

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Gennaio-Febbraio
2016

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

LA REVIVISCENZA DEL LODO DOPO LA CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO

SOMMARIO: 1. Il problema dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'impugnazione per nullità del lodo. – 2. (Segue) Una recente decisione sotto regime previgente nel senso dell'estensione applicativa. – 3. I limiti dell'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato. – 4. (Segue) L'estensione applicativa dell'art. 393 c.p.c. all'arbitrato come soluzione accettabile nel regime previgente ma non in quello attuale. – 5. 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. – 6. Il test dell'equità per provare la tenuta sistematica della soluzione raggiunta. – 7. (Segue) Un cenno di comparazione.

1. – 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 oggi rinnovati¹. Quell'interesse è sin crescente: basti considerare la spinta data all'arbitrato dal più recente legislatore e quindi alla derivata necessità di far chiarezza attorno all'«epilogo arbitrale».

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

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 il venir meno 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 questa *Rivista* 2015, 840 ss. Per quanto a nostra conoscenza, non altri contributi trattano specificamente il tema.

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.

Col presente contributo si tenterà di dare una soluzione al problema quindi di dare una risposta al seguente quesito: rivive il lodo quando la Corte di cassazione cassa la sentenza della Corte d'appello che l'ha *annulato*?

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 assimilato².

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, crediamo, a condurre a una possibile risposta, non senza tener conto delle difficoltà che si incontrano nell'applicazione dell'art. 393 c.p.c.

2. – 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»

² Cass., sez. III, 18 marzo 2014, n. 6188, cit. in nota precedente.

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.

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 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.

Scriveva 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

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

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».

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, e dimostrato, presupposto che l'impugnazione per nullità è giudizio di secondo grado rispetto a quello di primo grado svoltosi innanzi agli arbitri⁵, e che la iniziale disomogeneità di situazioni derivante da differenti investiture viene

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. Sostiene che non si tratti di un giudizio di secondo grado ma di giudizio in unico grado, nel quale vi è un cumulo eventuale di un'azione di annullamento del lodo e un'azione di cognizione (eventuale) sul merito, tanto da trarre da questa sistemazione una conclusione opposta a quella cui giunge la suprema Corte, C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012, vol. 2, 507 ss. *Si vis*, alla luce delle recenti riforme del sistema impugnatorio, sulla natura dell'impugnazione per nullità, se appello o impugnativa in senso stretto, da cui eventualmente trarre conseguenze applicative, v. M. De Santis, *Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo alla luce (diretta o riflessa) di eterogenee novità normative, per nullità*, in *Riv. arb.* 2014, 741 ss. 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.

meno con l'«attrazione» del lodo nell'ambiente giurisdizionale. Si devono dunque accettare le conseguenze logiche e di sistema di quest'impostazione⁶.

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 Cassazione⁷.

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.

3. – 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

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 *Corriere giur.* 2010, 6, 732 ss., con nota di M. Negri, *Estinzione del giudizio di opposizione in fase di rinvio e resurrezione del decreto ingiuntivo* secundum eventum litis; in questa *Rivista* 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.

logico e sistematico, come emerge chiaramente dalla sentenza della suprema Corte⁸, 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 deflattivi, può apparire una soluzione diseconomica e antitetica rispetto a quelle cui è giunto il recente legislatore⁹.

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 negoziale¹⁰. 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'arbitrato¹¹.

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 es-

⁸ Dello stesso avviso Rizza, *La sorte del lodo*, cit., 844.

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*.

sere trascurata, e non solo per via della diversa investitura degli arbitri rispetto all'investitura dei giudici (facilmente superabile, 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 nullità¹².

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 casi¹⁴.

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 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

¹² Su cui più ampiamente *infra*.

¹³ E. Zucconi Galli Fonsena, *Decisione sull'impugnazione per nullità*, in Aa.Vv., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2008, 836.

¹⁴ V. *infra* par. 5 sull'art. 830 c.p.c. come riformato nel 2006 quindi sull'incidenza di tale modifica.

rischia di penalizzare (qui sì) *eccessivamente* la parte vittoriosa dell'arbitrato¹⁵.

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 «sovrapposibilità», 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 accennato¹⁸.

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. 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

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 S.U. per cui occorre valutare il segno della decisione che, in quel caso, ha definito l'opposizione a decreto ingiuntivo, ritendo che «occor[r]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.

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.

4. – 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 sola rescindente, è *ratione temporis* inapplicabile²⁰. 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 è²¹.

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 lodo²², 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

¹⁹ Cfr. B. Capponi, *Se il lodo rituale annullato*, cit., 165 (v. *supra* nota 6).

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 esser gli elementi da considerare nell'enunciazione di quel principio di diritto: si vedano le considerazioni *supra*.

²³ E. Fazzalari, *Impugnazione per nullità*, cit., 324.

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 applicabilità²⁴.

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 ingiunto ricorre quando quella pronuncia sia di accoglimento ma non ricorre quando sia di rigetto²⁶.

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 proveremo 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.

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.

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 S.U., 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 so-

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 valida²⁸.

5. – 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 perseguibilità nel merito del giudizio sull'impugnazione per nullità, di una decisione che potesse sempre sostituirsi a quella arbitrale²⁹. 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 decisione³⁰.

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

stitutivo 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. 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.

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. 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. Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, 216 ss.

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 conseguenzialmente, 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 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 2006³³.

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 arbitrale³⁵. Questa interpretazione ci sembra infatti la più coe-

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. Zucconi Galli Fonseca, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 807.

³³ Così, 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*,

rente alle intenzioni del legislatore della riforma ed è la stessa che consente di sostenere, semmai, la regola della finale 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 prodotto³⁶.

In fondo, anche sotto il profilo dell'economia processuale – da considerare, oggi più ieri, oltre a voler preservare a tutti i costi la scelta arbitrare 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 (sostituita)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 merito³⁹.

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 stato⁴⁰.

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 arbitrare 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.

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. Zucconi Galli Fonseca, *Decisione sull'impugnazione*, cit., la quale dichiara di preferire questa soluzione; di diverso avviso, S. Boccagna, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova 2010, *sub* art. 830 c.p.c., 472.

³⁹ E. Zucconi Galli Fonseca, *Decisione sull'impugnazione*, cit., 801.

⁴⁰ Soluzione cui era pervenuta anche la dottrina già in sede di interpretazione del

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°, 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 conseguire⁴¹.

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 abbiamo 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., ma di dar coerenza, e sen-

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.

⁴¹ V. *supra* nota 3, dove è ripercorso in sintesi il caso.

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.

so 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 crediamo non possano giustificare conclusioni diverse, che rischierebbero di disattendere il dato positivo⁴⁴. 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 arbitrale⁴⁵.

Anche al segno della sentenza del giudice statale sul giudizio di nullità del lodo crediamo debba essere attribuito assorbente rilievo, come già si evince dal titolo del presente contributo e dall'analisi 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 pe nullità⁴⁶.

6. – Un test per provare la tenuta sistematica di quanto sin qui affermato è quello dell'arbitrato di equità. In quei casi, infatti, quella che abbiamo definito «volontà arbitrale» è massima e alla Corte d'appello che annulla il lodo, indipendentemente dal motivo di annullamento – che abbiamo visto non essere un dato così indicativo, non essendo chiaro il criterio di selezione dei motivi dell'art. 830, comma 2°, c.p.c. – dovrebbe

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. Crediamo 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 abbiamo 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.

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 consensualmente 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 la 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 «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

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.

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 parti⁵⁰ – 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 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

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* par. 7, 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; Punzi, *Disegno sistematico*, cit., 254; C. Cecchella, in *Aa.Vv., L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, 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».

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.

7. – Facendo il test dell'arbitrato d'equità in un ordinamento diverso (ma simile) (d)a quello italiano, ed offrendo così un cenno di comparazione, il legislatore francese ha, nell'art. 1490 *CPC* per l'*appel* e nell'art. 1493 *CPC* per il *recours en annulation* (che dà, anche questo secondo, un generale potere di «statuer sur le fond» alla Corte d'appello una volta annullata la sentenza arbitrale)⁵², recepito quella giurisprudenza che già affermava la necessità di coincidenza tra il criterio di giudizio scelto dalle parti, e quindi imposto agli arbitri, e quello speso dalla Corte d'appello nel decidere *au fond*, sopravvivendo, quel criterio di giudizio, all'annullamento della sentenza arbitrale.

Così, sia nell'ambito dell'*appel* che nell'ambito del *recours en annulation*, la *Cour d'appel*, una volta annullato il lodo, decide secondo diritto o secondo equità «dans les limites de la mission du tribunal arbitral»⁵³. Ta-

⁵² Nel sistema francese infatti, ai sensi dell'art. 1493 *CPC*, che disciplina il procedimento del *recours en annulation*, «[l]orsque une juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond», così attribuendo il legislatore francese, a differenza di quello italiano dell'ultima riforma, un generale potere rescissorio al giudice del *recours en annulation*, e consentendo pur sempre alle parti di derogarvi. Mentre, dunque, l'*appel* è esperibile avverso le sentenze arbitrali solo se espressamente convenuto dalla parti (art. 1489 *CPC*), il potere di decidere il merito della lite una volta annullata la sentenza arbitrale nell'ambito del *recours en annulation* è la regola. La questione che si pone, entro tale sistema, è la seguente: se le parti rinunciano all'appello, rinunciano implicitamente anche a una decisione di merito dopo l'annullamento della sentenza arbitrale nell'ambito del *recours en annulation*? Da una parte si può pensare che dato che non è possibile rinunciare al *recours en annulation* non è possibile nemmeno rinunciare alle sue conseguenze; dall'altra parte però si può ritenere che la rinuncia all'appello debba interpretarsi come una «mise à la carte définitive de la juridiction étatique de juger au fond» d. V. T. Clay, *sub* art. 1493 *CPC*, in *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis 2015, 151.

⁵³ Una parte della dottrina, ma non la giurisprudenza (che interpreta le due espressioni allo stesso modo), ha evidenziato che mentre la norma che regola il procedimento d'*appel*, ossia l'art. 1490 *CPC*, dispone chiaramente che «[l]a cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral», l'art. 1493 *CPC* sul *recours en annulation* dispone, più laconicamente che, la corte d'appello «statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre» e che tale differenza testuale non può essere trascurata. Così, E. Loquin, *Note à App. Paris 7 juillet 1987*, in *Rev. arb.* 1988, 297, spec. 303.

le norma, oltre a trovare la sua giustificazione nel rispetto della volontà delle parti, come manifestata nella convenzione arbitrale, non sarebbe che il riflesso dell'*effet dévolutif* tipico anche dell'impugnazione per nullità francese, oltre che dell'appello, attribuendo, il legislatore, alla Corte d'appello un generale potere di *juger au fond* dopo l'annullamento della sentenza arbitrale⁵⁴.

Questo mimetismo è tale che una parte della dottrina francese parla di «*arbitrage judiciaire*» ma, di là di tale definizione, dalla comparazione emerge come nel sistema arbitrale francese, e non in quello italiano, una norma di diritto positivo fornisca una precisa soluzione sul punto⁵⁵.

Quella stessa soluzione, condivisa dalla giurisprudenza francese, è tuttavia criticata da una parte della dottrina che mentre ravvede ragioni di opportunità nell'attribuire poteri equitativi alla Corte d'appello nell'ambito di un comune *appel*, perché vuol dire che le parti hanno espressamente manifestato quella volontà (essendo la sentenza arbitrale suscettibile di appello solo se così *convenzionalmente* stabilito dalle parti *ex art. 1489 CPC*, mentre nel regime legale la sentenza arbitrale è suscettibile solo di *recours en annulation*)⁵⁶, non ravvede alcuna ragione di opportunità nell'attribuire alla Corte d'appello poteri equitativi dopo l'annullamento della sentenza arbitrale nell'ambito del *recours en annulation*. In questo secondo caso, infatti, l'attribuzione di poteri equitativi al giudice ordinario non si fonderebbe su nessuna, nemmeno implicita, manifestazione di volontà delle parti. Non solo. Col passaggio dall'ordine arbitrale a quello giudiziario, il venir meno dell'*intuitu personae*, che caratterizza il rapporto parti-giudicante in arbitrato e, così, il venir meno della prevedibilità della decisione, risulterebbero i limiti della soluzione imposta dal legislatore francese⁵⁷.

La comparazione si arresta qui, ossia al concetto di equità e al suo calarsi nella fase rescindente/rescissoria di annullamento/riforma della *sentence arbitrale*, senza indagare sulla soluzione della sua finale reviviscenza

⁵⁴ T. Clay, *sub art. 1493 CPC*, cit., 151.

⁵⁵ E. Loquin, *Note*, cit., 305; P. Fouchard, *L'arbitrage judiciaire*, in *Mel. P. Bellet*, *Littec*, 1991, 167, spec. n. 12. Altra dottrina francese giudica questa espressione «*excessive*» in quanto non si versa più in tema di arbitrato, trattandosi di pronuncia della Corte d'appello rispettosa della volontà delle parti: v. J. Pellerin, *L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence (article 1485 de nouveau Code de procédure civile)*, in *Rev. arb.* 1993, 199 ss. Si consideri che anche il sistema francese (art. 12 *CPC*) accorda alla Corte d'appello la possibilità di decidere secondo equità, dunque non è di per sé innaturale questo meccanismo, non essendovi nessuna incompatibilità tra *justice étatique* e *équité*. Così T. Clay, *sub art. 1490 CPC*, cit., 132.

⁵⁶ V. *supra* nota 52.

⁵⁷ E. Loquin, *Note*, cit., 306, lo stesso Autore, nel suo contributo, suggerisce alle parti, considerando tale contesto normativo, di impedire, già nella convenzione arbitrale, alla Corte d'appello di giudicare nel merito una volta annullato il lodo e, in ogni caso, di preferire una decisione secondo diritto.

a seguito di cassazione (oggetto del presente contributo). A tale conclusione dovrebbe essere dedicato uno studio *ad hoc* che prima inquadri la norma di sistema francese, omologa a quella di cui all'art. 393 c.p.c., saggiandone l'ambito applicativo nel contesto tutto giurisdizionale, per poi verificarne l'estensione all'arbitrato.

Tale norma sembra trovarsi nell'art. 1034 c.p.c. che nel disciplinare il giudizio di rinvio dalla cassazione (tra le «[d]ispositions particulières aux juridictions de renvoi après cassation»), non fa conseguire, alla mancata riassunzione, l'estinzione dell'intero processo, bensì la cosa giudicata della sentenza di primo grado se quella cassata è una sentenza d'appello. Recita infatti la norma che «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», norma che dunque sembrerebbe essere concludente nel senso della sopravvivenza della sentenza o del lodo resi in primo grado⁵⁸.

MICHELA DE SANTIS

Dottoranda di ricerca

nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

⁵⁸ Si veda, F. Boucard, *Le renvoi après cassation*, in *Jur. class. pr. civ.* 2010, 10 Settembre 2014 (date de la dernière mise à jour), fasc. 762. Si veda anche Cour de cassation, civ. 2°, 16 Mars 2000, n. 98-13.128, in *Bull. civ.* II, n° 46, *Juris-Data*, n. 000956, e la *note* di G. Perrot, *Astreinte. Point de départ, dans l'hypothèse de la cassation d'un arrêt infirmatif*, in *Rev. Droit civ.* 2000, 402 ss.