dove si ritrovano le nozioni di «opportunità» e «legittimità» dell'analisi economica del processo, accanto alle quali si pone quella di «efficacia»: la legittimità deve essere esogena rispetto al suo oggetto, perché è su questa fondata che si erge lo Stato di diritto, e non può ridursi a efficacia, così l'efficacia non esprime esse stessa la legittimità, essendo il diritto solo uno strumento, ma

quando quello dell'esecuzione sono destinati, entrambi, ad assicurare l'efficacia delle decisioni di giustizia. Si può dire infatti che l'apparente similitudine che esiste tra i due concetti si spieghi non tanto per le caratteristiche che li accomunano ma piuttosto per la complementarità che li separa⁽⁷⁴⁾.

Il *pourvoi en cassation*, esercitabile, in via di principio, avverso tutte le sentenze rese *en dernière ressort* quindi insuscettibili di *reformation* (cioè non più suscettibili di appello)(art. 605 *CPC*)⁽⁷⁵⁾, nel termine di due mesi dalla loro notificazione o di due anni in mancanza di notificazione, non sospende l'esecuzione (art. 579 *CPC*) e l'effetto devolutivo ricorre ma è limitato al diritto⁽⁷⁶⁾. L'art. 580 *CPC* sulle impugnazioni

incontra quel limite. Così, M. A. FRISON ROCHE, *Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils*, in D. COHEN, *Droit et économie du procès civil*, LGDJ 2010, 5. Lo stesso studio di analisi economica del processo è anche sull'efficacia delle decisioni di giustizia da questa prospettiva ossia dalla prospettiva della loro esecuzione. V. P. CALLÉ, *L'efficience des décisions de justice civile*, 219 ss., il quale fa un'analisi dell'«efficienza economica» delle decisioni di giustizia sia prese nella loro globalità, quindi un'analisi del diritto giurisprudenziale (la sua accessibilità e prevedibilità), sia un'analisi della decisione di giustizia presa isolatamente partendo dalla dimostrazione del professor di Etienne Wasmer (Sciences Po) riportata nel testo e fatta nel corso di un ciclo di conferenze dal titolo «*Droit, économie, justice*», tenutesi nel 2007, ossia dimostrando che «le droit à l'exécution rejoint totalement les considérations économiques. Un jugement est un acte inutile s'il reste une déclaration solennelle et si les droits judiciairement affirmés ne peuvent être concrétisés. Pour favoriser l'exécution d'une décision, il faut faciliter son exécution dans le temps et faciliter son exécution dans l'espace» e, così, con particolare riferimento all'esecuzione delle sentenze nel tempo, questa «est un des moyens pour favoriser l'efficacité économique des décisions de justice»

(74) Così, L. NEMER CLADEIRA BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003, 1, che prende in esame la cosa giudicata nel diritto internazionale, che deve confrontarsi con i grigi del «giudicato» dei diritti nazionali e insieme garantire la circolazione e l'esecuzione delle decisioni. Sul punto, e di là dello studio qui citato, rilevo come non ci sia una nozione univoca di cosa giudicata, sempre che questa, nel contesto internazionale, occorra. Per fare due esempi: il regolamento (UE) n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nel dare la definizione di «decisione» (che può circolare ai sensi del Regolamento)(art. 2, lett. a), trascura la sua definitività (e non impiega il termine «giudicato») ma ammette, l'art. 38 Regolamento, che l'autorità giurisdizionale davanti alla quale è invocata una decisione emessa in un altro Stato membro «p[ossa] sospendere il procedimento, in tutto o in parte, se: a) la decisione è impugnata nello Stato membro d'origine, oltre a impedire il riconoscimento quando la decisione sia «incompatibile» con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto» (art. 45.1 lett. c); la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali è del pari vaga limitandosi a indicare il suo articolo III che «[c]iascuno Stato contraente riconosce l'autorità di una sentenza» e a autorizzare, il suo articolo V 1.3, il giudice cui sono richiesti il riconoscimento e l'esecuzione di rifiutarli se la sentenza arbitrale «non è ancora divenuta *vincolante* per le parti» («*binding*» nella versione inglese, «*obligatoire*» in quella francese).

(75) E non divenuto irrevocabile, anche per acquiescenza. V. Cass., 1re civ., 15 maggio 2008, n. 07-20.624, in *Bull. Civ.*, I, 129.

(76) Così per J., L.BORÉ, *La cassation civile*, n. 105.11 ss., per i quali se non si ammettesse questo effetto, come potrebbe la Cassazione cassare senza rinvio? *Contra*, la principale dottrina francese, v. L.

straordinarie in generale afferma che «*[l]es voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi*» così implicitamente sancendo il principio per cui che la Corte di cassazione non offre un terzo grado di giudizio, essendo possibile ricorrere ad essa solo in casi specifici previsti dalla legge. Ma la stessa storia della Cassazione francese è marcata da una progressiva estensione dei casi di apertura alla Cassazione, che ha portato a un sempre maggiore controllo di legalità della Corte, ma anche a un aumento considerevole del numero di ricorsi ⁽⁷⁷⁾. Infatti, sebbene l'art. 578, al. 2, CPC disponga che il ricorso deve contenere, a pena di irricevibilità, «*le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision; ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué*», non esiste un elenco di motivi di ricorso per cassazione, come quello dell'art. 360 c.p.c. italiano. È la dottrina francese a indicare e dare una sistemazione a questi motivi, infatti l'art. 604 CPC chiede solo che «*[l] pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit*» ⁽⁷⁸⁾.

Secondo una delle più classiche sistemazioni ⁽⁷⁹⁾, si distinguono i casi fondati su una violazione di legge (*violation de la loi*), da intendere sia come erronea interpretazione di legge sia come erronea applicazione della legge al fatto, ossia come errore nella qualificazione, da quelli logici (*ceux qui le sont une atteinte à la logique*), che vengono da una insufficiente motivazione o dall'incoerenza, interna della decisione (nel dispositivo ma anche tra dispositivo e parte motiva) o esterna (quando c'è contraddittorietà tra sentenze) ⁽⁸⁰⁾.

Nel 2001 è stato introdotto un *filtrage* alla Cassazione sotto la forma di una procedura di «*non-admission*», che, tuttavia, sconta una valutazione di stretta legalità e non di opportunità del ricorso per cassazione ⁽⁸¹⁾. La stessa sezione cui è affidato il ricorso, nella sua formazione ristretta (tre magistrati), «*déclare non admis les pourvois*

CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis 2013, n. 1107; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, Dalloz 2015, n. 1318.

(77) Sulla sua evoluzione storica quindi sull'estensione del controllo della cassazione, v. J. E. L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2015-2016, nelle prime pagine dove l'introduzione storica.

(78) L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., spec. n. 285.

(79) L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., spec. n. 285

(80) V. Cass. comm. 18 giugno 2013, n. 12-12.842, in *RTD* 2013, 668, con nota di PERROT.

(81) Così S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, spec. n. 566, per i quali, la concezione della Corte di cassazione è sempre quella di un modello democratico e non aristocratico. V. anche J., L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, cit., 68 ss.

irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation» (art. 1014 CPC), ma ciò solo all'esito dell'integrazione del contraddittorio ovvero dopo lo scambio di memorie tra le parti e la proposta di *orientation* alla *non-admission* del *rapporteur* preventivamente nominato. Contro quella decisione, che è una misura di amministrazione giudiziaria e non una vera e propria sentenza (non è un *arrêt* ma una *décision*, precisa la dottrina), tanto da non essere nemmeno motivata, non è ammissibile alcuna impugnativa⁽⁸²⁾. Questo filtro evidentemente non accelera il ricorso per cassazione, seguendo la procedura ordinaria, ma il numero di decisioni di non ammissione, circa il 16% (nell'anno 2013, nella materia civile)⁽⁸³⁾, ne fa uno strumento abbastanza efficace⁽⁸⁴⁾.

§.21.1. (segue): la decisione di rinvio.

Veniamo allora agli effetti del *pourvoi en cassation* e alla decisione di rinvio. Come anzidetto, l'effetto devolutivo c'è ma è limitato, tanto che la Corte di cassazione può considerarsi un terzo grado di giudizio limitato al(la conoscenza del) diritto⁽⁸⁵⁾. Tuttavia, in taluni casi, la Corte di cassazione può cassare senza rinvio: il giudizio di rinvio è sempre stato considerato dalla legge, dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi una necessità assoluta, ma l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa sono andate via via affermando che questo principio può sopportare eccezioni.

(82) Sul filtro introdotto con legge organica del 25 giugno 2001, v. G. CANIVET, *La procédure d'admission du pourvoi devant la Cour de cassation*, in *Dalloz* 2002, 2195 ss.; A. PERDRIAU, *La non-admission des pourvois*, in *JCP* 2002, I, 181; D. TRICOT, *Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou le périls de l'interprétation*, in *Mel. J. Boré*, *Dalloz* 2007, 459-467.

(83) Dato riportato dalla *Cour de cassation* e disponibile sul sito internet nella sezione «[s]tatistiche».

(84) Tuttavia anche detto filtro è sul tavolo della discussione della nuova Commissione sulla riflessione sulla riforma del ricorso per cassazione. È stata infatti costituita una commissione di riflessione sulla riforma della Corte di cassazione («*Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*»), come organo giudiziario e come procedimento, che ha iniziato i suoi lavori nell'ottobre 2014, con due principali obiettivi: riconsiderare l'accesso alla Cassazione (e lo strumento del filtro, su cui *infra*), come anche la motivazione e redazione delle sentenze della cassazione alla luce degli *standards* europei e delle nuove esigenze economico-sociali cui oggi si deve far fronte

(85) J., L.BORÉ, *cit.*, spec. n. 103-11. Tuttavia l'uso della nozione «effetto devolutivo» anche per la Cassazione è criticato. V. D. GILTARD, *L'office de juge d'appel et le double degré de juridiction*, in *Mel. Daniel Labetoulle*, *Dalloz* 2007, 425 ss., spec., 436; R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Lexiques des termes juridiques*, *Dalloz* 2015-2016 par S. GUINCHARD, G. MONTAGNER (dir.), *Effet dévolutif des voies de recours*, per i quali «la Cour de cassation ne connaît que des questions de droit, le pourvoi n'a pas d'effet dévolutif».

Proverò a fare una serie di considerazioni, prima sul giudizio di rinvio poi, più specificamente, sull'art. 393 c.p.c. «francese», trascurando il complesso tema dell'oggetto del giudizio di rinvio, come, prima, quello dell'oggetto del sindacato della Cassazione, che comunque incidono sull'analisi della norma che qui conduco, proprio per l'interesse sistematico che essa ricopre⁽⁸⁶⁾. Mi limito sul punto a constatare che il giudizio di rinvio di diritto francese è una continuazione di quello precedente d'appello: *l'instance pendente* è «*reprise et continuée*»⁽⁸⁷⁾, per cui l'oggetto del giudizio di rinvio, come garantisce anche l'art. 394 c.p.c. di diritto italiano, è lo stesso del precedente giudizio di merito, delimitato da domande del medesimo contenuto di quelle precedentemente svolte. Vige, anche in Francia, un generale principio per così dire di conservazione delle attività processuali pregresse, ovviamente quelle non elise dalla sentenza della Cassazione, e con le dovute distinzioni a seconda del vizio accertato.

Se di regola la *Cour de cassation* rinvia l'*affaire* a un'altra giurisdizione, della stessa natura di quella che ha emanato l'*arrêt* o il *jugement* cassati, o davanti alla stessa giurisdizione composta da altri magistrati (art. 626 *CPC*, con rinvio all'art. L. 431-4 del *Code de l'organisation judiciaire*), in taluni casi, individuati dalla legge, può cassare senza rinvio.

Il primo caso si presenta quando la cassazione della sentenza «*n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond*» (art. L. 411-3, *al.* 1, del *Code de l'organisation judiciaire*), che è il caso in cui riscontri un difetto assoluto di giurisdizione⁽⁸⁸⁾, in cui il rinvio si applica *de plein droit*, ma in realtà la norma è capace di abbracciare anche altri casi come quello di cassazione per accoglimento di un'eccezione di giudicato⁽⁸⁹⁾ o di appello dichiarato irricevibile⁽⁹⁰⁾. In questo ultimo caso, la decisione del primo giudice «*passé de ce fait en force de chose jugée*»⁽⁹¹⁾.

(86) E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 187, cui si rinvia. Si veda il recente studio già citato, B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni, passim*.

(87) Cass., 2e civ., 26 ottobre 1962, in *Dalloz* 1963, somm. 36.

(88) Per competenza di arbitri (v. Cass. comm., 12 febbraio 1985, n. 83-14-282, in *Bull. civ.* IV, n. 53.) o di una giurisdizione straniera (v. Cass., 1re civ., 2 marzo 1999, n. 96-21.190, in *Bull. civ.* I, n. 73).

(89) Cass., 2e civ., 16 aprile 1970, n. 68-11.705, in *Bull. civ.* II, n. 125.

(90) Cass., 2e civ., 19 novembre 1980, n. 78-13.908, in *Bull. civ.* II, n. 236.

(91) Così, J., L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, cit., n. 131-25.

L'altra ipotesi di cassazione senza rinvio (*al.* 2 della norma succitata), dettata da ragioni di economia processuale ⁽⁹²⁾, e che evoca l'art. 384 c.p.c. di diritto italiano («qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto»), ricorre quando Corte di cassazione «*peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée*». La dottrina francese ne ha sempre raccomandato un uso prudente, per gli inconvenienti che questa norma presenta, a partire dalla rigidità della elaborazione giurisprudenziale cui conduce, impedendo il «dialogo tra giudici», ma anche il mancato rispetto del principio del contraddittorio nel decidere *au fond*. Tuttavia il 76% di cassazioni senza rinvio sono fondate in Francia su questa norma ⁽⁹³⁾.

La *Cour de cassation* ha usato questa facoltà, ad esempio per rigettare un'eccezione di incompetenza ⁽⁹⁴⁾ ma anche per accogliere una *fine de non-recevoir* e mettere fine all'*instance* ⁽⁹⁵⁾. Ha accettato di condannare al pagamento di contributi il cui *quantum* era incontestato ⁽⁹⁶⁾, di ridurre o aumentare, per ragioni di diritto, la condanna principale ⁽⁹⁷⁾ o la condanna agli interessi legali ⁽⁹⁸⁾, ha pronunciato una condanna a un'obbligazione di fare ⁽⁹⁹⁾.

In questi casi, come in tutti i casi di cassazione totale senza rinvio, la *chose jugée* è determinata dal solo dispositivo della sentenza della Corte di cassazione, e non dal sentenza di primo grado, poiché, afferma la dottrina francese, la Corte di cassazione «sostituisce la sua propria decisione a quella dei giudici *du fond*» ⁽¹⁰⁰⁾. Ma, precisa

(92) S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., n. 567. Sulla cassazione senza rinvio, v. M. FABRE, *La cassation sans renvoi en matière civile*, in *JCP* 2001, I, 347; F. LUXEMBOURG, *La cour de cassation, juge au fond*, *Dalloz* 2006, 2358; A PERDRIAU, *Usage actuel de cassations sans renvoi*, in *JCP* 2001, I, 334; S. L. TEXIER, *De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil*, *Dalloz* 2011, 11 ss.

(93) J., L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, n. 131.35.

(94) Cass., 1re civ., 1 ottobre 1985, n. 84-14.099, in *Bull. civ.* I, n. 239.

(95) Cass., ass. plén., 8 marzo 1996, n. 93-14.903, in *Bull. civ. ass. plén.*, n. 2.

(96) Cass., ass. plén., 7 novembre 1986, n. 85-15.962, in *Bull. civ. ass. plén.*, n. 12.

(97) Cass. soc., 12 gennaio 2010, n. 08-40.499;.

(98) Cass., 1re civ., 27 maggio 1986, n. 8-14.319, in *Bull. civ.* I, n. 317.

(99) Cass. soc., 8 febbraio 2006, n. 04-45.203, in *Bull. civ.* in cui la Cassazione ha condannato la società Universal Music a cessare lo sfruttamento di certe compilations e rimettere i supporti di queste a ciascun artista nel termine di due mesi dalla *signification* della decisione.,

(100) J., L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, cit., n. 131-36.

sempre la dottrina francese, la Corte di cassazione deve sostituire il primo dispositivo con un nuovo dispositivo, pur potendo decidere di confermarlo.

Di là di queste ipotesi eccezionali, la Corte di cassazione cassa rinviando le parti «*devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats*» (art. 411-3 de *Code l'organisation judiciaire*). Il giudice del rinvio, potrebbe disattendere il principio di diritto affermato dalla Cassazione, per la regola dell'«*anti-hiérarchique*»⁽¹⁰¹⁾, permettendo, questa ribellione, quel dialogo tra giudici già accennato⁽¹⁰²⁾. Se un secondo *pourvoi* viene presentato su identica questione, questo sarà affidato all'Assemblea Plenaria e la soluzione resa, questa seconda volta, si imporrà alla giurisdizione di rinvio (ma nel 40% dei casi, l'Assemblea Plenaria dà ragione al giudice del rinvio)⁽¹⁰³⁾.

§.21.2. La *chose jugée* della sentenza di primo grado quale effetto della mancata «riassunzione»: l'art. 1034 CPC (vs. l'art. 393 c.p.c.)

Cosa accade invece se la Corte di cassazione cassa, come di regola, «con rinvio» e le parti non instaurano il giudizio di rinvio? Giungo così, finalmente, all'art. 1034 CPC che disciplina la mancata instaurazione del giudizio di rinvio con la previsione di un preciso effetto (che consegue, anche nel diritto francese, alla mancata «riassunzione» e non, immediatamente, alla cassazione), e cioè il passaggio in *force de chose jugée* della sentenza di primo grado: alla luce della spiegazione dei paragrafi precedenti, dovremmo ora essere in grado di comprendere meglio questa soluzione.

Il rinvio, a seguito di cassazione, non è automatico ma sono le parti tenute a instaurare il giudizio di rinvio, come nel diritto italiano. Tuttavia, e qui risiede la (credo, centrale) differenza tra i due sistemi, l'art. 1034 CPC, e non l'art. 393 c.p.c., sconta una valutazione di imputazione dell'estinzione basata sul criterio dell'*interesse* alla prosecuzione del giudizio⁽¹⁰⁴⁾.

(101) R. DE LA GRASSIÈRE,

(102) S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., n. 567.

(103) S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, cit., n. 567.

(104) Usando le stesse parole della Suprema Corte italiana (v. nota seguente) che esclude tale valutazione con riguardo all'art. 393 c.p.c. V. J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la Cour d'appel*, LexisNexis 2014, 239, dove la chiara affermazione «la saisine ne peut être faite que par une partie qui n'y a intérêt». V. § 19.

Non così l'art. 393 c.p.c. di diritto italiano che, come afferma la Suprema Corte, «esprime una valutazione del legislatore che implica un'opzione di valore per cui, [...], il disinteresse [come tale, aggiunge oltre] per la prosecuzione del giudizio in sede di rinvio [...] merita una valutazione negativa», richiedendo, un criterio diverso, «l'enunciazione di regole differenziate in ragione della relazione fra cassazione con rinvio e tenore della sentenza cassata, dovendosi distinguere l'ipotesi che essa fosse stata pronunciata in appello da quella in cui fosse stata pronunciata in unico grado e dovendosi distinguere, poi, nel primo caso a seconda della relazione fra sentenza cassata e sentenza di primo grado»⁽¹⁰⁵⁾. A tale richiesta risponde esattamente l'art. 1034 CPC di diritto francese che pone due condizioni al passaggio in forza di cosa giudicata della sentenza di primo grado, a seguito della mancata instaurazione del giudizio di rinvio dalla cassazione: che, appunto, il giudizio non sia «riassunto» (e, prima, che la sentenza della cassazione sia notificata) e, cumulativamente, che «*la décision cassée avait été rendue sur appel de ce jugement*».

La «riassunzione», che nel diritto francese è una *saisine* semplificata della *jurisdiction de renvoi*, quale è la «*déclaration au secrétariat*» (ex art. 1032 CPC)⁽¹⁰⁶⁾, deve avvenire nel termine di quattro mesi dalla notificazione della sentenza della Cassazione. Si tratta di un termine *de forclusion* la cui sanzione è soggetta al regime delle *fins de non-recevoir*⁽¹⁰⁷⁾. Accanto a detto termine, la previsione generale dell'art. 386 CPC detta un termine *de peremption* (questa a differenza della *forclusion* non è rilevabile d'ufficio), che decorre dalla pronuncia della sentenza e che gioca quando la sentenza della Cassazione non è notificata. Anche l'inutile decorso di tale secondo lungo termine conferisce alla sentenza di primo grado *force de chose jugé*⁽¹⁰⁸⁾, senza che si debba distinguere, precisa la Corte di cassazione francese, a seconda che la sentenza cassata sia «*confirmatif ou infirmatif*»⁽¹⁰⁹⁾, dunque senza che rilevi il segno della sentenza di secondo grado.

(105) Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, commentata nei §§ precedenti e in estratto in calce al presente lavoro.

(106) In Francia si parla di giudizio di rinvio e non di riassunzione (innanzi al giudice del rinvio della causa, pur essendovi continuità, v. E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 186.

(107) Cass., 2e civ., 18 dicembre 2008, in *Bull. civ.* 2008 II, n. 272

(108) Cass., 2e civ., 27 giugno 1990, in *Bull. civ.* 1990, II, n. 149

(109) Cass., 2e civ., 6 marzo 1991, in *Bull. civ.* 1991, II, n. 79; in *Gaz. pal.* 1991, 2, con nota di CROZE, MOREL.

Da questa ricostruzione traggio la considerazione che segue. Se le parti del processo francese non riassumono il giudizio di rinvio dalla cassazione, la Corte di cassazione lascia intatte le altre decisioni rese sullo stesso rapporto processuale e, segnatamente, la sentenza di primo grado ⁽¹¹⁰⁾, non essendosi, aggiungiamo dalla prospettiva italiana, quella d'appello sostituita ad essa ⁽¹¹¹⁾. Ed è esattamente per questa ragione che la sentenza di primo grado rivive, e, dal giorno dell'espiazione del termine di riassunzione, diventa esecutiva ⁽¹¹²⁾.

La norma francese non detta l'effetto della mancata instaurazione del giudizio di rinvio dalla cassazione in caso di rinvio al giudice che abbia deciso *en premier et dernier ressort*, ma tale effetto è ricavabile dalla norma e dal sistema: quella sentenza resa *en premier et dernier ressort*, essa stessa oggetto di ricorso per cassazione, viene meno (e, va da sé, non passa in giudicato). Sebbene l'art. 1034 *CPC* non lo precisi, sembra però che gli atti processuali e tutto quanto abbia preceduto quella sentenza restino salvi, così potendo le parti reiterare la loro azione davanti al giudice di primo grado, a condizione che l'azione non sia prescritta ⁽¹¹³⁾.

Una recente sentenza della *Cour de cassation* ha confermato questo principio, scrivevo, non direttamente affermato dall'art. 1034 *CPC* ⁽¹¹⁴⁾. Due coniugi avevano venduto la loro quota di comproprietà senza pagare le spese ad essa relative, tanto che i comproprietari, conosciuto il cambio di titolarità di quella quota di comproprietà, avevano fatto «opposizione al prezzo di vendita». Tale opposizione non andava a buon fine e i comproprietari avviavano una causa davanti al *jurisdiction de proximité* (un giudice unico, che molto somiglia al nostro giudice di pace e che conosce cause del valore inferiore a quattromila Euro, su determinate materie) di *Montmorency*, giudice che, con sentenza non appellabile per valore del 12 gennaio 2007, condannava i coniugi al pagamento di quelle spese di comunione. La sentenza del giudice di *Montmorency* veniva cassata il 21 maggio 2008 e le parti rinviate davanti giudice di *Pontoise*. I comproprietari, oltre un anno dopo la decorrenza del termine di riassunzione di cui

(110) F. BOUCARD, *Le renvoi après cassation*, in *JCPC* 2010, fasc. 762, 5.

(111) Sull'effetto sostitutivo dell'appello italiano da una prospettiva comparatistica, v. A. Saletti, *Effet substitutif en droit italien*, cit., 303 ss.

(112) F. BOUCARD, *Le renvoi après cassation*, in *JCPC* 2010, fasc. 762, 5. V. Cass., 2e civ., 16 marzo 2000, n° 98-13.128 in *JurisData*, n. 2000-000956; in *Bull. civ.* 2000, II, n° 46.

(113) Così, testualmente, BOUCARD, *Le renvoi après cassation*, in *JCPC* 2010, fasc. 762, 5.

(114) Cass., 3e civ., 11 avr. 2012, n° 11-12.851, *F.P+B. Deloison c/ Syndicat des copropriétaires de la Résidence Foch*, in *Procédures* 2012, 171, con commento di R. PERROT.

all'art. 1034 *CPC*, e precisamente nel il 29 luglio 2009, riproponevano la stessa domanda (non al designato giudice del rinvio, come si sarebbe potuto pensare ma) al giudice di *Montmorency*. I coniugi sollevavano lì un'eccezione di incompetenza, poi rigettata dalla sentenza avverso la quale hanno proposto *pourvoi en cassation*.

Ebbene, la *Cour de cassation*, nel rigettare il ricorso giudicando il motivo non fondato, ha avuto modo di confermare che, decorso inutilmente il termine di cui all'art. 1034 *CPC*, le parti «si ritrovano nello stesso stato in cui in cui si trovavano prima della decisione cassata»⁽¹¹⁵⁾, ma ha potuto altresì sottolineare come le conseguenze di tale effetto siano diverse a seconda che la decisione cassata sia una sentenza della Corte d'appello o un sentenza resa *en premier et dernier ressort*: nel primo caso, quello abituale, la sentenza di primo grado passa in giudicato, mentre nel secondo caso, quello eccezionale e di specie, si deve tornare davanti al giudice la cui decisione è stata cassata. Nel caso di specie però la «riassunzione» non era avvenuta nel termine di legge, pertanto il tribunale di *Montemercy* ha correttamente concluso di essere competente per gli ordinari criteri di competenza territoriale.

Si può allora affermare che, nel diritto francese, colui che ha interesse alla cassazione della sentenza d'appello, e l'ha ottenuta, deve poi misurare il suo interesse alla «riassunzione», quindi decidere se riassumere o, al contrario, far giocare la «perenzione». Infatti, se la cassazione è totale e la sentenza di primo grado è favorevole, il ricorrente in cassazione non ha alcun interesse ad adire il giudice del rinvio; se invece la cassazione è parziale, la mancata riassunzione nel termine di legge fa passare in giudicato la sentenza di primo grado solo nella parte in cui non è stata annullata-riformata dalla sentenza di secondo grado, nel frattempo divenuta (quella) definitiva, pertanto potrebbe, in questo caso, esservi un interesse alla riassunzione. E non è necessariamente colui che ha fatto ricorso per cassazione e ha ottenuto soddisfazione davanti alla Suprema Corte ad avere interesse ad adire la Corte d'appello del rinvio.

Concludendo sul punto, nel diritto francese, è il *criterio dell'interesse* alla prosecuzione del giudizio di rinvio dalla cassazione a giocare e la «scelta» della parte-avvocato per l'una o l'altra strada a essere decisiva. Così non è nel sistema italiano in cui la mancata prosecuzione del giudizio di rinvio dalla cassazione, in tutti i casi, è valutata negativamente dall'ordinamento («il disinteresse delle parti [è sanzionato]

(115) Stesso è affermato da Cass, 2 civ., 27 settembre 2012, n. 11-22.050

come tale») e in cui, nella dinamica della impugnazioni processuali, l'effetto sostitutivo dell'appello, che pur trova la sua premessa giustificativa nel suo carattere devolutivo, che è carattere anche dell'appello francese, fa venir meno la sentenza di primo grado, appunto sostituita da quella d'appello poi cassata, per cui la sentenza di primo grado non può mai rivivere.

Se così è, è lo stesso criterio dell'interesse, che sta a monte dell'art. 1034 *CPC*, a essere più rispondente al principio di economia processuale. Del resto, il punto di contatto tra l'analisi economica e il processo civile sta proprio qui ⁽¹¹⁶⁾: il processo civile, e non quello penale e amministrativo, in quanto governato dal principio dispositivo, mette le parti, e anche il giudice, di fronte a delle *scelte*, pertanto obliterare completamente l'interesse della parte alla prosecuzione del processo, imponendo la prosecuzione e non lasciandola a una valutazione di «opportunità», non risponderebbe alla funzione del processo civile, almeno da questa (economica) prospettiva ⁽¹¹⁷⁾.

§.21.3. Somiglianti problemi applicativi.

Proviamo ora ad indagare sull'applicazione, e sui suoi effetti, dell'art. 1034 *CPC* a casi in cui la decisione di primo grado *non* è una sentenza del tribunale resa all'esito di un giudizio ordinario, a cognizione piena, passibile di appello, come in Italia ci si interroga sulle sorti del decreto ingiuntivo quando, dopo la cassazione della sentenza della corte d'appello che ha accolto l'opposizione, il giudizio di opposizione non viene

(116) M. A. FRISON-ROCHE, *Efficacité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils*, in *Droit et économie du procès civil*, cit., 17; confrontano l'analisi economica di un processo governato dal principio accusatorio con quella di un processo governato dal principio inquisitorio, B. DEFFAIN, M. DORIAT DUBAN, *Equilibre et régulation du marché de la justice. Délais versus prix*, in *Reveu économique* 2001, v. 52, n. 5, 949-976

(117) Tanto che nel recente caso rimesso alla Suprema Corte italiana (Cass. n. 6188/2014), il ricorrente, che aveva intimato un precetto in forza di un lodo arbitrale sul presupposto che, annullata la sentenza che lo aveva annullato, il lodo fosse valido, adduceva proprio la carenza di interesse alla riassunzione dalla cassazione (si legge nella motivazione della sentenza). Ma la Corte risponde che nell'«affidare alla parte interessata ad impedire l'estinzione l'onere di riassunzione, ma ciò in quanto la mancata riassunzione lascerebbe altrimenti la situazione regolata dal lodo [...] si da per dimostrato quello che l'art. 393 c.p.c., impedisce di ritenere, cioè che il lodo [...] conservasse efficacia nonostante l'estinzione.»

riassunto (¹¹⁸), o sulla sorte del lodo arbitrale in caso di cassazione della sentenza della corte d'appello che l'ha annullato (¹¹⁹).

Trasposto il quesito nell'ordinamento francese, quindi individuato il problema alla luce degli istituti e delle dinamiche processuali di diritto francese, per così dire «somiglianti problemi» si sono posti e sono stati risolti dalla *Cour de cassation* nelle due situazioni seguenti. I casi non sono omologabili a quelli italiani summenzionati, ma si possono forse intravedere delle «analogie». In ogni caso, si tratta di casi in cui l'art. 1034 *CPC* ha lo stesso creato dubbi interpretativo-applicativi ed esitazioni di carattere pratico, che scontano l'effetto sospensivo dell'appello (che l'art. 393 c.p.c., di regola, non deve scontare).

Nel primo caso, il giudice di primo grado aveva condannato la parte convenuta in giudizio a demolire, sotto pena di *astreinte*, un capannone che quella stessa parte aveva costruito in danno al soggetto agente. La sentenza veniva annullata dalla Corte d'appello, e la decisione della Corte d'appello veniva a sua volta censurata dalla *Cour de cassation*.

La *Cour de cassation* ha allora avuto l'occasione di affermare che l'assenza di rinvio dalla cassazione nel termine di previsto dall'art. 1034 *CPC* fa passare in forza di cosa giudicata l'*astreinte* pronunciata in primo grado: l'*astreinte*, che prende effetto (d)alla data fissata dal giudice che l'ha disposta, data che non può essere anteriore a quella in cui la decisione portante l'obbligazione è divenuta esecutiva, proprio in virtù del meccanismo di cui all'art. 1034 *CPC*, diviene dunque esecutiva una volta decorsi quattro mesi dalla notifica della sentenza della cassazione (¹²⁰). È dunque a torto che la sentenza, poi impugnata in Cassazione, ha fissato il *dies a quo* dell'*astreinte*, ai fini della sua liquidazione, alla scadenza di un mese dalla notifica della sentenza di primo grado (decorrenza del termine per proporre appello), argomentando che, a quella data, la sentenza di primo grado, per il fatto di non essere stata annullata, avrebbe acquistato forza di cosa giudicata. La sentenza di primo grado, chiarisce la Corte, è divenuta esecutiva, e così l'*astreinte* «prend effet» solo una volta decorso il termine per l'instaurazione del giudizio di rinvio dalla cassazione.

(118) Per tutti, B. CAPPONI, *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c.*, cit., *passim*; M. NEGRI, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio*, cit., *passim* (v. nota 1).

(119) V. *supra*.

(120) Cass., 2e civ, 16 marzo 2000, n. 98-13.128, in *Bull. civ.* II, n. 46.

L'altro caso è quello di una sentenza di primo grado di condanna al pagamento di una somma di denaro che, provvisoriamente esecutiva, è stata poi annullata dalla Corte d'appello, quindi la stessa somma restituita in forza di quella seconda (e di segno opposto) sentenza di annullamento. Senonché, la Cassazione ha cassato quell'*arrêt infirmatif* e la parte che ha vinto in primo grado ha domandato nuovamente l'esecuzione della prima decisione.

La Corte d'appello di Parigi, nel confermare una sentenza del *TGI*, ha potuto riaffermare il principio per cui la cassazione di una sentenza d'appello ha per effetto quello di rimettere «*la cause et les parties [sont ainsi remises] dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt d'appel cassé,*», ma dedurre altresì che, proprio in virtù di tale effetto, si può procedere all'esecuzione forzata della sentenza di primo grado anche senza alcuna preventiva notificazione dell'*arrêt* della Cassazione ⁽¹²¹⁾. Dopo la cassazione le parti sono infatti rimesse «*dans les liens de droit résultant du jugement,*», *jugement* che è già stato notificato alle parti per cui non c'è bisogno di procedere a una nuova notificazione dell'*arrêt* della Cassazione avendo le parti già preso legalmente conoscenza della decisione.

Nel commento critico alla sentenza è stato tuttavia notato che «se la sentenza di primo grado risorge dalle ceneri con la sua provvisoria esecutorietà, è per la stessa esecuzione della sentenza di cassazione che ha censurato la sentenza d'appello: è la sentenza di cassazione che ha fatto *ressusciter* la sua forza esecutiva». Affermare che una sentenza della cassazione non è suscettibile di alcun ricorso sospensivo non è concludente per sostenerne l'immediata forza esecutiva, perché lo stesso può predicarsi con riferimento a una sentenza d'appello. È infatti principio generale dell'ordinamento quello per cui è impedito dare avvio all'esecuzione forzata di una sentenza senza la sua preventiva notificazione, e non si vede dunque perché questo principio non dovrebbe valere per una sentenza della Cassazione ⁽¹²²⁾.

È vero che l'art. 1034 *CPC* è stato modificato con decreto del 1985 nel senso che è possibile adire la giurisdizione di rinvio anche senza la preventiva notificazione della

(121) App. Paris, 20 gennaio 2000, SA SAP (confirmation TGI Bobigny, in *Procédure* 2000, 4, comm. 89, con nota di R. Perrot, *Cassation d'un arrêt infirmant un jugement assorti de l'exécution provisoire*.

(122) R. PERROT, *Cassation d'un arrêt infirmant un jugement assorti de l'exécution provisoire*, *cit.*, 2.

sentenza della Corte di cassazione ⁽¹²³⁾, tuttavia, come notato, adire il giudice del rinvio non significa dare avvio all'esecuzione forzata («*n'est pas faire acte d'exécution forcée*»). Con questa sentenza, la Corte d'appello ha nondimeno tratto da questa modifica normativa un argomento a sostegno della tesi per cui la cassazione di una sentenza d'appello ridà istantaneamente forza esecutiva alla sentenza di primo grado, così accelerando l'esecuzione delle decisioni di giustizia, quindi la loro efficacia.

Per quanto concerne la materia arbitrale, e così chiudendo il discorso da cui ha preso le mosse la presente analisi, non ho potuto rinvenire sentenze sul tema, sentenze, insomma, che provino la reviviscenza del lodo arbitrale a seguito della cassazione della sentenza della Corte d'appello che l'ha annullato. Tuttavia, fermandomi al dato positivo, (le conclusioni già allora rassegnate del)l'estensione della norma di cui all'art. 1034 *CPC*, che regola il giudizio di rinvio alla cassazione, all'arbitrato, quindi la reviviscenza del lodo, sembrano potersi trarre dal combinato disposto delle seguenti norme: l'art. 1476 *CPC*, di cui già si è accennato, in forza del quale «*[l]a sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche*» ⁽¹²⁴⁾; l'art. 1495 *CPC* che espressamente estende al *recours en annulation*, che è l'impugnazione per nullità francese, le regole che governano l'appello, tanto che, e solo a titolo esemplificativo, il *recours en annulation* come l'*appel*, sospende l'esecuzione della sentenza arbitrale; infine, a ulteriore conferma, l'art. 1498 *CPC* in forza del quale il rigetto del *recours en annulation* automaticamente conferisce l'*exequatur* della sentenza arbitrale, nella parte, ovviamente, non censurata dalla Corte d'appello ⁽¹²⁵⁾.

(123) Décret n°85-1330 du 17 décembre 1985 «Modifiant certaines dispositions du nouveau code de procédure civile».

(124) V. *supra* nota 61.

(125) Per un'analisi di queste norme dalla prospettiva italiana, sia consentito rinviare M. DE SANTIS, M. M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato. Parte seconda*, in *Dir. comm. int. Dir. comm. int.* 2012, 59 ss., dove richiamo a dottrina e giurisprudenza francesi con riferimento alle norme succitate.

PRINCIPALE GIURISPRUDENZA COMMENTATA

App. Milano, 1 luglio 2014 , sentenza 1° luglio 2014; Secchi Pres. ed Est.; V.C. e G.C. c. B.C.

MOTIVI DELLA DECISIONE — (Omissis). — 2. Con il primo motivo dell'impugnazione principale V. e G. C. hanno lamentato che «il lodo ha pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato e ha deciso il merito in un caso un cui il merito non poteva essere deciso. Violazione dei limiti oggettivi della convenzione arbitrale — Art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.».

2.1. Il resistente B. C. ha eccepito che il motivo è inammissibile, in quanto, da un lato, muove da una erronea ricostruzione del lodo del Collegio Arbitrale, e, dall'altro lato, si risolve nella critica del risultato interpretativo del Collegio Arbitrale, dato che prospetta una diversa interpretazione della volontà delle parti, comportante un riesame del merito. In proposito, ha in particolare osservato che la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 178 del 2008, ha affermato che « una volta che gli arbitri hanno fissato, mediante l'interpretazione della clausola, l'ambito oggettivo di essa e, quindi, del loro potere decisorio il relativo dictum, proprio in quanto ha previamente definito « confini » della clausola stessa, non è impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4) (per avere, cioè, « pronunciato fuori dai limiti del compromesso » o della clausola compromissoria), bensì unicamente ai sensi del combinato disposto dell'art. 829, comma 1, n. 5) e art. 823 c.p.c., comma 2, n. 3), vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto in esame risulti radicalmente inadeguata alla comprensione dell'iter logico giuridico seguito dal collegio arbitrale o all'individuazione della ratio decidendi del lodo, ovvero, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, per violazione o falsa applicazione delle regole ermeneutiche codicistiche ».

L'eccezione non è fondata.

La pronuncia delle Corte di Cassazione richiamata dal resistente è espressamente fondata sul principio che « la questione della identificazione dell'oggetto della clausola compromissoria, quindi della individuazione delle controversie nascenti da contratto e che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno inteso compromettere in arbitri, e cioè nell'ambito oggettivo del potere decisorio degli arbitri stessi [...] non dà luogo [...] ad una questione di « competenza » e/o di giurisdizione, ma, secondo la giurisprudenza di questa Corte — consolidata nell'affermare che sia all'arbitrato rituale che a quello irrituale va riconosciuta natura privata, configurandosi in ogni caso la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato per effetto di un'opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (per tutte, Cass. Sez. un., n. 1251 del 2000; Cass. n. 16718 del 2006; n. 12714 del 2002) — configura una questione di merito, la cui soluzione richiede l'interpretazione della clausola secondo i canoni ermeneutici che la governano (art. 1362 c.c., e segg.) » (vd. Cass. n. 178 del 2008, in motivazione). Recentemente la Corte di Cassazione, decidendo a Sezioni Unite, ha rimeditato tale orientamento, anche in considerazione delle modifiche legislative introdotte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, giungendo alla conclusione che i rapporti tra arbitri e giudici ordinari debbano essere ricostruiti in termini di incompetenza.

Dopo aver, tra l'altro, premesso che: « La normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni, (sopra riportate) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati. »

« L'art. 819 ter c.p.c. nel disciplinare il rapporto tra cause devolute al giudizio degli arbitri e cause proposte davanti al giudice ordinario individua il rapporto fra i due processi in termini di « competenza »; e riconosce espressamente l'impugnazione con regolamento di competenza avverso la sentenza emessa dal giudice (non — invece — nell'ipotesi di declaratoria sulla competenza pronunciata dall'arbitro). »

« la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 223 depositata il 19.7.2013 ha rilevato che con la riforma attuata con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. » la Corte di Cassazione ha infatti affermato che:

« Dalla natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali consegue che, lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza (e ciò a prescindere dal fatto che il rimedio del regolamento di competenza sia previsto ex art. 819 ter c.p.c. solo nei confronti della sentenza del giudice ordinario, ma ciò non sposta il fondo della questione, come nell'ipotesi di cui all'art. 46 c.p.c., che pure esclude il regolamento per le sentenze dei giudici di pace che attengano alla competenza), lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione » (vd. Ordinanza Sez. Un. 24153 del 25.10.2013 emessa in sede di regolamento di giurisdizione).

Alla luce dei condivisibili principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la decisione relativa alla determinazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria non integra dunque una questione di merito, ma una questione di « competenza », ed è pertanto impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c. (per avere, nella prospettazione degli impugnati principali, pronunciato fuori dei limiti della clausola compromissoria). Nell'esaminare la questione relativa alla individuazione delle controversie, nascenti dal contratto, che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno inteso compromettere in arbitri, e, quindi, dell'ambito oggettivo del potere decisorio degli arbitri stessi, questa Corte non deve limitarsi al controllo della decisione del Collegio Arbitrale.

Infatti, secondo un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, « la natura dei giudizi di mera legittimità delle impugnazioni di lodi arbitrali, devolute alla competenza della Corte d'appello, non esclude, ove siano denunciati errori in procedendo, il potere-dovere di procedere all'apprezzamento dell'attività svolta nel processo dalle parti o dagli arbitri ed all'esame degli elementi di fatto risultanti dagli atti acquisiti al processo stesso, al fine di accertare la sussistenza della dedotta nullità, dato che la Corte d'appello, in quella sede, ha «il potere di apprezzare e valutare anche il fatto extraprocessuale, che abbia tuttavia rilevanza nel processo, così come acquisito dal giudice a quo» » (cfr. Cass. n. 4492 del 2002, Cass. n. 4455 del 1986).

2.2 V. e G. C. hanno chiesto che i capi del dispositivo del lodo e, come effetto, gli altri capi che ne sono conseguenza, vengano dichiarati nulli e/o annullati, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., perché il Collegio Arbitrale era incompetente e/o privo di potestà giudicandica e non poteva pronunciare sul merito della controversia, essendo stato violato il fondamentale principio, contenuto nell'art. 808 c.p.c., relativo ai limiti oggettivi della convenzione arbitrale, per le seguenti ragioni:

(Omissis).

2.3 Il motivo non è fondato.

2.4 Come correttamente affermato dal Collegio Arbitrale, B. C. ha posto a base della propria pretesa « le scritture private inter partes del 29 aprile 1996, contenenti le clausole compromissorie richiamate negli atti di nomina di arbitro ».

Nei due distinti atti di nomina di arbitro (di identico tenore) con i quali ha instaurato i procedimenti successivamente riuniti, B. C. ha infatti testualmente affermato che, poiché nel ricorso per sequestro giudiziario depositato il 12.1.2012 i figli V. e G. C. « hanno preannunziato di voler instaurare il giudizio di merito finalizzato all'accertamento dei propri asseriti [...] diritti sulle azioni di S. It. S.p.A. nonché sulle azioni della V. P. S.p.A. e hanno dichiarato di voler chiedere, in via subordinata [...] «la nullità dell'operazione documentata dai contratti del 29 aprile 1996» è interesse e diritto del dott. B. C. ottenere [...] l'accertamento dell'inesistenza dei diritti vantati dai dott.ri G. e V. C., per converso, l'accertamento, nei loro confronti, dei propri diritti quali fondati sugli accordi del 29 aprile e relativa esecuzione » (Omissis).

E nella prima memoria depositata nel procedimento arbitrale B. C. ha precisato che le istruzioni dell'8.2.2011 a U. Fiduciaria affinché venissero «estinti e rimossi i mandati fiduciari formalmente in essere con i signori G. C., V. C. e M. C.(Omissis)» e venisse «contestualmente attivato un corrispondente mandato fiduciario, sempre avente ad oggetto tutte le azioni testé descritte, a beneficio del loro unico esclusivo pieno proprietario e fiduciante ultimo signor B. C.», erano state impartite «in piena coerenza con (ed esercitando) i poteri conferitigli dai figli nell'ambito degli Accordi» — «Accordi» da intendersi, secondo quanto precisato in detti atti, come il complesso di negozi posti in essere tra padre e figli il 29.4.1996: scritture private tra B. C. e i figli, procure generali conferite da V. e G. C. al padre, dichiarazioni di riconoscimento dell'interposizione fittizia indirizzate a B. C. da parte dei figli. (Omissis).

Al contrario di quanto sostenuto dagli impugnanti principali, il Collegio Arbitrale ha dunque — correttamente — affermato che l'acquisto della proprietà delle azioni in capo a B. C. è derivato dall'esercizio, da parte dello stesso, del predetto diritto potestativo riconosciutogli dai figli con le scritture del 1996, contenenti la clausola compromissoria in forza della quale B. C. ha introdotto i procedimenti arbitrali successivamente riuniti. Non può pertanto esservi dubbio sulla competenza degli arbitri a decidere le domande di accertamento della proprietà delle azioni in conseguenza delle istruzioni impartite da B. C. a U. Fiduciaria, trattandosi di domande attinenti alla «esecuzione» degli Accordi del 1996. Come osservato nel parere pro veritate prodotto da B. C., il diritto di disporre delle azioni, ad esso attribuito al punto 5° delle scritture private del 29.4.1996, non poteva che manifestarsi nel potere di istruire le società fiduciarie, cui le azioni erano fiduciariamente intestate.

4. Con il secondo motivo — «Il lodo è stato pronunciato senza che sia osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 9 c.p.c.). Il Collegio ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso (art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.). Contrarietà del lodo all'ordine pubblico (art. 829, 3° comma c.p.c.)» — gli impugnanti principali hanno dedotto che: (Omissis);

— con la seconda memoria B. C. aveva invece proposto una diversa e nuova domanda, con la quale aveva chiesto al collegio di «accertare e dichiarare, ove ritenuta la proprietà fiduciaria in capo [ai figli] ... l'avvenuto trasferimento delle azioni ... per effetto delle istruzioni impartite da B. C. ad U. Fiduciaria...»(Omissis);

— nella seconda memoria lo stesso B. C. aveva «confessato» la novità di tale domanda, precisando che costituiva «la logica alternativa» rispetto alle domande proposte con la prima memoria, delle quali si poneva «come subordinata»;

— essi odierni impugnanti principali avevano eccepito nella terza memoria, e ribadito in sede di discussione, l'inammissibilità delle nuove domande, rifiutando di contraddire sulle stesse.

4.1. Il resistente B. C. ha eccepito che il motivo è inammissibile, in quanto la nullità prevista dal n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c., non riguarda la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, alla quale si riferisce l'art. 112 c.p.c. davanti al giudice ordinario, ma la corrispondenza tra il contenuto (o l'ambito) oggettivo del patto compromissorio ed il decisum degli arbitri.

L'eccezione non è fondata.

Il motivo di nullità previsto nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — che è stata aggiunta con la riforma del 2006 («Il Collegio ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso») — costituisce una norma di chiusura, che, come è stato osservato dalla dottrina, ricomprende tutte le ipotesi — non censurabili con altri motivi di impugnazione — in cui gli Arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma I dell'art. 829 c.p.c.

In tali ipotesi rientra indubbiamente anche quella del lodo che — secondo la prospettazione degli impugnanti principali — abbia ammesso e pronunciato su una domanda nuova e, dunque, inammissibile, incorrendo vizio di ultrapetizione.

4.2. Gli impugnanti principali hanno sostenuto che le domande successivamente proposte sono diverse, sia per quanto riguarda il petitum che per quanto riguarda la causa petendi, atteso che: (Omissis).

Tali assunti non sono condivisibili. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, la proprietà appartiene alla categoria dei diritto « autodeterminati » (Omissis).

5. Con il terzo motivo dell'impugnazione principale V. e G. C. hanno dedotto che « Il Collegio ha pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato e ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso (art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.) », perché, senza la partecipazione al giudizio del litisconsorte necessario U. Fiduciaria, l'arbitrato doveva essere dichiarato improcedibile.

5.1. B. C. ha eccepito l'inammissibilità del motivo in quanto comportante una non consentita rivalutazione del merito della decisione del Collegio Arbitrale, che « ha escluso che U. Fiduciaria abbia avuto un ruolo causativo nel trasferimento della proprietà delle azioni ».

L'eccezione è infondata.

Anche il lamentato mancato rilievo del litisconsorzio necessario di U. Fiduciaria deve infatti ritenersi ricompreso nelle ipotesi — previste nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. » (Omissis).

Il motivo non è fondato.

Come si è già ricordato, nei due atti di nomina di arbitro, di identico tenore, B. C. ha espressamente affermato che era suo interesse e diritto ottenere « l'accertamento dell'inesistenza dei diritti vantati dai dott.ri G. e V. C. e, per converso, l'accertamento, nei loro confronti, dei propri diritti quali fondati sugli accordi del 29 aprile e relativa esecuzione » (Omissis).

Per quanto riguarda la simulazione dei mandati fiduciari stipulati dai figli con U. Fiduciaria — prospettata in via principale nella prima memoria — va in particolare osservato che, come evidenziato dal Collegio Arbitrale, B. C. non ha formulato una domanda diretta ad ottenerne l'accertamento con efficacia di giudicato nei confronti di U. Fiduciaria, ma ne ha dedotto la sussistenza « quale preteso antecedente logico-giuridico per decidere circa il rapporto fra padre e figli ». (Omissis).

Come correttamente affermato dal Collegio Arbitrale, si tratta di « un accertamento dedotto in via incidentale, senza dover coinvolgere U. Fiduciaria », che non è quindi « litisconsorte necessaria », atteso che, secondo il costante orientamento della Corte di Cassazione, « l'accertamento incidentale della simulazione soggettiva del contratto non impone l'integrazione del contraddittorio — non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario — dal momento che tale accertamento può compiersi e produrre i suoi effetti tra le parti del processo senza necessità di chiamare in giudizio il terzo » (Cass. n. 10841 del 2000, Cass. n. 10490 del 2006, Cass. 3727 del 2003). (Omissis).

8. Con il sesto motivo — « Contrarietà all'ordine pubblico delle pronunce adottate (art. 829, 3° comma, c.p.c.) » — V. e G. C. hanno in primo luogo sostenuto che: — il Collegio aveva reputato che l'atto dell'8.2.2011 era stato idoneo « a trasferire al dott. B. C., ai sensi del punto 5 dei Contratti del 1996, la formale e definitiva proprietà delle azioni già oggetto dei mandati fiduciari correnti tra i figli ed U. Fiduciaria »;

— come osservato dall'Arbitro dissenziente, « la soluzione adottata nel lodo viola un principio fondamentale del nostro ordinamento, onde si esige che i beni circolino per consenso delle parti », dato che « nel caso concreto non si dà un atto con efficacia traslativa compiuto da B. C. nei confronti dei precedenti titolari delle azioni »; (Omissis).

8.1. Sotto questo primo profilo il motivo è inammissibile, in quanto tende in realtà ad ottenere un riesame dell'interpretazione degli accordi del 1996 data dal Collegio, precluso nella fase rescindente della impugnazione (cfr. Cass. n. 5857 del 2000, Cass. n. 5508 del 2001, Cass. n. 2566 del 2002, Cass. n. 2474 del 2003, Cass. n. 11091 del 2004). (Omissis).

9. Con una prima censura contenuta nel settimo motivo — «Il lodo è stato pronunciato senza che sia stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio (art. 829, I° comma, n. 9 c.p.c.)» — gli impugnanti principali hanno dedotto che:

— nell'arbitrato di equità, nel quale possono adottare un criterio di giudizio frutto di una valutazione autonoma e libera, gli arbitri devono previamente enunciare i criteri generali ai quali si atterrano nel formulare il loro giudizio;

— in difetto di tale enunciazione, come era avvenuto nella specie, «le parti non hanno modo di svolgere nel corso del processo le loro difese, nell'impossibilità di identificare le fattispecie rilevanti e gli oneri di allegazione e di prova che fanno loro carico (perché conseguenza della regola giuridica applicabile)».

9.1 La censura è inammissibile, ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c., in quanto nel corso del procedimento arbitrale V. e G. C. non hanno eccepito la mancata enunciazione di una regola che disciplinasse lo svolgimento del procedimento arbitrale. (Omissis).

App. Roma, sentenza dep. 29 agosto 2013; Sorace Pres. - Dell'Erba, Rel.; F.S. S.r.l. c. N. P. S.p.A.

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con atto di citazione notificato in data 28 aprile 2006 F.S. proponeva impugnazione avverso il lodo in epigrafe che, in parziale accoglimento della propria domanda, aveva condannato N. P. S.p.A. al pagamento in suo favore della somma di “EUR 756.000,00 in relazione ai risultati finali del contratto Dw., in adempimento alle disposizioni contenute nel Sale Of Business Agreement e nell'atto di integrazione e conformemente ai principi stabiliti nel lodo arbitrale 2003”, l'impugnante deduceva che la pronuncia traeva origine da un contratto di cessione di azienda e relativo atto integrativo conclusi fra le parti il 23 dicembre 1998 ed il 10 dicembre 1999, con cui F.S. aveva acquistato da N.P. l'azienda S., comprendente due importanti contratti conclusi con la società brasiliana P.bras. e con la società siriana Dw.; che nell'atto integrativo le parti avevano stabilito un aggiustamento del prezzo di cessione originariamente convenuto in base ai criteri stabiliti nel contratto, impegnandosi a rinviare l'analisi dei risultati dei due contratti al momento della definitiva chiusura delle commesse e ad addivenire, di conseguenza, ad un ulteriore successivo adeguamento del prezzo di cessione; che insorta controversia fra le parti su tale adeguamento del prezzo di cessione, in data 2 dicembre 2003, F.S. aveva adito il Collegio Arbitrale sulla scorta della clausola compromissoria prevista nel contratto; che il giudizio si era concluso con la liquidazione della somma di LIRE 494.000.000 in favore di F.S. con riferimento al contratto P.bras e con riferimento al contratto Dw., i cui risultati non erano stati considerati finali, non essendo all'epoca chiusa la commessa, il Collegio aveva stabilito che tutte le differenze avrebbero dovuto essere conguagliate tra le parti una volta divenuti definitivi ed incontestati i risultati del contratto e sulla base degli stessi criteri indicati nel lodo con riferimento al contratto P.bras; che detto lodo non era stato impugnato dalle parti ed era divenuto definitivo e vincolante; che una volta divenuti definitivi ed incontestati i risultati del contratto Dw, F.S. aveva chiesto a N.P. il conguaglio del prezzo in suo favore e, poiché N.P. si era rifiutata di adempiere alla sua obbligazione, F.S. aveva instaurato un nuovo procedimento arbitrale, conclusosi con il lodo in questione.

(Omissis)

Con il quarto motivo di impugnazione F.S. lamentava la nullità del lodo per contrarietà/difetto di motivazione/eccesso di potere (art. 829 n. 4 c.p.c.)/per violazione degli artt. 822, 115 e 112 c.p.c. (829 co 2 c.p.c.), per contrasto con la statuizione del lodo del 2003 (art. 829 n. 8 c.p.c.).

(Omissis)

Si costituiva N.P. S.p.A. che contestava i motivi di impugnazione proponeva a sua volta impugnazione incidentale, deducendo la nullità del lodo per avere il Collegio accolto domande di F.S. improponibili, perché già respinte con il lodo 2003 (art. 829 co n. 8 c.p.c.) e per l'*error in iudicando* (art. 829 co 2 c.p.c.).

N.P. deduceva che il lodo del 2003 non conteneva alcuna condanna nell'*an* con riferimento alle perdite asseritamente patite per la commessa Dw., per cui il lodo del 2006 in esame non avrebbe dovuto emettere una pronuncia di condanna nel *quantum*) mancando la disposizione.

(*Omissis*)

Come rilevato dal Collegio nell'ordinanza del 4 ottobre 2012 il lodo arbitrale impugnato dev'essere, in limine, dichiarato nullo per difetto di potestas judicandi degli arbitri, in quanto, avendo il Collegio nel 2003 già pronunciato un lodo definitivo sulla medesima domanda, passato in giudicato perché non impugnato (circostanza pacifica), ha consumato il potere di decidere in ordine alla medesima sulla scorta della clausola compromissoria contenuta nel contratto in atti e non poteva essere adito una seconda volta sulle stesse questioni già risolte in modo irrevocabile.

Tale questione può ben essere sollevata d'ufficio dalla Corte adita ai sensi dell'art. 829 c.p.c. poiché il giudice dell'impugnazione del lodo è tenuto a verificare anche d'ufficio che gli arbitri siano stati effettivamente investiti dalla *potestas judicandi* sulla base di un valido compromesso per arbitrato rituale ed inoltre le questioni relative all'esercizio da parte degli stessi arbitri di un potere loro non attribuito (ossia relativo all'usurpazione della funzione giurisdizionale) è deducibile *ex novo* e rilevabile d'ufficio, con il solo limite del giudicato, anche innanzi alla Cassazione (Cfr Cass. civ. 8410/98).

Il caso in esame è equiparabile ad un'ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale in assenza di clausola arbitrale, poiché quella contenuta nel contratto fra le parti ha esaurito la sua efficacia, con riferimento alla controversia in questione, con la pronuncia arbitrale del 2003. La circostanza che la questione sia stata sollevata da N.P. davanti agli arbitri, sia stata respinta e non più riproposta in sede di impugnazione ex art. 829 c.p.c., non implica poi che si sia formato sulla medesima alcun giudicato né preclusione, poiché l'impugnazione del lodo non si configura come giudizio di gravame, bensì di nullità e quindi si tratta di un giudizio in unico grado avente ad oggetto la validità del lodo (Cfr Cass. civ. n. 5358/99, n. 12031/04, n. 9394/11).

Pertanto il giudicato può formarsi soltanto in ordine alle statuizioni della sentenza emanata dalla Corte ex art. 829 c.p.c.

Nelle ipotesi quali quelle in esame è poi precluso alla Corte d'Appello il passaggio alla fase rescissoria, mancando in radice la *potestas decidendi* e configurandosi appunto l'eventuale pronuncia degli arbitri come una vera e propria usurpazione di potere (Cfr. Cass. civ. 22083/09, n. 16977/06, n. 2598/06, n. 19994/04).

Alla nullità del lodo consegue l'accoglimento della domanda, proposta (la Nuovo Pignone, di ottenere la restituzione di quanto pagato in conseguenza del lodo annullato).

(*Omissis*)

Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 23 febbraio 2016, n. 3481; Pres. Forte - Rel. De Virgilio, G.C. e V.C. c. B.C.

(*Omissis*). MOTIVI DELLA DECISIONE. – Si reputa opportuno dare conto della non incidenza nel caso della questione rimessa alle S.U. con le ordinanze 25039, 25040 e 25662 del 2015, relativa all'ammissibilità dell'impugnazione per la violazione di regole di diritto secondo il dettato di cui all'art. 829 c.p.c., comma 2°, nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, nel caso del lodo pronunciato, nel procedimento arbitrale instaurato dopo la riforma, alla stregua di una clausola compromissoria stipulata in precedenza, questione quindi relativa all'interpretazione del d.lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4°, correlato alla specificità della disposizione di cui all'art. 829 c.p.c., comma 2°, nel testo ante riforma.

Nel caso che qui interessa, invece, si tratta di un arbitrato rituale di equità, la cui impugnazione, alla stregua della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. cit., è regolata dall'art. 829 c.p.c., nel testo riformato. (*Omissis*).

Gli ulteriori profili di inammissibilità del motivo fatti valere da C.B. sono sostanzialmente incentrati sul rilievo che i ricorrenti tenderebbero ad ottenere il riesame del

fatto, ovvero dell'interpretazione degli accordi del 1996 da parte degli Arbitri, che hanno accertato che è avvenuto il trasferimento della proprietà delle azioni in ragione del contenuto degli accordi del 1996, e quindi col consenso dei figli.

La questione, che evidentemente segna il discrimine tra il profilo preliminare e quello di merito, è dirimente ed è oggetto di specifica ed approfondita illustrazione da parte dei ricorrenti, costituendo proprio il fondo del motivo fatto valere.

I ricorrenti hanno posto la questione non dell'interpretazione degli atti dell'8 febbraio 2011 (istruzione di C.B. ad Unione Fiduciaria, di estinguere il mandato fiduciario dei figli alla Fiduciaria, relativo alle azioni di cui si tratta, avvalendosi della procura conferita dai figli al padre ad esercitare i diritti spettanti in virtù di detto mandato; apertura di un nuovo mandato fiduciario da parte di C.B. a proprio nome, relativo a dette azioni), ma della idoneità degli stessi (a prescindere dal compimento in nome dei figli in forza della procura rilasciata da questi) a produrre l'effetto giuridico del trasferimento della proprietà delle azioni dai figli al padre, sostenendo che l'accensione di un mandato fiduciario germanistico non può ritenersi idoneo al trasferimento della proprietà al fiduciante, che deve essere invece già proprietario in traslativo.

E, sempre nella prospettazione pubblica il principio sotteso al sistema di circolazione della proprietà dei beni, secondo cui la proprietà non può essere trasferita se non nei modi previsti dalla legge, e quindi in forza di un titolo giuridicamente idoneo a produrre l'effetto traslativo, titolo che, nel campo degli acquisti a titolo derivativo tra vivi, sostanzialmente si identifica col contratto, basato sul consenso delle parti *ex art. 1376 c.c.*

Quindi, il lodo avrebbe violato il principio di ordine pubblico dell'inammissibilità del trasferimento della proprietà in assenza di atto a ciò idoneo.

E che occorra detto trasferimento è pacifico, atteso che, per quanto tra le ultime espresso nella pronuncia 17785/2015, in senso conforme alle precedenti 146595/2015 e 11314/2010, il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, parimenti voluti, l'uno di carattere esterno, efficace verso i terzi, e l'altro, *'inter partes'* ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo, da ciò conseguendo che l'intestazione fiduciaria di quote di partecipazione societaria integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista (diversamente dal caso d'interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, ed a ritrasferirglielo ad una scadenza concordata, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario.

Pertanto, essendo i figli proprietari delle azioni, l'esercizio da parte del padre del diritto al trasferimento non poteva avvenire con un mero fatto appropriativo, ma richiedeva l'atto a ciò idoneo, posto in essere per volontà dei fiduciari.

Ciò posto, anche ad aderire alla prospettazione dei ricorrenti, e quindi a ritenere di ordine pubblico le norme sul trasferimento della proprietà, va rilevato come, nella stringente argomentazione della propria tesi, i ricorrenti tendano a segmentare quello che è un complesso negoziale ed a darne una lettura sostanzialmente frammentata, mentre, posto che gli Arbitri hanno accertato il consenso dei figli al trasferimento al padre quale effetto immediato del diritto potestativo a questi attribuito al punto 5 delle scritture dell'aprile 1996 ('C.B. potrà, in qualsivoglia tempo, far procedere o procedere – anche senza alcun avviso o preavviso alla intestazione a sé medesimo o alla cessione a terzi delle azioni e dei finanziamenti alla Bellefin s.p.a. che figureranno così fiduciariamente intestati alle Società fiduciarie utilizzando, se del caso, anche la procura generale che C. G. (V.) va in data odierna a rilasciare'), e ribadito nelle coeve dichiarazioni sottoscritte da C.G. e V. indirizzate al padre, le istruzioni del 2011 ad Unione Fiduciaria valgono quale applicazione di quanto convenuto nel 1996, e quindi integrano l'atto idoneo al trasferimento della proprietà delle azioni.

Con l'esercizio del diritto potestativo, che non poteva che manifestarsi nei confronti della Fiduciaria, essendo a questa intestate le azioni, C.B. ha pertanto attuato il trasferimento della proprietà delle azioni a suo favore.

E, come si è sopra accennato, risulta chiaramente alle pagine 14-15 della memoria *ex art.* 378 c.p.c., dei ricorrenti l'eccessiva segmentazione degli atti, e quindi dei loro effetti, secondo la scansione strettamente fattuale, individuandosi, nell'ordine, come atti tutti inidonei a trasferire la proprietà a C.B., l'estinzione del mandato fiduciario germanistico, l'estinzione del negozio fiduciario padre-figli, l'accensione del mandato fiduciario germanistico a nome del padre, mentre il complesso negoziale ai fini che qui interessano si sviluppa con l'uso da parte del padre dei poteri rappresentativi dei figli di cui alla procura generale del 1996 (sul punto, vi è l'accertamento del lodo), la volontà di trasferire a sé le azioni, avvalendosi del diritto potestativo attribuitogli dalle scritture del 1996, quindi col consenso dei figli, da cui la produzione degli effetti traslativi direttamente tra i fiduciari ed il fiduciante.

Né in detta ricostruzione svolge un ruolo determinante la convinzione di C.B. di essere da sempre proprietario delle azioni per la ritenuta simulazione dell'intestazione ai figli, esclusa dagli Arbitri con statuizione intangibile per effetto del giudicato. (*Omissis*).

2.3. – Il terzo motivo è infondato. (*Omissis*).

È altresì opportuno rilevare che la Corte ambrosiana, nel respingere le eccezioni avanzate sul punto dalla difesa di C. B., ha condivisibilmente inteso la censura di violazione dei limiti oggettivi della clausola compromissoria come vizio di competenza e non di merito, attenendo alla ripartizione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudici ordinari, in adesione ai principi enunciati nella pronuncia delle S.U. 24153/2013, che, superando l'orientamento che faceva capo alla sentenza, resa sempre a sezioni unite, 527/2000, si è espressa nel senso di ritenere che la decisione se una controversia rientri nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria non integra una questione di merito, ma di competenza, da cui l'impugnabilità del lodo per nullità *ex art.* 829 c.p.c., comma 10°, n. 4.

Il vizio fatto valere pertanto avanti alla Corte d'appello è di natura processuale e tale è quello denunciato a riguardo dagli odierni ricorrenti, da cui il potere di procedere all'apprezzamento diretto del fatto processuale.

Ciò posto, si deve rilevare che i ricorrenti denunciano l'esorbitanza del lodo rispetto a quanto oggetto della clausola compromissoria, seguendo uno schema rigido di successione tra gli atti (estinzione dei mandati fiduciari e solo successivamente esercizio del diritto di intestarsi le azioni), attribuendo alle istruzioni di estinzione dei mandati fiduciari conferiti ad Unione Fiduciaria natura funzionale e non accessoria ed esecutiva della scrittura del 1996, mentre il lodo riconduce il trasferimento della proprietà delle azioni all'esercizio del diritto potestativo *ex* punto 5 degli accordi del 1996, contenenti il patto arbitrale.

Ancora, i ricorrenti evidenziano come il lodo nel dispositivo neppure menzioni gli accordi del 1996, e come lo stesso addirittura attribuisca 'validità, efficacia e legittimità' alle istruzioni già impartite ed addirittura a quelle del 16 e 17 maggio 2011, posteriori all'asserita estinzione delle scritture private contenenti la clausola compromissoria.

A riguardo, premesso che anche per il lodo vale il principio secondo cui la volontà del giudice va intesa nel suo complesso, e quindi con individuazione della portata precettiva alla stregua del dispositivo e della motivazione, così da interpretare l'unica statuizione che in realtà essa contiene (in tal senso, tra le ultime, la pronuncia 2216/2007), si deve di contro ribadire che il lodo chiaramente evidenzia il collegamento dell'atto dell'8 febbraio 2011 con gli accordi del 1996 e, nel ricondurre il titolo acquisitivo della proprietà delle azioni al meccanismo di cui si è detto, non attribuisce alcun ruolo traslativo alle istruzioni alla Unione Fiduciaria, che, come già rilevato dalla Corte d'appello, si palesano come disposizione meramente esecutiva, di presa d'atto della mutata situazione sostanziale. (*Omissis*).

Infondato è anche il profilo della censura relativo alla violazione dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale, sul presupposto della sussistenza di un litisconsorzio necessario.

Deve a riguardo in primis rilevarsi che tale valutazione va circoscritta alla domanda basata sull'interposizione reale, atteso che quella basata sulla simulazione relativa soggettiva, respinta dagli Arbitri e non impugnata, è coperta da giudicato, quindi non fa più parte del giudizio, e deve essere condotta alla stregua della prospettazione fatta valere da C.B. (per la parte che sopra si è individuata).

La difesa dei ricorrenti evidenzia correttamente come l'esistenza di un litisconsorzio, in conformità al disposto di cui all'art. 102 c.p.c., dipenda non dalla proposizione o meno di domande nei confronti dell'asserito litisconsorte, ma dalla 'conformazione della situazione sostanziale dedotta', e, nella valutazione concreta della fattispecie, reitera il ruolo causativo di Unione Fiduciaria nella produzione degli effetti costitutivi, ripropone l'incidenza degli accertamenti richiesti nei confronti della Fiduciaria, mentre, per come si è già detto, la situazione fatta valere riguarda solo il rapporto tra C.B. ed i figli, nessun effetto costitutivo-estintivo fa capo al terzo, la cui posizione viene in gioco in relazione agli accordi del 1996, sotto il profilo dell'esecuzione dell'esercizio del diritto potestativo attribuito dal punto 5 della scrittura del 1996.

Con la domanda fatta valere, C.B. non ha pertanto prospettato né chiesto il trasferimento delle azioni per effetto delle istruzioni al terzo o alcuna modificazione della situazione sostanziale coinvolgente il terzo: non sussiste pertanto quella configurazione della situazione giuridica dedotta in giudizio strutturalmente comune a più soggetti, da cui consegue che la decisione non possa conseguire il proprio scopo se non resa nel contraddittorio di tutti i soggetti (vedi sul principio, tra le ultime, le pronunce 4951/07 e 121/05).

Sono infine evidentemente irrilevanti i profili di mero fatto che pure i ricorrenti invocano, quali la *denuntiatio* ai terzi, l'intervento e l'impugnazione del lodo da parte degli stessi.

2.4.– Anche il quarto motivo va respinto.

Superato rapidamente il profilo di inammissibilità fatto valere dal controricorrente col richiamo alla citata pronuncia delle S.U. 17931/2013, va rilevato in via dirimente che la Corte d'appello, nel respingere il motivo, ha evidenziato che già nella prima memoria, C.B. aveva allegato la diversa *causa petendi* dell'intervenuto trasferimento in forza dell'esercizio del diritto potestativo, ulteriore titolo acquisitivo del diritto autodeterminato di proprietà, e che quindi si trattava di una lecita *emendatio*, a fronte della quale la controparte ben avrebbe avuto la possibilità di difendersi, aggiungendo che V. e C.B. già con la prima memoria avevano dedotto la propria proprietà fiduciaria ed eccepito che il diritto del padre all'acquisto delle partecipazioni, ove mai venuto ad esistenza, si era estinto per prescrizione.

I ricorrenti, come chiaramente evidenziato nella memoria *ex art.* 378 c.p.c., pag. 43, hanno inteso denunciare la violazione del contraddittorio e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, e non già la violazione del regime delle preclusioni nel procedimento arbitrale.

Ciò posto, va richiamato il principio affermato nella pronuncia 28660/2013, secondo cui nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio (sancito dall'art. 816 *bis* c.p.c., comma 1°, già in precedenza ricondotto all'art. 816 c.p.c.) non è un vizio formale, ma di attività; ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la concreta menomazione del diritto di difesa, tenendo conto della modalità del confronto tra le parti (avuto riguardo alle rispettive pretese) e delle possibilità, per le stesse, di esercitare, nel rispetto della regola '*audiatur et altera pars*', su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite.

Atteso l'ambito di operatività nel giudizio arbitrale del principio del contraddittorio, il richiamo della Corte d'appello alla stessa difesa assunta da C.V. e G. nella prima memoria, che induce a ritenere che la questione dell'interposizione reale appartenesse già al giudizio, vale a privare di incisività la difesa degli odierni ricorrenti, che, oltre che ad evidenziare la proposizione da parte di C.B. di una vera e propria seconda domanda, si sono limitati a lamentare genericamente che non sarebbe stato permesso loro di replicare alla nuova e tardiva domanda, essendo stato concesso termine di soli otto giorni per la terza memoria di replica prima dell'udienza di discussione e trattazione finale, in un procedimento in cui gli Arbitri non hanno concesso termini 'sfalsati' né proroghe.

Deve infine ritenersi inammissibile l'ulteriore denuncia di omessa pronuncia da parte della Corte del merito sul vizio *ex art.* 112 c.p.c., contestato agli Arbitri per avere 'sostituito' nei fatti altra e diversa domanda; ed infatti, ove anche ritenuta la denunciabilità *ex art.* 829 c.p.c., del vizio in oggetto, dalla sentenza impugnata non risulta che C.V. e G. avessero fatto valere tale vizio (ed a pag. 21 della pronuncia, la Corte d'appello si è limitata a ritenere che il vizio di

pronuncia del lodo su domanda nuova e quindi inammissibile, rientra nel motivo di nullità ex art. 829 c.p.c., comma 1°, n. 4), di talché sarebbe stato onere della parte indicare dove e come avesse denunciato il profilo in oggetto nel giudizio di merito. (*Omissis*)

Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188; Pres. Russo – Rel. Frasca

(*Omissis*). 2.3.1. Cass. n. 10456 del 1996 risulta, infatti, così avere ampiamente argomentato: «(...) Occorre premettere che la vicenda processuale di cui si discute si è svolta prima dell'entrata in vigore della L. 5 gennaio 1994, n. 25 (...). Avendo riguardo all'espressa indicazione dell'art. 825 c.p.c., comma 5o (nel testo allora vigente), non pare possibile dubitare del fatto che il lodo arbitrale in esame, con l'apposizione dell'exequatur da parte del competente pretore, abbia assunto efficacia di sentenza. Si ha a che fare, cioè, con un atto il quale – pur affondando le proprie radici in un sostrato negoziale (il compromesso o la clausola contrattuale che ha abilitato gli arbitri a giudicare sulla controversia loro affidata) – è considerato dall'ordinamento, almeno da quando il pretore vi abbia apposto il decreto di esecutività menzionato dal citato art. 825, comma 4o, alla stregua di un provvedimento giurisdizionale, ossia di una vera e propria sentenza: come tale suscettibile di produrre effetti di giudicato ove non siano stati tempestivamente esperiti i mezzi d'impugnazione contro di essa previsti o tali mezzi si siano infruttuosamente consumati. Ed, a conferma di ciò, il legislatore, nell'art. 827 e segg. codice di rito, ha approntato mezzi d'impugnazione tipicamente processuali (non, quindi, negoziali) del loro arbitrale dichiarato esecutivo. 3 – Dalla suesposta premessa discendono alcune rilevanti conseguenze. Innanzitutto, appare evidente che la tempestiva instaurazione di un giudizio d'impugnazione della sentenza arbitrale, ex art. 828 c.p.c., dà luogo ad una vicenda processuale non riconducibile al parametro dell'impugnazione di un atto negoziale dinanzi al giudice, bensì ad un vero e proprio giudizio di secondo grado, rispetto a quello già svoltosi dinanzi agli arbitri: appunto perché l'oggetto del cennato giudizio d'impugnazione non è un atto negoziale, bensì un provvedimento cui il legislatore attribuisce effetti giurisdizionali e la potenziale attitudine al giudicato che a quel tipo di atti compete. Vi è, insomma, tra l'attività del giudice dell'impugnazione e quella di cui ha tratto origine il provvedimento impugnato, pur nella differenza delle rispettive investiture, quell'omogeneità che deriva dall'essere entrambe tali attività finalizzate alla jurisdiction; ben diversamente da quanto accade invece in caso d'impugnazione di atti esclusivamente negoziali (quali, ad esempio, deliberazioni societarie, condominiali e simili), dove il provvedimento su cui il giudizio si appunta è completamente estraneo al circuito giurisdizionale e non potrebbe mai avere altri effetti che sul piano negoziale. È dunque evidente che, se un giudizio promosso per far dichiarare la nullità di un atto esclusivamente negoziale si estingue senza che si sia pervenuti ad alcuna pronuncia giurisdizionale sulla validità di quell'atto, o senza che, comunque, una qualche pronuncia in tal senso emessa sia sopravvissuta all'estinzione del giudizio, la validità dell'atto e la sua idoneità a produrre gli effetti negoziali suoi propri restano intatte: appunto perché esse si collocano su un piano diverso da quello giurisdizionale, e sono quindi indifferenti a qualsiasi esito del giudizio che non sia quello di una pronuncia d'invalidità emessa dal giudice con efficacia di giudicato. Ma è del pari evidente che la stessa conclusione non può trarsi per l'impugnazione del lodo arbitrale che abbia acquistato efficacia di sentenza a seguito del decreto di esecutività del pretore. Qui, infatti, come già si è accennato, è ben diverso il rapporto tra il giudizio d'impugnazione ed il proprio oggetto, trattandosi di saggiare la validità di un atto già esso stesso avente effetti giurisdizionali. Ed, allora, non potrebbe in questo caso sostenersi che le eventuali anomalie della vicenda processuale, le quali abbiano impedito al giudizio d'impugnazione di concludersi con una sentenza destinata a risolvere definitivamente ogni questione di validità del lodo arbitrale, producano la sola conseguenza di vanificare l'impugnazione lasciando intatto l'atto impugnato. Se quest'atto è, esso stesso, ormai attratto nell'ambito giurisdizionale, e se il giudizio d'impugnazione che lo riguarda genera perciò un'attività giurisdizionale di secondo grado è chiaro che le conseguenze dell'estinzione del procedimento vanno ricondotte anch'esse ad un piano prettamente processuale, ed è appunto su questo piano che occorre perciò verificare

se e quali ripercussioni l'estinzione del giudizio possa aver provocato sugli effetti della decisione arbitrale impugnata. (...). Non è decisivo, nel contesto del citato art. 393, distinguere l'ipotesi in cui la sentenza (poi cassata) di secondo grado si presenta come sostitutiva della precedente dal caso in cui si tratta di una pronuncia rescindente. Vi sono anche sentenze d'appello di contenuto meramente processuale che non si sostituiscono alla decisione di merito del primo giudice (quale, ad esempio, la sentenza che dichiara nulla quella di primo grado ex art. 354 c.p.c.); e la portata della disposizione contenuta nell'art. 393, è così ampia e generale da non consentire certamente, in simili casi, la disapplicazione della norma secondo cui l'estinzione del giudizio di rinvio a seguito di cassazione di una sentenza d'appello è destinata a travolgere l'intero processo, ivi compresa la decisione di primo grado. Se così non fosse, a ben vedere, la mancata riassunzione del giudizio di rinvio finirebbe per equiparare la cassazione con rinvio ad una pronuncia di cassazione senza rinvio: il che non pare concepibile. Quel che il legislatore ha voluto, con la citata disposizione dell'art. 393, infatti, è proprio che il giudizio di merito non possa esser deciso, in caso di cassazione con rinvio, se non mediante una nuova pronuncia che tenga conto dei criteri enunciati dal giudice di legittimità (i quali, infatti, sono destinati a restare vincolati anche in caso di nuovo giudizio sul medesimo oggetto); mentre, se si lasciasse sopravvivere puramente e semplicemente la sentenza di primo grado annullata dalla pronuncia (poi cassata) della Corte d'appello, non si avrebbe alcuna garanzia che la vertenza risulti definitiva nel rispetto dei principi giuridici enunciati dalla Suprema Corte. (...). Orbene, nel procedimento iniziato con il ricorso ad arbitri, la cassazione con rinvio della sentenza della corte d'appello che abbia dichiarato nulla la precedente decisione arbitrale parimenti comporta (nel regime anteriore alla citata l. n. 25 del 1994) che sia rimessa alla competenza esclusiva della corte d'appello, quale giudice di rinvio, la decisione sulla validità o invalidità del giudizio pronunciato dagli arbitri, e che, se tale valutazione risulti negativa, sia sempre la stessa corte a dover decidere anche nel merito del giudizio rescissorio. In difetto di una siffatta pronuncia – resa impossibile dalla mancata riassunzione del giudizio di rinvio – resta necessariamente indeterminato se la decisione da valere per il merito debba essere quella già assunta dagli arbitri, o se, invece, tale decisione non essendo stata validamente assunta, tocchi alla corte d'appello di dover farsi carico del giudizio rescissorio. Ed è proprio l'impossibilità di sciogliere tale nodo, altrimenti che attraverso il giudizio di rinvio, a dimostrare come, nel caso in cui quest'ultimo giudizio non venga celebrato, la decisione degli arbitri non possa conservare validità e debba essere travolta, secondo la regola generale enunciata dal più volte citato art. 393. (...)».

(Omissis).

2.4. Nella memoria depositata in funzione dell'odierna trattazione, tuttavia, parte ricorrente, oltre ad insistere nella diversità della struttura e natura dell'impugnazione del lodo secondo il regime anteriore alla L. n. 25 del 1994 e particolarmente sul suo carattere di impugnazione a motivi limitati a differenza dell'appello, ha dedotto, a sostegno del motivo, argomenti desunti da giurisprudenza di questa Corte in parte sopravvenuta rispetto alla proposizione del ricorso. (Omissis).

2.4.1. Si invoca in primo luogo Cass. sez. un. n. 4071 del 2010 (omissis). Ma l'invocazione non giova alla prospettazione della ricorrente, atteso che il principio espresso dalle Sezioni Unite trova giustificazione nella particolare struttura e natura del giudizio conseguente all'esercizio dell'azione con il procedimento per decreto ingiuntivo e particolarmente nel carattere di forma di tutela privilegiata di esso in relazione alle situazioni per cui ne è prevista l'esperibilità. Carattere che rimane pur dopo la provocazione della cognizione piena con l'opposizione, in ragione della permanenza, nonostante essa, del decreto ingiuntivo, per effetto del carattere lato sensu impugnatorio di tale cognizione, derivante proprio dalla previsione di una tutela c.d. privilegiata a favore di talune categorie di situazioni giuridiche. L'esistenza di una regola espressa nell'art. 653 c.p.c., che rivela – accanto ad altre norme – la permanenza della tutela privilegiata, là dove fa conseguire al rigetto dell'opposizione con sentenza passata in cosa giudicata o provvisoriamente esecutiva e all'estinzione del processo l'esecutività del decreto, ha consentito alle Sezioni Unite di ravvisare una parziale sovrapposibilità della regola stessa a quella generale dell'art. 393 c.p.c. Nel caso che si esamina

nessuna regola particolare da coordinare con l'art. 393 c.p.c. si coglieva nella disciplina del lodo e del giudizio di impugnazione secondo il regime anteriore alla L. n. 25 del 1994, onde il tentativo di invocare una sorta di vis espansiva del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite è priva di fondamento.

2.4.2. In secondo luogo si invocano i principi innovativamente espressi da Cass. n. 3274 e 3280 del 2013. (Omissis).

2.4.4. Sennonché, una cosa sono le conseguenze dell'affermata relatività dell'effetto sostitutivo ai fini di stabilire le conseguenze sull'esecuzione forzata iniziata anteriormente alla cassazione con rinvio (non restitutorio) della sentenza di secondo grado confermativa di quella di primo grado, altro è desumere da detta relatività le conseguenze che vorrebbe trarne parte ricorrente in punto di possibile sopravvivenza del lodo all'estinzione del giudizio dopo il rinvio da parte della Corte di cassazione (omissis).

2.6. Il Collegio ritiene a questo punto di rilevare che è discutibile anche la stessa *communis opinio* che una regola come quella dell'art. 393 c.p.c., che nel caso di estinzione del giudizio di rinvio o per mancata riassunzione o per mancata sua coltivazione, fa conseguire la caducazione dell'intero processo, sia correlata all'effetto sostitutivo della pronuncia di secondo grado emessa in grado di appello rispetto alla pronuncia di primo grado. (Omissis).

2.7. La verità è che la regola dell'art. 393 c.p.c., esprime una valutazione del legislatore che implica un'opzione di valore per cui, una volta che le parti sono arrivate dinanzi alla Corte di cassazione ed è stata emessa una pronuncia da parte di quest'ultima che abbia disposto il rinvio, il disinteresse per la prosecuzione del giudizio in sede di rinvio, rivelato dal verificarsi del fenomeno estintivo, merita una valutazione negativa, per cui l'intera attività processuale si caduca, salvo l'effetto del principio di diritto affermato dalla Corte e ciò al di là di una valutazione di imputazione dell'estinzione basata sul criterio dell'interesse alla prosecuzione del giudizio. La scelta di un diverso criterio, del resto, avrebbe richiesto l'enunciazione di regole differenziate in ragione della relazione fra cassazione con rinvio e tenore della sentenza cassata, dovendosi distinguere l'ipotesi che essa fosse stata pronunciata in appello da quella in cui fosse stata pronunciata in unico grado e dovendosi distinguere, poi, nel primo caso a seconda della relazione fra sentenza cassata e sentenza di primo grado. (Omissis).

BIBLIOGRAFIA

AMAR M., *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879.

AMRANI MEKKI S., STRICKLER Y., *Procédure civile*, Themis Droit, Paris, 2014

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3^a ed., Napoli, 1964.

ANDRIOLI V., *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1956.

ANDRIOLI V., *L'indivisibilità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 249 e ss.

ANSALONI G., LAFARGE-SARKOZY V., *Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs*, in *JCP*, 2012, 780 ss.

ASTONE F., *Venire contra factum proprium: divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006.

AULETTA F., *La nullità del lodo: quale nullità?*, in *Il Nuovo dir. civ.*, 2016, 71 ss.

AULETTA F., *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, intervento a convegno, Milano, 17 ottobre 2014.

AULETTA F., *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 2, 385 ss.

AULETTA F., *Sub art. 824-bis c.p.c.*, in S. Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, 420 ss.

AULETTA F., *Sub art. 822 c.p.c.*, in Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2007, 403 ss., 406.

AULETTA F., *La nullità del lodo o del procedimento arbitrale nel sindacato della corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 1598 ss.

AULETTA F., *Ancora sull'internazionalizzazione dell'arbitrato (altrimenti) domestico*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 749 ss.

AULETTA F., *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

BARBIERI G., BELLA E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007.

BARISON L., *Un'indagine statistica sull'impugnazione del lodo arbitrale nazionale*, in *Riv. arb.*, 2015, 2, 403 ss.

BARLETTA A., *Extra e ultrapetizione. Studi sui limiti del dovere decisorio del giudice*, Milano, 2012.

BERGAMINI L., *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 645 ss.

BERNARDINI P., *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998.

BERTOLDI V., *Effetto sostitutivo della conferma in appello e titolo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 667 ss.

BOCCAGNA S., in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino 2014, *sub art.* 828, 755 ss.

BOCCAGNA S., *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in *Studi Offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 67 ss.

BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005.

BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano comparato*, Napoli, 2012.

BORÉ J., BORÉ L., *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2015-2016

BOVE M., *La impugnazione del lodo internazionale*, in *Riv. arb.*, 2005, 233 e ss.

BOVE M., *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, 681 e ss.

BOVE M., *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1997, 534 ss.

BRIGUGLIO A., FAZZALARI E., MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994.

BRIGUGLIO A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 573 ss.

BRIGUGLIO A., *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, 2, 267 ss.,

CADIET L., *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 1996, 3 ss.

CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, Thémis Droit, 2014.

CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2013.

CADIET L., GUINCHARD, *Le double degré de juridiction*, in *Justices* 1996, 4, 1 ss.

CADIET L., *La sanction et le procès civil*, in *Mélanges Jacques Héron*, 2008, p. 128 ss.

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Milano, Torino, Roma, 1920.

CANIVET G., *La procédure d'admission du pourvoi devant la Cour de cassation*, in *Dalloz* 2002, 2195 ss.

CAPORUSSO S., *Sulla applicabilità del filtro all'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. arb.*, 2014, 1, 183 ss., (nota a App. Milano, ord., 2 marzo 2013).

CAPPONI B., *Interpretazione degli articoli 653 e 393 c.p.c. (passando per gli artt. 310 e 338 c.p.c.: un concorso di discipline soltanto apparente)*, su www.judicium.it.

CAPPONI B., *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio (art. 393 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forzata* 2004, 146 ss. (nota a Cass., sez. II, 6 agosto 2003, n. 11842).

CARNACINI T., voce *Arbitrato*, in *Noviss. dig. it.*, vol I, Torino, 1957, 874.

CARNACINI T., VASETTI M., voce *Arbitri*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, 669 ss.

CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1951.

CARPI F., *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss.

CARPI F., *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contratto e Impresa*, 1990, 901 ss.

CAVALLINI C., *Verso una giustizia «processuale»: il «tradimento» della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 316 ss.

CAVALLINI C., *Lodo rituale ed impugnazione del terzo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 942 ss.

CAVALLINI C., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

CECHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 2005.

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CERINO CANOVA A., *Impugnazione per nullità della sentenza arbitrale*, Padova, 1969.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965.

COHEN D., *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010.

CODOVILLA E., *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915.

COLESANTI V., *Notarelle “controcorrente” in tema di arbitrato e litisconsorte necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4-5, 791 ss.

COMASTRI M., *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2013.

COMOGLIO L. P., CONSOLO C., SASSANI B., VACCARELLA R. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2014.

CONSOLO C., BERTOLDI V., *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni arbitrali ante 2006*, in *Giur. it.*, 2016, 1452 ss.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale*, Torino, 2014.

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013.

CONSOLO C., *Soprassalti delle sezioni unite intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di New York quanto all'ordine delle questioni di rito e di doppio «merito» e riflessioni sull'art. 4 l. 218*, in *Corr giur.*, 2004, 7, 919 ss.

CONSOLO C., *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo: (una disciplina in crisi)*, in *Jus* 1997, 79 ss.

COOKE E., *The Modern Law of Estoppel 2*, 1st ed., 2000.

CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, Themis Droit, Paris, 1996.

DE SANTIS M., *Pronuncia sulla nullità del lodo arbitrale e ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4-5, 1344 ss.

DE SANTIS M., *La reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza di annullamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 107 ss.

DE SANTIS M., *Obbligo di buona fede e limiti all'impugnazione del lodo rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, 249 ss.

DE SANTIS M., *Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo alla luce (diretta o riflessa) di eterogenee novità normative, per nullità*, in *Riv. arb.* 2014, 741 ss.

DE SANTIS M., WINKLER M., *La riforma francese del diritto dell'arbitrato. Parte prima, La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927 ss.

DE SANTIS M., WINKLER M., *La riforma francese del diritto dell'arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 59 ss.

DE SANTIS DI NICOLA F., *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013.

FABRE M., *La cassation sans renvoi en matière civile*, in *JCP* 2001, I, 347;

FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino, 1997.

FAZZALARI E., *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393*, in *Riv. arb.*, 1997, 317 ss.

FAZZALARI E., *In tema di compromesso e litisconsorzio necessario*, in *Riv. Arb.*, 1994, 697 ss.

FAZZALARI E., *La cultura dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 613 ss.

FAZZALARI E., *Omologazione del lodo e "azione di nullità"*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2915 ss.

FAZZALARI E., *Una buona novella*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 6 ss.

FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 54.

FERRARI F., *Il giudizio del fatto processuale in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1642 ss.

FERRARI V., *Etica del processo: profili generali*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 471 ss.

FESTI F., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.

FOUCHARD F., GAILLARD E., GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996.

GAILLARD E., DE LAPASSE P., *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Cah. arb.*, 2011, 263 ss

GAILLARD E., DE LAPASSE P., *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Rec. Dalloz*, 2011.

GAILLARD E., *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)*, in *Rev. arb.*, 1985, 2, 241 ss.

GALANTE V., *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, Napoli, 1906, 151 ss.

GALANTE V., voce *Sentenze arbitrali.*, in *Dig. it.*, XXI, 2, Torino, 1891-1986, 717 ss.

GAMBINIERI B., *Giudizio di rinvio e preclusioni di questioni*, Milano, 2008.

GARBAGNATI, *Ancora in tema d'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1 ss.

GARBAGNATI E., *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 425.

GARBAGNATI E., *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 259.

GHIRGA M. F., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.

GHIRGA M. F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.

GIORGETTI M., *La consecutio rescindente-rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2001, 1601 e ss.

GIORGETTI M., *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996.

GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, Dalloz 2015, n. 1318.

HANOTIAU B., *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Kluwer, 2005.

IZZO S., *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statali*, Torino 2013.

IZZO S., *Sul luogo della notifica dell'impugnazione del lodo rituale ovvero sui rapporti tra procedimento arbitrale e giudizio di nullità*, in *Riv. arb.*, 2004, 84 ss.

JARROSSON C., PELLERIN J., *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Rev. arb.*, 2011, 5 ss.

JARROSSON C., *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrale*, in *Procédures* 2007, 27 ss.

JARROSSON C., *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne, in L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Etudes offertes à Alain Plantey*, Paris, 1995.

JÈZE G., *De la force de verité légale attachée par la loi à l'acte jurisdictionelle*, in *RDP* 1913, 437

KESSEDJIAN C., *Principe de la contradiction et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1995, 2, 381 ss.

LA CHINA S., *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011.

- LA CHINA S., *La nullità dei procedimenti arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 308 ss.
- LATTANZI F., *L'impugnativa per nullità*, Milano, 1989,
- LAUDISA L., *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il gusto proc. civ.*, 2007, 373 ss.
- LAUDISA L., *Impugnazione del lodo con cui gli arbitri negano la propria competenza e decisione della controversia nel merito*, in *Riv. arb.*, 2002, 700 ss.
- LUISO F. P., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, 456 ss.
- LUISO F. P., *Impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 1994, 175 ss.
- LUISO F. P., *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1994, 13 ss.
- LUXEMBOURG F., *La cour de cassation, juge au fond*, Dalloz 2006, 2358.
- MACCARONE, *Sul rito da applicare al giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2005, 286 ss.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2015.
- MARANI G., *Aspetti negoziali e processuali dell'arbitrato*, Torino, 1996.
- MARINUCCI E., *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le normative in materia di appello e di "degiurisdizionalizzazione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1135 ss.
- MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009.
- MARINUCCI E., *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1332 e ss.
- MAZEAUD D., *La confiance légitime et l'estoppel*, in *RIDC*, 2006, 2, 363 ss.
- MAZZARELLA F., *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.*, 1984, V, 181 ss.
- MAZZARELLA F., *Natura del giudizio di impugnazione per nullità del lodo e luogo di notifica dell'atto introduttivo*, in *Giur. merito*, 1969, 617 ss.
- MAZZARELLA F., *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968.
- MENCHINI S., sub art. 819, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1328 ss.
- MENCHINI S., *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.*, 2005, 843 ss.
- MENCHINI S., *Sull'attitudine del giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dall'omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, 773 ss.
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.

MONTESANO L., *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 621 ss.

MONTESANO L., *Privato e pubblico nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo*, in *Riv. arb.*, 1998, 7 ss.

MORÉTEAU O., *L'estoppel et la protection de la confiance légitime - Eléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse Lyon III, 1990.

NAZZINI R., *Remedies at the seat and enforcement of international arbitral awards: res judicata, issue estoppel and abuse of process in English Law*, in *Cont. Asia arb. J.*, 2014, p. 139 ss.

NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, II ed., Torino, 2011.

NEGRI M., *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo secundum eventum litis*, in *Corr. giur.* 2010, 6, 732 ss. (nota a Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4071).

NELA P.L., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007.

NELA P. L., *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1381 ss.

NEMER CLADEIRA BRANT L., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, LGDJ, 2003.

PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005.

PAOLINI, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale fra giudizio rescindente e giudizio rescissorio*, in *Giur. it.*, 2001, 1846 e ss.

PASSA J., *La recevabilité en appel de demandes tendent aux mêmes fins dans le procès civil*, in *Justice et Europe, facteurs de diversité*, in *Justices* 1997, 7, 105 ss.

PERDRIAU A., *La non-admission des pourvois*, in *JCP* 2002, I, 181.

PERDRIAU A., *Usage actuel de cassations sans renvoi*, in *JCP* 2001, I, 334.

POLI R., *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 629 ss.

POLI R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 332 ss.

PROVINCIALI R., *Il giudizio di rinvio*, Padova, 1936.

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012.

PUNZI C., in *Enc. giur. Treccani*, voce *Arbitrato*, Roma, 1995.

RASIA C., *Proposte di modifica in materia di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 417 ss.

REDENTI E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2011.

RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 950 ss.

RICCI G.F., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967.

RIZZA C., *Efficacia del principio di diritto e poteri del giudice di rinvio*, tesi di dottorato in diritto processuale civile, XXIV ciclo, Università di Roma La Sapienza.

RIZZA C., *La sorte del lodo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione per nullità in sede di rinvio dalla cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 840 ss. (nota a Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188).

ROMANO A., *Il trasferimento dinanzi arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 473 ss.

RUFFINI G., *Commento all'art. 830*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F. P. Luiso, Milano, 2000.

RUFFINI G., «*Efficacia di sentenza*» del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, in *Riv. arb.*, 2000, 465 ss.

RUFFINI G., *La divisibilità del lodo rituale*, Padova, 1993.

RUFFINI G., *Alcune questioni in tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, 538 e ss.

SALVANESCHI L., *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in *Riv. arb.*, 2015, 233 ss.

SALVANESCHI L., *Arbitrato*, Bologna, 2014.

SASSANI B., *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, in *Riv. arb.*, 2013, 4, 883 ss.

SALVANESCHI L., *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, 59 ss.

SALVANESCHI L., *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1999, 723 e ss.

SALVANESCHI L., *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio*, in *Corr. Giur.*, 1995, 326 e ss.

SALVANECHI L., *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 564 ss.

SASSANI B., *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 199 ss.

SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931.

SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, 3ed, Milano, 1988.

SERRA M. L., *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016.

STROPPARO, *L'impugnazione per nullità del lodo: negazione o prosecuzione della vicenda arbitrale?*, in *Corr. giur.*, 2003, 1187.

TARZIA G., LUZZATTO R., RICCI E. F., *Legge 5 gennaio 1994 n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995.

TAVORMINA V., *Azioni di impugnativa e potere di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 43 ss.

TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006.

TEXIER S. L., *De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil*, Dalloz 2011, 11 ss.

TOMASIN D., *Essai sur l'autorité del la chose jugée en matière civile*, Paris, LGSJ, 1975, *passim*.

TOMMASEO F., *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2, 2007, 199.

TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in cassazione. Le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *judicium.it*.

TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015.

VAN COMPERNOLLE J., SALETTI A., *Le double degré de juridiction. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 2010.

VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

VERDE G., *Diritto processuale civile*, Bologna, 2015.

VERDE G., *La riforma dell'appello civile: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 971 ss.,

VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *judicium.it*

VERDE G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.

VERDE G., *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006.

VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006.

VERDE G., *L'arbitrato secondo la l. 28/1983*, Napoli, 1985.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 827, sub art. 829 e sub art. 830*, in *Arbitrato*, commentario diretto da CARPI, Bologna, 2007.