

CAPITOLO PRIMO

L'INVALIDITA' DELLA CONVENZIONE PER NON ARBITRABILITA' DELLA CONTROVERSA

1. Brevi cenni introduttivi sulla nuova disciplina delle impugnazioni del lodo arbitrale.....	<i>pag.</i>	1
2. L'ipotesi della non arbitrabilità e la sua riconducibilità sotto il motivo di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.....	»	4
2.1 Segue. Il dettato dell'art. 806 c.p.c.....	»	6
2.2 Segue. La disponibilità del diritto ed il limite di cui all'art. 1972 c.c.....	»	15
2.3 Segue. Le controversie su diritti disponibili...	»	24
2.4 Segue. Le controversie di lavoro	»	29
2.5 Segue. Il divieto di legge in relazione a materie disponibili.....	»	43
3. L'indisponibilità per ragioni processuali.....	»	49
4. Questioni interpretative in ordine alla qualificazione del lodo su controversie non arbitrabili.....	»	53

CAPITOLO SECONDO

L'INDIVIDUAZIONE DEI CASI DI NULLITA' DEL LODO

Sezione I

Cenni introduttivi

1. La natura dell'impugnazione per nullità.....	<i>pag.</i>	59
---	-------------	----

2. La nuova disciplina dell'impugnazione per nullità del lodo.....	pag. 66
--	---------

Sezione II

L'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.

1. L'inesistenza della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.....	» 72
2. La nullità della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.....	» 77
3. L'annullabilità della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.....	» 82
4. L'inefficacia della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.....	» 85

Sezione III

Casi di nullità

1. L'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.: la violazione delle norme relative alla nomina degli arbitri.....	» 88
1.2. Segue. La nomina effettuata dal difensore.....	» 95
1.3. Segue. La ricusazione degli arbitri e l'impugnazione del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.....	» 96
1.4. Segue. I vizi della nomina degli arbitri nell'arbitrato multilaterale e l'impugnazione del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.....	» 101

2. L'art. 829, I comma, n. 3, c.p.c.: l'incapacità degli arbitri.....	pag. 105
3. L'art. 829, I comma, n. 4, prima parte, c.p.c.: la pronuncia fuori dai limiti della convenzione di arbitrato.....	» 108
3.1. Segue. L'art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.: il lodo che ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso	» 112
3.2. Segue. L'esito dell'impugnazione per nullità accolta ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 4 c.p.c...	» 119
4. L'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.: il lodo che non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'art. 823 c.p.c.....	» 121
4.1. Segue. L'art. 829, I comma, n. 5 c.p.c.: la mancanza della “ <i>esposizione sommaria dei motivi</i> ”.....	» 123
4.2. Segue. Il lodo privo del dispositivo.....	» 128
5. L'art. 829, I comma, n. 6, c.p.c.: il lodo pronunciato dopo la scadenza del termine.....	» 129
6. L'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.: le forme prescritte a pena di nullità.....	» 131
7. L'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.: il lodo contrario ad altra pronuncia arbitrale non più impugnabile o ad altra precedente sentenza passata in giudicato.....	» 136
7.1. Segue. L'esito dell'impugnazione accolta <i>ex art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.</i>	» 139

8. L'art. 829, I comma, n. 9, c.p.c.: il procedimento arbitrale in cui sia stato violato il principio del contraddittorio.....	<i>pag.</i> 142
9. L' art. 829, I comma, n. 10, c.p.c.: il lodo che erroneamente non decide nel merito.....	» 146
10. L'art. 829, I comma, n. 11, c.p.c.: il lodo che contiene disposizioni contraddittorie.....	» 149
11. L.'art. 829, I comma, n. 12, c.p.c.: il lodo che non ha pronunciato su alcuna delle domande o delle eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.....	» 154
12. L.'art. 829, II comma, c.p.c.: la preclusione dell'impugnazione per la parte che ha dato causa ad 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.....	» 159

CAPITOLO TERZO

LA NULLITA' DEL LODO PER *ERRORES IN IUDICANDO* DEGLI ARBITRI E PER VIOLAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO

1. L'impugnazione per <i>errores in iudicando</i>	<i>pag.</i> 165
2. L'eliminazione del riferimento alla decisione secondo equità.....	» 169
3. Le regole di diritto relative al merito della controversia.....	» 173

4. La rilevanza degli <i>errores in iudicando</i> degli arbitri per violazione di norme imposte dalla legge.....	<i>pag.</i> 175
5. I limiti del giudizio di equità e del lodo reso secondo regole di diritto diverse da quelle indicate dalle parti.....	» 178
6. Impugnazione del lodo per contrasto con l'ordine pubblico.....	» 184
7. L'esito dell'impugnazione accolta <i>ex art.</i> 829, III comma, c.p.c.....	» 194
8. L'esito meramente rescindente dell'impugnazione voluto dalle parti.....	» 195
BIBLIOGRAFIA.....	» 198

CAPITOLO PRIMO

L'INVALIDITA' DELLA CONVENZIONE PER NON ARBITRABILITA' DELLA CONTROVERSIA

1. Brevi cenni introduttivi sulla nuova disciplina delle impugnazioni del lodo arbitrale.

La recente riforma dell'arbitrato, attuata con il d. lgs. n. 40/2006¹, ha modificato in modo significativo la disciplina delle impugnazioni del lodo, senza alterarne la tipologia (ancora costituita dall'impugnazione per nullità, dalla revocazione straordinaria e dall'opposizione di terzo²).

¹ Si tratta del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, emanato in attuazione della legge delegante 14 maggio 2005, n. 80 c.d. «sulla competitività», che ha convertito in legge il d. lgs. 14 marzo 2005, n. 35 recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, nonché deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Per un'analisi approfondita dei principi contenuti nella legge delega, si vedano E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 e segg.; C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 e segg.; M. BOVE C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 57 e segg. Le novità introdotte dal d. lgs. n. 40/2006 riguardano non solo il tema delle impugnazioni, ma investono più in generale l'intera disciplina dell'arbitrato. In particolare, è stata disciplinata in maniera più analitica la forma della convenzione arbitrale (artt. 807-808 *bis* c.p.c.); si prevede per la prima volta una norma di carattere generale sull'arbitrato irrituale (art. 808 *ter* c.p.c.); si disciplinano in maniera più puntuale i diritti e le responsabilità degli arbitri, nonché le ipotesi di sua ricusazione (art. 813 e segg. c.p.c.); si rinnovano numerosi profili del procedimento arbitrale (art. 816 e segg. c.p.c.). Sulle novità introdotte dalla riforma, si veda C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II edizione, Padova, 2008, p. 368 e segg.

² L'art. 827, I comma, c.p.c. recita infatti che: «il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo». Tuttavia, occorre precisare che questa disposizione si limita a prevedere i rimedi esperibili nei confronti del lodo rituale, indipendentemente dal suo deposito e non anche quei diversi rimedi comunque previsti nella disciplina dell'arbitrato, ma che, in questa sede, non approfondiremo. Si tratta del procedimento di correzione, del reclamo alla corte d'appello, proposto a norma dell'art. 825, ult. comma, c.p.c. avverso il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, del

Con le nuove disposizioni, il legislatore ha voluto dare alla disciplina delle impugnazioni ed, in particolare a quella dell'impugnazione per nullità, una nuova configurazione³. La riforma dell'arbitrato nasce, infatti, dalla volontà del legislatore di restituire a questo istituto la sua originaria funzione di giustizia privata, che ha le proprie radici nella volontà delle parti e che è realmente alternativa alla giurisdizione statale. Un disegno che ha trovato progressiva attuazione nelle riforme succedutesi dal 1983 e che ha lo scopo di rendere l'arbitrato italiano simile a quello estero e di rendere l'arbitrato domestico appetibile anche nei circuiti del commercio internazionale⁴. Una conferma in tal senso può essere agevolmente rinvenuta sia nel riconoscimento al lodo degli effetti di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria sia nell'abrogazione delle disposizioni sull'arbitrato internazionale⁵.

reclamo di cui all'art. 814, ult. comma, c.p.c. contro l'ordinanza del Presidente del tribunale che determina l'ammontare delle spese e degli onorari degli arbitri.

³ Così facendo, il legislatore delegato ha attuato in modo coerente e concreto, un disegno di politica legislativa che, secondo parte della dottrina, avrebbe trovato solo parziale riscontro nei principi informativi e nei criteri direttivi enunciati dalla legge delegante. In tal senso, si veda F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 199 e segg. L'art. 1 lett. b) della legge delegante n. 80 del 2005, nell'intento di razionalizzare la disciplina dell'arbitrato, e, con particolare riferimento alla riforma del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, ha prescritto i seguenti principi: a) subordinare la controllabilità del lodo per violazione di legge ai sensi dell'art. 829, comma 3, c.p.c., all'esplicita previsione delle parti, salvo quando la legge disponga diversamente o il lodo contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento; b) disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità.

⁴ Con l'evidente fine di superare le difficoltà che l'arbitrato italiano incontrava a livello internazionale, la riforma, all'art. 824 *bis* c.p.c., ha sancito che: «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria». Sul punto, si veda E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., p. 954 e segg. secondo cui finalmente anche il diritto italiano avrà un lodo arbitrale equipollente a quello degli altri paesi.

⁵ Sul punto, occorre segnalare che, secondo parte della dottrina, tale distinzione è mantenuta in vigore proprio in sede di impugnazione del lodo ed, in particolare, con riferimento al II comma dell'art. 830 c.p.c. In proposito, C. CONSOLO, *Le impugnazioni*

La riforma è intervenuta in modo significativo sui motivi dell'impugnazione per nullità previsti all'art. 829 c.p.c.; da queste novità si può ricavare l'idea che il legislatore abbia voluto conferire un'accentuata stabilità al lodo. Infatti, sebbene vi sia stato un incremento dei casi di nullità, le nuove previsioni sono per lo più frutto della scissione di ipotesi di nullità che prima della riforma erano accorpate ad altre in un unico motivo, ovvero derivano da un'elaborazione interpretativa già accolta dalla giurisprudenza⁶.

Una ridotta censurabilità del lodo emerge, poi, dal limite previsto all'impugnazione per motivi attinenti il merito della decisione nonché da tutte quelle disposizioni che subordinano l'ammissibilità dell'impugnazione alla previa denuncia degli errori nel corso del procedimento arbitrale, nel caso in cui i medesimi si siano già manifestati. Sicché, in mancanza dell'eccezione, l'impugnazione è inammissibile; inoltre l'onere di denunciare i vizi impone alle parti di collaborare con gli arbitri, affinché essi pronuncino un lodo valido⁷.

delle sentenze e dei lodi, cit., p. 368 e segg. In proposito, si veda anche F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, cit., p. 200 e segg.

⁶ In questo senso, si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 10 e segg.

⁷ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 11 e segg.

2. *L'ipotesi della non arbitrabilità e la sua riconducibilità sotto il motivo di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.*

L'impugnazione per nullità del lodo è, in primo luogo, ammessa se, ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.: *“la convenzione di arbitrato è invalida”*. Tuttavia, a questa prima ipotesi di nullità del lodo, la norma in questione aggiunge subito un inciso: *“ferma la disposizione dell'articolo 817, III comma”*. Così, la parte che, nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, non abbia eccepito l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato non potrà per questo motivo impugnare il lodo, a meno che non si tratti di *“controversia non arbitrabile”*.

Ne deriva che tutti i vizi che possono colpire la convenzione di arbitrato seguono il regime proprio dell'annullabilità: la mancata tempestiva eccezione comporta la convalida del vizio originario. Unica, ma rilevante eccezione a questa regola generale è l'invalidità della convenzione per non arbitrabilità della controversia, che può essere fatta valere come motivo di impugnazione, anche in caso di mancata eccezione⁸.

⁸ Come sottolineato da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit. p. 20, la scelta compiuta dal legislatore italiano è in linea con la tendenza degli altri ordinamenti, dove, per l'appunto, è possibile riscontrare una disciplina più severa nel caso di invalidità del lodo per non arbitrabilità della controversia. Così l'A. richiama l'art. 34 della *Model Law*, secondo cui, ove ricorra un'ipotesi di non arbitrabilità della controversia, il Giudice dell'impugnazione può annullare la sentenza arbitrale, nonostante la parte vi abbia rinunciato. Allo stesso modo, la legge spagnola sull'arbitrato (*Ley 60/2003*) dispone che il lodo può essere annullato se la parte allega e prova che gli arbitri hanno deciso su materie non arbitrabili, precisando che questo motivo può essere rilevato d'ufficio dal Giudice. Anche secondo l'art. 1704 del codice di procedura civile belga ove la sentenza arbitrale venga impugnata per non arbitrabilità della controversia, il motivo può essere fatto valere in ogni tempo e rilevato d'ufficio dal Giudice.

D'altro canto, mi sembra condivisibile – come si desume dal combinato disposto degli artt. 829, I comma, n. 1 e 817, II comma, secondo periodo, c.p.c., insieme al nuovo art. 806 c.p.c. – la tesi secondo cui la non arbitrabilità della controversia vada ricondotta sotto il motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c. Il diverso orientamento, secondo cui la non arbitrabilità della controversia consentirebbe di impugnare il lodo a norma dell'art. 829, I comma, n. 4⁹ (ai sensi del quale il lodo può essere censurato quando gli arbitri abbiano deciso il merito della controversia e questo non doveva essere deciso), non sembra condivisibile.

Infatti, come sottolineato in dottrina¹⁰, diverse ragioni impongono di ricondurre l'ipotesi della non arbitrabilità sotto il motivo di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c., anziché sotto il n. 4. In primo luogo, l'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c. indica la non arbitrabilità della controversia come l'unica possibile causa di “inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato”, che autorizza l'impugnazione del lodo anche se non eccepita nel corso del giudizio arbitrale. In secondo luogo, il motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c., ha una portata residuale, perché si riferisce ad “ogni altro caso”. Infine, in forza dell'art. 830, III

⁹ Infatti, secondo S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 186, nel motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c., potrebbe rientrare anche l'ipotesi di non arbitrabilità della controversia proprio perché l'arbitrabilità della controversia è una condizione di decidibilità nel merito. Secondo, invece, L. LAUDISA, *Arbitrabilità della controversia internazionale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 230, la non arbitrabilità della controversia potrebbe ricadere sotto entrambe le ipotesi.

¹⁰ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 23.

comma, c.p.c.¹¹, se si ritenesse di fondare la suddetta impugnazione ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c. si avrebbe il risultato (paradossale per un accordo di arbitrato avente ad oggetto controversie non arbitrabili) di una convenzione arbitrale efficace anche dopo l'annullamento del lodo. Ipotesi che, al contrario, non si verificherebbe ritenendo il lodo impugnabile ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.

L'indagine oggetto di questo studio deve dunque prendere inizio da un'analisi dell'art. 806 c.p.c., cercando, dopo aver inquadrato brevemente la nuova disposizione, di chiarire il significato della nozione di diritto indisponibile e di analizzare le conseguenze derivanti dall'impugnazione del lodo per non arbitrabilità.

2.1 Segue. Il dettato dell'art. 806 c.p.c.

Per comprendere la reale portata della nuova disposizione (e prima di analizzarne l'attuale contenuto), mi pare opportuno accennare al precedente dettato normativo.

Il precedente art. 806, II comma, c.p.c. stabiliva che la convenzione di arbitrato non poteva riguardare le controversie previste negli artt. 429 e 459 (ora 409 e 442) c.p.c.; quelle

¹¹ Secondo cui: “quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda da sua invalidità o inefficacia della controversia”.

relative a questioni di stato e separazione personale fra coniugi¹²;
quelle che non possono formare oggetto di transazione¹³.

Per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c, il divieto –
peraltro mitigato dalla previsione del II comma dell'art. 808

¹² Si trattava di un divieto assoluto, cui faceva capo un regime di radicale nullità della violazione, contrapposto ad un altro di semplice inarbitrabilità relativa ricollegato alle controversie di lavoro, arbitrabili solo a determinate condizioni ed a cui faceva capo una situazione di annullabilità del negozio dispositivo, accertabile ad iniziativa di parte e suscettibile di sanatoria a determinate condizioni. A questo divieto circoscritto e definito nei suoi contenuti, si affianca il rinvio al codice sostanziale, citato subito di seguito nel testo. In questo senso, A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999, p. 50; C. CECHELLA, *L'arbitrato delle controversie di lavoro*, Milano, 1990 p. 256 e segg.

¹³ In linea generale, e con riferimento al dettato normativo antecedente alla riforma, si osservava che ogni atto di disposizione importava una modifica della posizione giuridica soggettiva su cui il medesimo andava ad incidere. Secondo questo orientamento, dunque, indisponibilità significava che il titolare della posizione giuridica soggettiva non era legittimato al compimento di atti che ne importassero il trasferimento, la limitazione o la rinuncia. In questo modo, l'ordinamento garantiva – anche nell'interesse della collettività – l'esistenza di quella posizione giuridica soggettiva ed il suo collegamento ad un soggetto determinato. Così, A. CRISCUOLO, *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, p. 359 e segg.; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, p. 3 e segg. La giurisprudenza, tuttavia, ha inteso l'incompromettibilità in senso più ampio, ricomprendendovi anche fenomeni ad essa estranei e dando luogo ad una varietà di soluzioni. Sono così stati considerati compromettibili, in primo luogo, i diritti relativi agli effetti patrimoniali dell'atto illecito (sul punto, Cass., 25 ottobre 1969, n. 3505, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 131 e segg.) e quelli derivanti da giudizio civile di falso; nonché le controversie su delibere condominiali (si veda Cass., 5 giugno 1984, n. 3406, in *Vita not.*, 1985, I, 599, con nota di CENICCOLA, *Condominio e clausola compromissoria*; Cass., 18 settembre 1968, n. 2960, in *Foro it.*, 1969, I, p. 685). La compromettibilità delle controversie assume, poi, particolare rilevanza in materia societaria, stante il fatto che spesso le questioni tra società e soci coinvolgono interessi di natura generale. In particolare, è stato escluso che siano deferibili ad arbitrato le controversie relative all'impugnazione del bilancio, allo scioglimento della società ed alla nomina dei liquidatori (Così, Cass., 13 aprile 1988, n. 2940, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 369; Cass., 3 agosto 1988, n. 4814, in *Società*, 1988, p. 1135). Per contro, secondo Trib. Roma, 23 luglio 1984, in *Società*, 1985, p. 492, sarebbero arbitrabili le controversie su delibere assembleari relative a materie disponibili, sarebbero altresì compromettibili le liti relative all'esclusione del socio, stante la disponibilità della materia da parte dei soci. Non sarebbero invece sempre considerate compromettibili le questioni relative alla responsabilità ed alla revoca degli amministratori (per un approfondimento, si veda R. TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 297 e segg.). Per ragioni di interesse pubblico sono invece state considerate non compromettibili le controversie relative ai marchi di impresa (in proposito, F. ROSI, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 625 e segg.; mentre una maggiore apertura si è avuta in materia di concorrenza (si veda G. BERNINI, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992, p. 257 e segg.).

c.p.c.¹⁴ - si basava sulla convinzione che una delle parti (il lavoratore) fosse “*debole*” e che, pertanto, l’arbitrato potesse essere imposto dalla controparte, con il rischio di non tutelare il primo. Tuttavia, si era osservato che le controversie di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c. non sempre riguardavano diritti indisponibili. Inoltre, si segnalava la vistosa differenza tra il II comma dell’art. 808 c.p.c. (nel quale si faceva riferimento alla contrattazione collettiva come unico presupposto di arbitrabilità delle controversie di lavoro) e l’art. 5 della legge n. 533 del 1973 (che, riguardo all’arbitrato irrituale attribuiva la medesima funzione anche alla legge)¹⁵.

Per le questioni in materia di stato e di separazione tra i coniugi si rilevava, inoltre, che le medesime avrebbero potuto essere ricomprese nel divieto generale di compromettere le controversie “*che non possono formare oggetto di transazione*” anziché essere espressamente menzionate. Non era chiara, infine, la ragione del divieto, non superabile, di compromettere le

¹⁴ La devoluzione ad arbitri in materia di lavoro era, infatti, ammessa dal II comma dell’art. 808 c.p.c., come modificato, prima, dalla legge n. 533 del 1973 e, poi, dalla legge n. 25 del 1994, se la clausola compromissoria era inserita nei contratti e accordi collettivi lavoro e a condizione che le parti conservassero la facoltà di ricorrere al Giudice dello Stato. Un’ulteriore limitazione era costituita dal divieto di autorizzare gli arbitri a giudicare secondo equità o dichiarare il lodo non impugnabile. In proposito, la modifica del III comma dell’art. 808 c.p.c., con la sostituzione dell’avverbio “*altresi*” con l’inciso “*contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro*” era volta a chiarire che la clausola compromissoria che conferisse agli arbitri il potere di decidere secondo equità o dichiarasse il lodo non impugnabile era nulla soltanto nel caso in cui si vertesse su tali materie. Per un commento all’art. 808 c.p.c. si veda A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, cit., p. 24 e segg.

¹⁵ In tal senso, si veda D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 3 e segg.

controversie in materia previdenziale e di assistenza obbligatoria¹⁶.

L'interprete doveva, perciò, tentare di leggere l'art. 806, II comma, c.p.c., tenendo presente il presupposto dal quale era partito il legislatore¹⁷. Sicché, ad esempio, non tutte le controversie collegate ad una questione di stato o di separazione tra coniugi dovevano ritenersi, per ciò solo, inarbitrabili. Infatti, dall'una o dall'altra lite potevano derivare questioni (ad esempio, quelle patrimoniali) dipendenti o collegate alle prime, ma aventi ad oggetto diritti per i quali l'arbitrato era ammissibile¹⁸.

L'art. 806, II comma, c.p.c. richiamava poi indirettamente l'art. 1966 c.c., secondo il quale la transazione è ammessa se le parti possono “*disporre dei diritti che formano oggetto della lite*” e, secondo cui, un diritto può essere indisponibile “*per sua natura o per espressa disposizione di legge*”¹⁹.

¹⁶ In questo senso, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., Milano 2006, p. 61 e segg. Altra parte della dottrina, sottolinea la finalità di tutela delle posizioni del lavoratore che risiederebbe in questo divieto. Così P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma-Bari, 1998, p. 42.

¹⁷ Sul punto, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 61 e segg. Come rilevato da A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 18 la tecnica dell'esclusione è stata adottata dal precedente art. 806 c.p.c. per evitare la prolissità di un'indagine nominale, ma la formula adottata: “*non è esaustiva talché intorno all'area della compromettibilità rimane un velo di indeterminatezza che costringe chi voglia dare forma e contenuto a tale definizione a procedere a contrario, attraverso l'esclusione di concetti ed argomenti inconferenti*”. Inoltre, come rilevato dall'A., nel caso della suddetta norma, l'indeterminatezza degli elementi citati – controversie in materia di lavoro, previdenza; questioni di stato, di separazione personale tra coniugi; materie non transigibili – impediva di circoscrivere con esattezza l'area di quelli da individuare. Ciò che emergeva dalla definizione dell'art. 806 c.p.c. era un ambito di operatività dell'arbitrato assai ampio, delimitato da una soglia mutevole e non ben definita.

¹⁸ Infatti, secondo P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 42, in materia di separazione sono compromettibili le controversie relative agli accordi patrimoniali tra coniugi e agli assegni alimentari ai figli.

¹⁹ Secondo A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 18 e segg., il codice aveva esteso all'arbitrato la disciplina della transazione poiché l'impostazione tradizionale riteneva che tra i due istituti vi fosse

L'indicazione di questo ulteriore criterio non contribuì, tuttavia, a definire con maggiore precisione l'ambito della compromettibilità. Secondo una parte della dottrina, infatti, questo riferimento era inefficace, poiché il limite all'indisponibilità ricomprendeva al suo interno situazioni soggettive ed interessi diversi che non potevano essere inquadrati all'interno di un unico criterio ordinatore. Inoltre, con il richiamo al regime della transazione ed, indirettamente, all'art. 1972 c.c., il legislatore riversava sull'arbitrato tutti i limiti previsti per l'autonomia contrattuale, costringendo l'interprete a misurare il terreno di applicazione di questo istituto sulla base dei principi tradizionali dell'ordine pubblico, del buon costume e dell'inderogabilità delle leggi²⁰. Con la conseguenza che lo spazio vitale dell'autonomia compromissoria si restringeva ulteriormente e l'arbitrato rimaneva compreso all'interno di uno spazio sempre più ridotto²¹.

un'omogeneità ontologica e funzionale. Si parlava, quindi, di disponibilità di diritti, ma non solo. Sulla base del combinato disposto degli artt. 806 c.p.c., 1966 c.c., 1972 c.c., vengono estesi all'arbitrato tutti i limiti tradizionali dell'autonomia privata: i principi di ordine pubblico, i canoni di buon costume, i dettami delle norme imperative, quelle, appunto, che rendono taluni diritti indisponibili per legge.

²⁰ In questo senso, A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 50 e segg., che sottolinea come ulteriori difficoltà emergevano nel momento in cui la giurisprudenza si trovava a dover applicare limiti e confini di natura contrattuale ad un istituto dai marcati lineamenti processualistici.

²¹ L'art. 1966 c.c. offre alcune indicazioni di ordine sistematico, distinguendo tra diritti che sono indisponibili per loro stessa natura e diritti resi tali per disposizione di legge. Sulla base di questa distinzione, la dottrina tradizionale ha provveduto a classificare tra i primi, di per sé indisponibili, quelli connaturati al loro stesso titolare, quali i c.d. diritti della personalità o personalissimi. Ciò in forza della particolare delicatezza di queste posizioni soggettive. Accanto ad essi sono stati annoverati i diritti di stato, per ragioni attinenti l'inderogabilità della loro disciplina normativa e quelli che, pur avendo carattere patrimoniale, vantano un inscindibile nesso di titolarità, quali l'usufrutto legale che il genitore esercita sui figli, o il credito legale alimentare (si veda, *ex multis*, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu Messineo Mengoni*, Milano, 1982, p. 62 e segg.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 e segg.). Questa impostazione è stata, tuttavia, oggetto di critiche poiché priva di un criterio

Per effetto del richiamo operato dall'art. 806 c.p.c. all'art. 1966 c.c. e, conseguentemente, all'art. 1972 c.c., l'orientamento maggioritario della dottrina riteneva, inoltre, non compromettibile la controversia sul negozio illecito. Argomento, questo, che ancora oggi (e nonostante il nuovo dettato normativo)

ordinatore univoco. Invero, una parte della dottrina ha notato come i diritti della personalità, così come quelli di stato, siano stati impropriamente definiti indisponibili perché intendono proteggere beni che per loro natura sono intrinseci al soggetto ed in nessun caso, neppure con la volontà dello stesso, se ne possono separare (in questo senso, DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, p. 200 e segg.; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 641; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto (disc. Priv.)*, 2, 1995, p. 437). Analogamente, diritti diversi di natura patrimoniale, quale il diritto legale agli alimenti o l'usufrutto legale del genitore sono così connessi, per il fine che assolvono, con il titolare dei diritti, che perdono anch'essi il carattere di alterità, al punto da divenire intoccabili ed inaggregabili da terzi in via espropriativi. Ecco perché, nel loro caso, si è preferito parlare di diritti inalienabili per loro natura, piuttosto che di diritti indisponibili (in proposito, F. NEGRO, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro It.*, 1956, IV, p. 215 e segg.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*. Vol. I, 1993, p. 147 e segg.). Ancora, dinnanzi allo scarso esito degli sforzi sistematici precedenti, altri A. hanno preferito individuare nella sanzione della nullità il criterio unificante di tutte le situazioni soggettive sottratte alla disponibilità privata, in guisa da considerare indisponibili tutti i diritti intorno ai quali non è consentito il valido perfezionarsi di alcun tipo di convenzione (così, C. CECHELLA, *L'arbitrato delle controversie di lavoro*, cit., p. 3). Tuttavia, come è stato rilevato da altra parte della dottrina, la crescente domanda di tutela di nuovi e diversi interessi, individuali, corporativi e collettivi, ha dato vita a forme sempre più graduali e sfumate di invalidità, non più ricomprese nella tradizionale distinzione tra nullità ed annullabilità. Ciò rende impossibile, sul piano teorico, risistemare la materia attraverso l'uso delle consuete ripartizioni dogmatiche e sul piano pratico, spiega come in varie fattispecie normative, lo stesso tipo di sanzione, derivando dalla tutela di interessi differenti, possa produrre conseguenze diverse sulla medesima situazione contrattuale (così A. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, a commento di Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Riv. arb.*, 1998). Infatti, la nozione di indisponibilità nel nostro ordinamento abbraccia una varietà di situazioni giuridiche soggettive differenti, pubbliche e private, di carattere patrimoniale e non, cui non appartiene alcun carattere comune se non quello dell'impossibilità, per il soggetto titolare, di determinare in certa misura il destino del diritto e poter incidere più o meno ampiamente sul destino di esso. Il carattere evanescente di questa disposizione si coniuga con l'estrema mutevolezza delle situazioni giuridiche (che, a seconda del diverso momento storico hanno esigenze di maggiore o minore tutela), per cui diviene frequente rilevare l'esistenza di situazione qualificate come indisponibili che divengono disponibili e viceversa. Si pensi, a titolo esemplificativo, al divieto di disporre dello spazio di parcheggio separatamente dall'unità abitativa cui appartiene. In questi casi, i mutamenti del regime di disponibilità avvengono in armonia con il mutare dei principi fondamentali dell'ordinamento e con il mutare del tipo di priorità accordato alle diverse istanze (in questo senso, A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 58 e segg.)

affatica buona parte della dottrina e che, pertanto, verrà affrontato in maniera più approfondita nel paragrafo successivo.

Come noto, oggi l'art. 806 c.p.c. è stato riscritto²².

Una prima modifica apportata all'art. 806 c.p.c. riguarda la trasformazione della sua rubrica, che non è più riferita al “*compromesso*”, ma alle “*controversie arbitrabili*”. Da qui un iniziale equivoco. Ci si è chiesti, cioè, se anche la clausola compromissoria (e non solo il compromesso) fosse soggetta alla regola generale dell'arbitrabilità e, così, della disponibilità del diritto. Sul punto, occorre sottolineare sin da subito che la rubrica “*controversie arbitrabili*” ricomprende qualsiasi tipo di accordo compromissorio e che il requisito dell'arbitrabilità riguarda ogni possibile convenzione arbitrale²³.

Per quanto concerne la previsione in senso stretto, il legislatore è intervenuto su due profili.

²² La legge delega contenuta nella legge n. 80/2005 era molto ampia e mirava ad imporre, quale unico limite della giustizia privata, la presenza di un diritto indisponibile, salva diversa disposizione di legge. Qui riemergeva l'annosa questione legata alla vigenza di norme inderogabili, che di per sé non dovrebbero impedire l'arbitrato, ma solo imporre un arbitrato secondo diritto. In collegamento a ciò, il legislatore delegante intendeva chiarire anche l'interpretazione del precedente art. 819 c.p.c., imponendo al legislatore delegato di prevedere che, come nell'arbitrato societario, l'arbitro può conoscere anche questioni non arbitrabili e deve sospendere il processo arbitrale solo se si trova di fronte ad una questione che, dovendo essere decisa con forza di giudicato, non è conoscibile *incidenter tantum*. In proposito, si veda M. BOVE C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 63 e segg.

²³ Secondo parte della dottrina, ed in particolare B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.* 2006, p. 1785 e segg. la rubrica del nuovo art. 806, c.p.c. sarebbe frutto di una semplice sbavatura. Secondo G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 759 e segg., al contrario, si tratterebbe di una scelta consapevole, volta ad eliminare una sorta di supremazia giuridica del compromesso sulla clausola compromissoria; compromesso che nel sistema precedente costituiva il parametro su cui fondare la disciplina dell'arbitrato. M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 63 e segg., auspicavano una norma che definisse il concetto di “*convenzione arbitrale*”, nella quale specificare che l'arbitrato può avere ad oggetto non solo diritti, ma anche questioni, purché relative a diritti disponibili, con ciò chiarendo che l'oggetto della giustizia privata può essere anche più piccolo del normale oggetto del processo statale.

Da un lato, ha eliminato il riferimento alle questioni di stato e di separazione personale tra i coniugi, prevedendo solo per le controversie di lavoro una specifica disciplina.

Dall'altro, ha sostituito il riferimento alla “*transigibilità*” del diritto come limite alla compromettibilità delle controversie, con quello della “*disponibilità*” del diritto, qualificando tale elemento come presupposto unico dell'arbitrato²⁴.

Il nuovo art. 806, I comma, c.p.c. sancisce, pertanto, che: “*le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili salvo espresso divieto di legge*”²⁵.

Posto, dunque, che il codice fa dell'arbitrabilità la regola (senza bisogno di elencare quali siano le materie deferibili ad arbitro) e dell'inarbitrabilità l'eccezione, il criterio distintivo tra

²⁴ Questo mutamento terminologico era già apparso nella disciplina specifica dell'arbitrato societario prevista dall'art. 34 del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. In proposito, sono noti i limiti giurisprudenziali e le incertezze interpretative che si agitavano sulla riforma del processo societario, che sostituì per primo il concetto di disponibilità del diritto come nuovo presupposto dell'arbitrato societario, al precedente parametro della transigibilità. In proposito, sorse un contrasto. Da un parte, c'era chi riteneva che, per effetto del citato art. 34, l'ambito della compromettibilità delle controversie societarie si fosse palesemente ampliato così E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2003, p. 521 e segg.; G. TARZIA, *L'intervento dei terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, p. 352 e 353. Dall'altra, c'era invece chi riteneva che la nuova formula legislativa si fosse limitata solo ad esprimere con parole diverse lo stesso principio enunciato dal precedente art. 806 c.p.c. In proposito, S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 127 e segg.

²⁵ L'art. 1, III comma, lett. b) della L. 14 maggio 2005, n. 80, ha, infatti, previsto tra i principi e criteri direttivi della delega legislativa in tema di arbitro, quello di “*riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge*”. Sul punto, si veda C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitro: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, cit., p. 963 e segg.; E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in C. PUNZI e E. F. RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, p. 255 e segg., che sottolinea la persistente riluttanza del diritto italiano ad ammettere l'arbitrato anche in materie non disponibili (purché patrimoniali), a differenza, ad esempio, della diversa soluzione accolta dall'ordinamento tedesco che ammette l'arbitrato su tutte le liti patrimoniali, ivi comprese quelle in materia non disponibile.

controversie arbitrabili e non arbitrabili risiede nella natura disponibile del diritto controverso²⁶.

In ciò, secondo parte della dottrina, il nuovo testo del suddetto articolo non si discosterebbe dal precedente nella sostanza, ma solo nella formulazione testuale, in quanto, laddove si parla di “*diritti indisponibili*”, nel precedente testo si escludevano dall’arbitrato le controversie “*che non possono formare oggetto di transazione*”²⁷. Secondo questo orientamento, infatti, e come sarà analizzato nel prosieguo di questo lavoro, il raccordo tra indisponibilità ed intransigibilità, ed anzi l’assimilazione tra i due concetti, troverebbe tutt’ora base testuale nell’art. 1966 c.c., in particolare nel suo secondo comma, che sanziona di nullità la transazione su diritti che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

²⁶ Secondo alcuni si tratterebbe di una scelta coerente con l’assetto costituzionale dell’arbitrato, che, trovando il suo necessario fondamento nella volontà delle parti, non può svolgersi al di là delle controversie aventi ad oggetto diritti in ordine ai quali la volontà negoziale resta preclusa. In questo senso, G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 711 e segg., secondo cui, finché si parla dell’arbitrato volontario, rimane tra arbitrato e giudice una differenza fondamentale, per cui il giudice decide per autorità propria non derivata dal consenso dei litiganti, che possono pertanto sottoporgli anche una situazione sostanziale della quale non abbiano la disponibilità. L’arbitrato, invece, derivando il suo potere dalla volontà delle parti, non può decidere una controversia relativa a diritti dalle stesse non disponibili. *Contra* B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., p. 1785 e segg. secondo cui il nuovo testo dell’art. 806 c.p.c. porrebbe problemi di costituzionalità, sia per il rapporto di necessaria corrispondenza tra delega legislativa e norma delegata (in riferimento all’inciso della delega alla “*diversa disposizione di legge*” che è divenuto secondo l’A. nell’attuale testo dell’art. 806, I comma, c.p.c., un vero e proprio divieto di legge); sia per il contrasto della nuova disposizione con i principi enucleati dalla Corte costituzionale. Infatti, la Consulta, nel giudicare sulla legittimità del divieto di arbitrato introdotto dal D.L. 11 giugno 1998, n. 180 - relativo alle controversie concernenti l’esecuzione di opere pubbliche su territori colpiti da calamità naturali - ha affermato che una compressione dell’autonomia privata deve essere giustificata dalla prevalenza di un interesse generale con una valutazione che può peraltro essere sindacata sotto il profilo della ragionevolezza.

²⁷ In questo senso, S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, III ed., Milano, 2007, p. 40 e segg.

Inquadrata, dunque, la nuova disciplina dell'art. 806 c.p.c. anche alla luce del precedente dettato normativo, occorre precisare quando un diritto sia indisponibile, e, successivamente, chiarire se, in forza dell'espresso divieto di legge, il ricorso agli arbitri possa essere impedito anche in relazione a controversie su materie disponibili.

2.2. *Segue. La disponibilità del diritto ed il limite di cui all'art. 1972 c.c.*

Come si è già detto, oggi, salvo espresso divieto di legge, ed in ragione del fatto che il patto compromissorio è espressione dell'autonomia negoziale delle parti²⁸, devono ritenersi compromettibili le sole controversie relative a diritti disponibili²⁹.

²⁸ Il potere dell'arbitro deriva dalle parti e, dunque, egli può solo quello che le parti possono e non oltre; al contrario, il giudice decide per autorità propria, non derivatagli dal consenso delle parti ed è perciò per lui irrilevante che costoro possano o meno disporre della situazione sostanziale sottopostagli. Sicché, il legislatore vede in sostanza un'elusione ai suoi divieti nel fatto che le parti tramite arbitri cerchino di conseguire quel che ad esse direttamente è negato: disporre del diritto indisponibile. Dunque, secondo S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 41, la ragione di fondo del fenomeno dell'inarbitrabilità risiede nella "gelosia" dello Stato per il proprio potere giurisdizionale, nella riluttanza a decentrarlo e privatizzarlo. Qualora si ritenesse che gli arbitri possono pronunciarsi anche su diritti indisponibili, dovrebbe sostenersi che il fondamento dell'arbitrato non risieda nella volontà delle parti, ma nella legge, così, C. CONSOLO, *Sul campo "dissodato" della compromettibilità per arbitri* in *Riv. arb.*, 2003, p. 252 e segg.; in senso critico C. PUNZI, *Ancora sulla delega in materia di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, cit., p. 963 e segg. Tale tesi, peraltro, non appare conforme al dettato costituzionale, poiché se l'arbitro derivasse i suoi poteri dalla legge ed il patto compromissorio degradasse a mera condizione per l'esercizio di tali poteri, egli eserciterebbe una funzione giurisdizionale assimilabile a quella attribuita ai giudici dello Stato, assurgendo ad un giudice speciale eletto dai privati (102 Cost.), o, addirittura, ad un giudice straordinario, in tal senso G. RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 495 e segg.

²⁹ Nonostante la regola sia, quindi, quella della necessaria coincidenza dell'area della compromettibilità con quella della disponibilità dei diritti – conformemente ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'arbitrato – un caso eccezionale di

Ai fini di questo studio non rileva tanto definire il significato e l'ampiezza del concetto di disponibilità (che comunque non possono essere tralasciati e che verranno analizzati nel paragrafo *sub* 2.3)³⁰, quanto individuare quali casi siano divenuti arbitrabili a seguito della riforma (con cui sono venuti meno i limiti della precedente formulazione).

La questione si pone soprattutto perché la nuova disposizione ha eliminato il riferimento alla transazione.

La previgente formulazione della norma aveva dato luogo a due problemi fondamentali: quello del rapporto intercorrente tra l'inderogabilità della disposizione e la disponibilità del diritto; e quello, strettamente connesso, della riferibilità all'istituto arbitrale del divieto posto dall'art. 1972 c.c.

Sul punto è necessario un breve richiamo alle problematiche affrontate nel regime previgente. Prima della riforma, ci si era chiesti, infatti, in che misura la norma citata fosse applicabile all'arbitrato e se, anche in questa materia, occorresse distinguere fra clausola compromissoria contenuta in un contratto nullo perché illegale, oppure illecito.

arbitrato su diritti indisponibili sarebbe stato tuttavia rinvenibile, secondo parte della dottrina, nell'art. 34 d. lgs. n. 5/2003. La norma prevede, infatti, oltre alla compromettibilità delle controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto "*diritti disponibili relativi al rapporto sociale*" (art. 34, I comma, d. lgs. n. 5/2003), anche la compromettibilità delle controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti (art. 34, IV comma), senza menzionare il limite della disponibilità dei diritti. Dunque, si è osservato che, poiché in relazione a queste ultime controversie (così come per quelle aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari di cui agli artt. 35, V comma e 36, I comma, d.lgs. n. 5/2003) il limite dell'indisponibilità non è stato riproposto, è ammissibile un arbitrato societario anche in relazione a diritti indisponibili, così E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 517 e segg.

³⁰ Per un approfondimento della questione, si vedano E. REDENTI, voce «*Compromesso (dir. proc. civ.)*», in *Novissimo Dig.*, III, Torino, 1959, p. 798 e segg.; E. F. RICCI, voce «*Compromesso*», in *Novissimo Dig.*, *App.*, II, Torino, 1980, p. 128 e segg.; A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 81 e segg.

La tesi tradizionale riteneva che, per individuare in concreto le liti compromettibili, si sarebbe dovuto far riferimento non solo all'art. 1966 c.c. – richiamato espressamente dall'art. 806 c.p.c. - ma anche alle disposizioni speciali in materia di transigibilità, fra cui appunto l'art. 1972 I comma, c.c., ai sensi del quale: “*E' nulla la transazione relativa ad un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo*”. Di conseguenza, non avrebbero potuto essere oggetto di compromesso le liti relative a contratti la cui causa fosse contraria e norme imperative, ordine pubblico o buon costume (art. 1343 c.c.), nonché a contratti stipulati per eludere norme imperative (art. 1344 c.c.) o per conseguire un motivo illecito comune alle parti che lo hanno concluso (art. 1345 c.c.)³¹.

Più problematico era il caso della clausola riguardante un contratto afflitto da semplice “*illegalità*”, che, ai sensi dell'art. 1972, I comma c.c. era soltanto annullabile. Infatti, secondo questa impostazione, la disponibilità, prevista *ex lege*, del diritto all'annullamento (che non impedisce gli effetti del contratto se non viene fatto valere) comportava la piena transigibilità e, dunque, la compromettibilità delle controversie derivanti da titolo annullabile³².

³¹ Sul punto, V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 756; A. CRISCUOLO, *Sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto*, in CATERINI-CHIAPPETTA, *L'arbitrato fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995, p. 133 e segg; R. CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 274 e segg; G. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 401 e segg.

³² In questo senso, G. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 401 e segg.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 244.

Per contro, secondo altra tesi, che si fondava sulle differenze tra compromesso e transazione, l'art. 1972 c.c. avrebbe riguardato solo l'istituto della transazione³³: tramite quest'ultima infatti, le parti dispongono direttamente del diritto controverso; mentre con il compromesso decidono di sottoporre a terzi la questione della nullità del titolo ed il loro giudizio è sottoposto al controllo del giudizio ordinario, attraverso le impugnazioni. In altri termini, se i diritti su cui verte il contratto sono disponibili, la contrarietà a norme imperative non può valere ad escludere la compromettibilità in arbitri³⁴. Sul punto, la giurisprudenza³⁵, in forza del principio dell'autonomia della clausola compromissoria, aveva ritenuto che la nullità di un contratto (perché illecito) non si estendesse alla clausola in esso contenuta³⁶.

Allo stato attuale, e nonostante l'omesso rinvio alla disciplina della transazione, i problemi in ordine alla

³³ A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 69 e segg; S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 465; A. TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in www.judicium.it, 2004, par. 10; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, V ed., Padova, 2006, p. 344 e segg; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 20.

³⁴ Questa tendenza traspariva anche da alcune pronunce della giurisprudenza che, nel tentativo di accordare un maggior *favor* all'arbitrato colpivano di nullità il patto compromissorio solo ove gli arbitri, attraverso il lodo avessero finito per disporre del diritto indisponibile, attuando, *contra legem*, il trasferimento del diritto; sul punto, si veda E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007 p. 20 secondo cui questa soluzione si prestava a critiche nella misura in cui ammetteva una incompromettibilità *ex post* e *secundum eventum litis*.

³⁵ Si tratta di una pronuncia del Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Riv. arb.*, 1998, p. 275.

³⁶ Per un approfondimento sul tema dell'autonomia della clausola compromissoria dal contratto che la contiene, si veda G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1215 e segg. che mette in evidenza come, in forza di questo principio, la nullità del contratto non si estende alla clausola compromissoria. Cosicché, le controversie aventi ad oggetto la nullità del contratto restano fuori dall'ambito di applicazione del divieto di arbitrato in materie non disponibili.

qualificazione del diritto disponibile, così come quelli in ordine alla distinzione tra inderogabilità della norma e indisponibilità del diritto, permangono. E, peraltro, l'eliminazione al riferimento della transazione, ha dato luogo ad un acceso dibattito dottrinale, di cui occorre prendere atto.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la modifica attenga ad una presa di coscienza della differenza intercorrente fra la soluzione di una controversia per mezzo di una transazione, ovvero mediante un accordo arbitrale³⁷. Così, se è vero che si può avere transazione solo su diritti disponibili, non è vero il contrario; nel senso, cioè, che vi sono diritti disponibili che non possono costituire oggetto di transazione³⁸.

Il motivo per cui l'art. 1972 c.c. vieta la transazione su un contratto illecito risiede nella tutela di principi di ordine pubblico volti ad impedire che, attraverso un regolamento negoziale, si abbia la sanatoria di un particolare tipo di nullità³⁹. Lo stesso

³⁷ Così G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit., p. 759 e segg. In quest'ottica la nozione di disponibilità del diritto assume un carattere diverso da quello della transigibilità, trattandosi di due concetti non coincidenti; P. L. NELA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007 p. 1596 e segg. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2008, p. 174 e segg.

³⁸ Secondo questa teoria, una riprova di ciò risiederebbe nell'art. 1972 c.c., che consente la piena transigibilità delle controversie aventi ad oggetto la nullità dei contratti, con il solo limite che tale vizio discenda da una eventuale "illiceità". La transazione su un contratto illecito non è dunque possibile, ma da ciò non si può far derivare la conseguenza che l'azione di nullità sia disponibile in via generale e invece non lo sia più allorché la nullità derivi da un contratto illecito. Infatti, tutta la materia contrattuale è di per sé disponibile e non si potrebbe sostenere che il diritto di accertare la nullità di un contratto è ora disponibile e ora non disponibile. Secondo G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit. p. 759 e segg., infatti un diritto o è disponibile o non lo è. Non sono disponibili solo quei diritti che riguardano la tutela dei diritti personalissimi, ma non quelli con oggetto meramente patrimoniale.

³⁹ Secondo G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit., p. 759 e segg. la ragione per cui l'art. 1972 c.c. vieta la transazione su un contratto illecito è solo di ordine pratico e non ha nulla a che vedere con la disponibilità o meno del diritto. Lo scopo del legislatore sarebbe infatti quello di evitare che, attraverso un accordo

fondamento non potrebbe rinvenirsi in un divieto di sottoporre ad arbitrato la controversia: con l'arbitrato, infatti, si avrebbe l'applicazione di quella sanzione che l'art. 1972 c.c. mira ad escludere. Invero, se si sottoponesse ad arbitrato l'accertamento dell'illiceità del contratto e tale illiceità risultasse poi sussistente, tanto da legittimare gli arbitri a dichiararne la nullità, si raggiungerebbe proprio il risultato opposto a quello della transazione, che, invece, mira a salvare il contratto⁴⁰.

Sul punto, muovendo dall'eliminazione del riferimento alla transazione, ma affrontando il problema sotto un diverso punto di vista, vi è un diverso orientamento. Secondo alcuni, infatti, l'eliminazione del riferimento alle controversie che non possono formare oggetto di transazione consente di superare altri dubbi interpretativi e di evitare per il futuro qualsiasi confusione tra l'indisponibilità del diritto, che costituisce un limite del patto compromissorio, e l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico controverso, che costituisce, invece, un limite per il giudizio degli arbitri⁴¹. Sicché, secondo questo

tra le parti, possa sanarsi un vizio come quello dell'illiceità del contratto. Il concetto di illiceità non avrebbe, pertanto, nulla a che fare con quello di disponibilità o indisponibilità del diritto.

⁴⁰ In tal senso, G. F. RICCI, *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 256 e segg.

⁴¹ Sul punto, si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 30 e segg. L'A., oltre a sottolineare le differenze intercorrenti tra transazione (in cui le parti sacrificano almeno in parte i propri diritti, dando luogo ad un negozio) ed arbitrato (in cui esse non compiono alcun sacrificio delle proprie pretese, ma semplicemente rinunciano ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria, per ottenere il lodo che, in base alla nuova formulazione dell'art. 824 bis c.p.c., ha gli effetti della sentenza), si sofferma anche sulla *ratio* dell'art. 1972 c.c. e sulle diverse conseguenze derivanti dall'applicazione della suddetta disposizione ai due istituti. Infatti, secondo l'A., la nullità della transazione su un contratto illecito sorge dall'esigenza di privare di effetti quel contratto: in altre parole, ciò che si vuole sanzionare è il concreto risultato perseguito dalle parti, non l'indisponibilità dei diritti coinvolti (nello stesso senso anche: A. BERLINGUER,

orientamento, il lodo può accertare la nullità di un contratto per illiceità e, più in generale, può avere ad oggetto rapporti giuridici e diritti disciplinati da norme imperative e, dunque, anche la validità o invalidità del contratto che regoli quel rapporto, perché dalla natura inderogabile delle norme non discende la natura indisponibile del diritto⁴². L'applicazione di norme inderogabili

La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato, cit., p. 81 e segg. secondo cui: le norme in materia di transazione ne sanciscono la nullità in ragione del “concreto risultato perseguito dai transigenti, piuttosto che sull’indisponibilità dei diritti coinvolti”; C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L’arbitrato*, Torino, 2005, p. 46; F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 156; G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1226 e segg.). Dunque, partendo da questo presupposto, già prima della riforma, doveva ritenersi valida la transazione che prendesse atto della illiceità e regolasse in via transattiva i diritti disponibili delle parti. Ed, a maggior ragione, doveva ritenersi valido il lodo in cui si dichiarasse la nullità di un contratto per illiceità e si condannassero le parti alla rimozione degli effetti prodotti dallo stesso *contra legem*. (della stessa opinione A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, cit., p. 81 e segg.; C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L’arbitrato*, cit., p. 46; C. CAVALLINI, *Profili dell’arbitrato rituale*, Milano, 2005, p. 43). Sui diversi effetti tra arbitrato e transazione si vedano inoltre F. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell’arbitrato*, in AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell’arbitrato*, *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2006, p. 11 e segg.; G. FINOCCHIARO, *L’equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, p. 200 e segg.

⁴² Le norme inderogabili dovranno semplicemente essere applicate dagli arbitri per regolare quella fattispecie. Così E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 34 e segg. e, nello stesso senso, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, II ed., cit., p. 61 e segg.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 174 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, p. 1153; C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L’arbitrato*, cit., p. 28; F. DANОВI, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 142. Allo stesso modo, secondo E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 34 e segg., si respingerebbe quella tesi ancor più restrittiva che sosteneva la non compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto la nullità di un contratto per contrarietà a norme imperative, considerando la fattispecie del contratto “illegale” perché contrario a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.), compresa in quella di contratto illecito (per illiceità della causa, dell’oggetto e dei motivi comuni alle parti) Questa tesi si basava sulla norma in tema di nullità della transazione su contratto illecito. Sul punto E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 2005, p. 477. A questa tesi si obiettava che l’area del negozio illecito non coincide con l’area del contratto illegale perché contrario a norme imperative (G. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 406; F. DANОВI, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, cit. p. 152; P. D’ONOFRIO, *Transazione*, in AA. VV., *Anticresi, Transazione, Cessione dei beni ai creditori, Promesse unilaterali*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1974, p. 269), essendo l’area del negozio illecito più circoscritta dell’area del negozio illegale: il primo perché è negozio contrario ad una norma

richiede solo che l'atto di disposizione rispetti la disciplina inderogabile, ma ciò non implica che l'arbitrabilità debba essere negata⁴³.

Altra parte della dottrina, che per comodità espositiva possiamo distinguere in due orientamenti, giunge al medesimo risultato, ma seguendo un percorso logico - argomentativo innovativo ed in linea con l'orientamento giurisprudenziale.

Il primo orientamento attribuisce alle controversie aventi ad oggetto la validità o l'invalidità di un contratto il requisito dell'arbitrabilità anche basandosi sulla regola dell'autonomia della clausola compromissoria⁴⁴. Questa regola, secondo la quale la nullità del contratto non si estende alla clausola in esso contenuta, può avere un significato solo se si attribuisce agli arbitri nominati in forza di quella clausola il potere di decidere della validità o della nullità di quel contratto⁴⁵. In forza di questo principio, dunque, le controversie aventi ad oggetto la nullità del contratto si pongono al di fuori del campo dell'indisponibilità. Sicché, l'arbitrato non potrebbe essere escluso neanche nell'ipotesi in cui la nullità del contratto avesse ad oggetto diritti indisponibili. Un ulteriore rilievo a favore dell'arbitrabilità, si

proibitiva che dà luogo ad una nullità sotto il profilo funzionale della causa, mentre il secondo è contrario a norme imperative (R. CARLEO, *Compromesso*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 241 e segg.).

⁴³ E, secondo C. CONSOLO, *Sul campo "dissodato" della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 241 e segg., tutto si riduce a garantire che il lodo rituale possa essere impugnato e così sindacato anche per gli eventuali *errores in iudicando* su quelle norme.

⁴⁴ G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1215 e segg.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 57; F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 161; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 808 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007, p. 143 e segg.; G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, cit., p. 303 e segg.; L. LAUDISA, *Arbitrabilità della controversia internazionale*, cit., p. 230 e segg.;

⁴⁵ G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1215 e segg.

ricava da un'interpretazione dell'art. 806 c.p.c. in linea con l'intero sistema di norme delineato dal legislatore⁴⁶. Infatti, si può ritenere che, anche con riferimento a questa disposizione, il legislatore abbia ommesso tutte quelle situazioni giuridiche di carattere “*preliminare*” (non definibili come diritti soggettivi e delle quali la nullità del contratto costituisce l'esempio più significativo). Il problema del rapporto intercorrente tra il processo su tali situazioni preliminari ed il divieto di arbitrabilità per indisponibilità deve allora essere affrontato in termini nuovi. L'ipotesi più convincente è quella che ritiene che per le situazioni giuridiche preliminari esista o non esista un divieto di arbitrato su materie non disponibili a seconda che siano o meno disponibili i diritti che ne derivano⁴⁷. Accogliendo questa tesi, dunque, la decisione sulla nullità del contratto non rientra nel divieto di arbitrato su materie non disponibili tutte le volte in cui siano disponibili i diritti soggettivi sulla cui esistenza o inesistenza l'eventuale nullità è destinata ad influire⁴⁸.

Il secondo orientamento ritiene invece che la disciplina della nullità non sarebbe disponibile, perché non può essere modificata dalle parti con un atto negoziale. Di per sé, dunque, l'art. 806 c.p.c. impedirebbe ancora di qualificare come arbitrabile una controversia avente ad oggetto la validità o

⁴⁶ G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1216. Secondo l'A., infatti, le norme delineate dal legislatore sul processo civile sono finalizzate alla tutela di diritti soggettivi. Restano fuori dall'ottica del legislatore le ipotesi in cui l'oggetto del processo è costituito da situazioni preliminari non definibili in se stesse come diritti soggettivi, ma rilevanti per sapere se certi diritti esistano o meno.

⁴⁷ G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1217.

⁴⁸ G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1217. In giurisprudenza, tra le più recenti, Coll. arb., 15 gennaio 1999, in *Riv. arb.* 1999, p. 533 e Trib. Milano, 14 aprile 1997, cit.

invalidità di un contratto. Tuttavia, la regola dell'autonomia della clausola compromissoria, derogando al suddetto principio, consentirebbe di ritenere arbitrabili le controversie vertenti sulla nullità di un contratto⁴⁹.

Dunque, i sopra citati orientamenti pervengono alla medesima conclusione – l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto la validità o l'invalidità di un contratto - muovendo, il primo dalla disponibilità della disciplina della nullità dei contratti, il secondo dalla indisponibilità della stessa.

2.3 Segue. Le controversie su diritti disponibili.

Sulla nozione di diritti disponibili, come possibile oggetto di arbitrato, si contrappongono due orientamenti.

Il primo orientamento ritiene che l'indisponibilità dei diritti si abbia qualora una disposizione di legge espressamente la preveda, o quando l'ordinamento, in considerazione della natura del diritto e quindi del tipo di interesse tutelato, non consenta al titolare un autonomo potere di modifica, dismissione o rinuncia

⁴⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 36, che sottolinea come l'autonomia della clausola arbitrale sia una regola rivelatrice del progressivo ingresso nell'arbitrato delle materie non disponibili, segnalando come la medesima tendenza sia riscontrabile in altri ordinamenti, come ad esempio quello tedesco, nel quale l'arbitrato può avere per legge, come oggetto, diritti patrimoniali disponibili o indisponibili che essi siano. E. F. RICCI, *Desnecessária Conexão Entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas*, in AA. VV., *Arbitragem Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam, a cura di S. F. LEMES, C. A. CARMONA, P. B. MARTINS, São Paulo, 2007, p. 409.

del medesimo diritto⁵⁰. Sicché, pur in carenza di una specifica previsione legislativa, l'incompromettibilità è ricavabile dal sistema e deve quindi continuare ad affermarsi per le controversie in materia di *status*, capacità, matrimonio e separazione tra i coniugi che, originariamente contemplate dall'art. 806 c.p.c. tra le controversie non compromettibili, debbono ritenersi ancora tali in virtù dell'esigenza di tutela di interessi pubblici sottesi a tali diritti, sottratti alla disponibilità di singoli⁵¹. Allo stesso modo, secondo l'orientamento maggioritario, l'arbitrato non può porsi come alternativa alle procedure ove sia possibile o necessario l'intervento del Pubblico

⁵⁰ In questo senso C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 173. Così, secondo l'A. rientra nell'indisponibilità il giudizio civile di falso, poiché l'art. 1968 c.c. richiede l'omologazione del tribunale ai fini dell'efficacia di un eventuale accordo transattivo. Allo stesso modo ed in maniera più esplicita, si pensi all'art. 147, I comma, disp. att. c.p.c., secondo cui nelle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria "sono privi di qualsiasi efficacia vincolante sostanziale e processuale gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali ..". Nello stesso senso, E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 522 e segg. secondo cui si ha la non arbitrabilità della controversia per indisponibilità dei diritti tutte le volte in cui le parti non possano, con un negozio, conseguire lo stesso risultato che potrebbe scaturire dalla pronuncia del giudice. Così, in sostanza, una controversia è arbitrabile se il diritto che ne costituisce l'oggetto può essere negoziato, regolato, modificato ed estinto; Id., *Sull'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Ras. arbitrato*, 1985, p. 243 e segg.; AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, p. 2186; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 37 e segg.

⁵¹ Si tratta delle questioni relative alla capacità delle persone ed allo stato civile in generale, oltre alle controversie in materia di famiglia, come quelle relative alla separazione personale dei coniugi, alla filiazione, alla potestà dei genitori; in questo senso, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, cit. p. 173. In proposito, secondo l'A. è possibile deferire ad arbitri le questioni patrimoniali derivanti dai suddetti rapporti, quando i primi siano scindibili dallo *status* e cioè quando si discuta, a titolo esemplificativo, unicamente del *quantum* e del *quomodo* dell' obbligazione, come la prestazione dell'obbligo di mantenimento ed il diritto agli arretrati agli alimenti. Nello stesso senso, si veda S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 42 e P. L. NELA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1589 e segg.

Ministero, la cui presenza connota la controversia di un carattere di pubblico interesse⁵².

Il secondo orientamento ritiene, invece, che la nozione di disponibilità dei diritti acquisiti nell'arbitrato un significato diverso e più circoscritto rispetto a quello rivestito nell'ambito dell'autonomia negoziale⁵³. Secondo questa ricostruzione, sono da considerare transigibili tutte le controversie in cui le parti abbiano la disponibilità dell'azione, anche se manca loro la diretta disponibilità negoziale dei diritti sottostanti, come avviene in gran parte delle controversie che abbiano ad oggetto la validità di delibere assembleari. Sicché il concetto di disponibilità ricavabile dall'art. 806 c.p.c. è attribuibile a tutti i diritti cui le parti possono validamente rinunciare. Da quanto sopra, deriva che i limiti che possono sorgere nel devolvere ad arbitri le controversie concernenti alcuni diritti soggettivi non derivano tanto dalla indisponibilità del diritto, quanto da un difetto di legittimazione soggettiva a disporre⁵⁴. Normalmente *“legittimato a compromettere in via ordinaria è colui che si afferma titolare del rapporto giuridico sostanziale che costituisce l'oggetto della*

⁵² In questo senso, S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, p. 44. Allo stesso modo, l'A. esclude che possano essere oggetto di arbitrato le controversie in tema di diritti di proprietà industriale. *Contra* P. L. NELA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1600 e segg., secondo cui con la riforma è venuto meno il limite dato dal fatto che per quella lite la legge prevede l'intervento del pubblico ministero anche se essa non ha ad oggetto diritti indisponibili.

⁵³ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 38 e segg. Nello stesso senso, C. CONSOLO, *Sul campo “dissodato” della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 255 e segg.; S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., p. 130 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 550 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 453 e segg.

⁵⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, II ed., cit., p. 24 e segg.

controversia” o, nel caso della clausola compromissoria, si afferma titolare della “*situazione sostanziale cui il contratto dà origine*”⁵⁵. Il diritto sostanziale, che, secondo questo orientamento, sarebbe il presupposto del patto compromissorio, condiziona la legittimazione ad esercitare i poteri processuali che originano dal contratto, nel senso che vi deve essere una tendenziale corrispondenza fra i titolari del diritto sostanziale affermato e i titolari dei poteri processuali arbitrari. Tuttavia, si sottolinea, la legittimazione non può essere sempre ricostruita secondo gli schemi della titolarità del diritto rispetto all’azione⁵⁶. Si pensi, infatti, al caso dell’impugnazione delle delibere assembleari, in cui ciascun socio è legittimato singolarmente ad impugnare una delibera facendo valere un proprio diritto, mentre la rimozione della delibera può derivare da una deliberazione sostitutiva dello stesso organo assembleare. Quindi, per questo motivo, il patto compromissorio fra un socio che intende impugnare una delibera e la società è ammissibile (perché oggetto del processo è il diritto del socio di ottenere l’annullamento della delibera), mentre il patto compromissorio volto alla sostituzione di una delibera dovrà essere approvato con le necessarie maggioranze dall’assemblea (perché l’assemblea è l’organo titolare del potere di rimuovere o sostituire l’atto

⁵⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 806 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, II ed., cit., p. 375 e segg.

⁵⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 551 e segg.

impugnato ed in quanto tale, soggetto legittimato a stipulare la convenzione di arbitrato)⁵⁷.

Sembra preferibile il primo dei suddetti orientamenti. Il secondo, infatti, appare implicitamente in contrasto con la soluzione legislativa (che ammette come possibile oggetto di arbitrato i soli diritti disponibili)⁵⁸. Come noto, la nozione di diritti disponibili compare nell'art. 114 c.p.c., come unico ambito nel quale è ammessa la decisione secondo equità del giudice⁵⁹. Pertanto, una soluzione legislativa coerente con il sistema avrebbe dovuto imporre il limite dei diritti disponibili per il solo lodo pronunciato dagli arbitri secondo equità. Tuttavia, si è affermato, occorre prendere atto di questa limitazione operata dal legislatore, ed alla luce della riforma aderire al primo degli orientamenti sopradescritti, che qualifica come diritto disponibile il diritto che può essere negoziato, regolato, modificato ed estinto dalle parti. In sostanza, l'orientamento secondo cui la nozione di diritto disponibile è unica in tutti i settori dell'ordinamento⁶⁰. Né si potrebbe considerare preclusa la decisione su diritti indisponibili, solo se essa implicasse una disposizione del diritto controverso e non, invece, se essa non producesse il suddetto effetto. In altri termini, il divieto sancito dal legislatore non ha ad

⁵⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 579 e segg.

⁵⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 41.

⁵⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 42.

⁶⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 43 e segg. secondo cui, peraltro, questo limite non può essere mitigato né circoscrivendo la nozione di diritto disponibile, né sostenendo che la decisione degli arbitri su diritti indisponibili è preclusa solo se essa è resa secondo equità, perché tale limite potrebbe derivare solo da una espressa previsione di legge.

oggetto l'effetto dispositivo o non dispositivo scaturente dal provvedimento, bensì le decisioni degli arbitri su diritti indisponibili (vale a dire provvedimenti capaci di dettare una disciplina suscettibile di divenire definitiva ed irretrattabile). Sicché, gli arbitri sono autorizzati a conoscere dei diritti indisponibili, ma non possono dettare per i medesimi una disciplina capace di diventare definitiva⁶¹.

2.4. *Segue. Le controversie di lavoro.*

Prima di esaminare nel dettaglio l'attuale normativa in materia di lavoro può essere utile un breve *excursus* storico.

L'inarbitrabilità delle controversie individuali di lavoro e di previdenza e di assistenza obbligatoria è stata enunciata per la prima volta, in modo esplicito, nel codice di rito del 1940-42⁶².

Il divieto di arbitrato rituale – con il progressivo consolidarsi di quello irrituale - è rimasto intatto sino all'emanazione della legge n. 533 del 1973⁶³. Con la modifica del secondo comma dell'art. 808 c.p.c., il legislatore ha sancito

⁶¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 44.

⁶² Per un esame dettagliato dell'arbitrato per le controversie di lavoro, si veda D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, in *Le riforme del diritto italiano*, cit., p. 3 e segg. Secondo l'A. l'arbitrato è rimasto in vita, nella realtà delle controversie individuali di lavoro, come arbitrato irrituale. Inoltre, l'arbitrato irrituale ha avuto un primo riconoscimento nella l. n. 604 del 1966, il cui art. 7 dava facoltà alle parti di “definire contestualmente la controversia tramite arbitrato irrituale”.

⁶³ Con la suddetta legge, gli artt. 4 e 5 hanno segnato, rispettivamente, un'apertura verso l'arbitrato rituale e la riconsacrazione dell'arbitrato irrituale. Sul punto, D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 4.

l'assoggettabilità delle controversie di lavoro ad arbitrato rituale, solo se previsto nei contratti o accordi collettivi; mentre ha lasciato intatta la disciplina in tema di nullità della clausola compromissoria⁶⁴. Infine, l'impugnabilità del lodo rituale, oltre che per i motivi di cui all'art. 829 c.p.c., poteva essere esperita anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi.

Le suddette disposizioni sono rimaste in vigore per oltre un ventennio, subendo solo una piccola modifica con la legge n. 25 del 1994. E' solo con i decreti legislativi n. 80 e n. 383 del 1998, (i quali hanno aggiunto due articoli al codice di procedura civile e hanno abrogato gli ultimi due commi dell'art. 5 della legge n. 533 del 1973) che si è avuta una riforma radicale.

Per quanto riguarda l'arbitrato rituale del lavoro, l'ultima riforma della quale si deve tener conto è quella attuata tramite il d. lgs. n. 40 del 2006⁶⁵. Così, dal primo comma dell'art. 806 c.p.c. è stato eliminato il divieto di arbitrato e, nel suo secondo comma, è stata inserita la previsione secondo la quale *“le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri*

⁶⁴ Rimaneva quindi nulla la clausola che non consentisse alle parti di adire l'autorità giudiziaria, dichiarasse il lodo non impugnabile, ovvero autorizzasse gli arbitri a decidere secondo equità.

⁶⁵ Deve inoltre essere segnalato l'art. 3, XIX comma, l. 24 dicembre 2007 n. 244 che vieta alle pubbliche amministrazioni *“di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture o servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi”*. Sul punto, D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 6 e segg., si chiede se, nel termine *“lavori”*, debba essere ricompreso l'oggetto dei contratti di lavoro subordinato o parasubordinato stipulati dalle amministrazioni. L'A. esclude che il divieto in questione si riferisca anche all'arbitrato del lavoro sia rituale che irrituale. Infatti, il riferimento a *“lavori”* fa pensare ad attività plurime, specificamente indicate in contratto; mentre il lavoro subordinato si qualifica per la generica messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente in un rapporto di durata.

*solo se previste dalla legge*⁶⁶ *o nei contratti o accordi collettivi*⁶⁷. L'art. 808 c.p.c. è stato abrogato, con eliminazione della previsione secondo la quale la clausola arbitrale è nulla se non fa salva la facoltà di adire il giudice ordinario, se dichiara il lodo non impugnabile o se autorizza gli arbitri a decidere secondo equità. Inoltre, il quarto ed il quinto comma dell'art. 829 c.p.c. prevedono che il lodo in materia di lavoro è sempre

⁶⁶ Il nuovo testo dell'art. 806 c.p.c. colma così una lacuna del vecchio comma secondo dell'art. 808 c.p.c., nel quale si faceva riferimento alla contrattazione collettiva, come unico presupposto di arbitrabilità delle controversie di lavoro, marcando una vistosa differenza con l'art. 5 della legge n. 533 del 1973 che riguardo all'arbitrato irrituale attribuiva la medesima funzione anche alla legge. La disposizione deve essere salutata con favore non solo per questo motivo, ma secondo A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Milano, 2007, p. 493 e segg. anche perché, annoverando anche la legge a fianco delle fonti di tipo collettivo, il legislatore consente alle parti di accedere autonomamente ad una forma di arbitrato rituale senza dover soggiacere alla predeterminazione delle modalità di svolgimento della procedura operata a livello collettivo.

⁶⁷ L'espresso rinvio operato dall'art. 806 c.p.c. all'art. 409 c.p.c., secondo D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 8 e segg. consente di individuare con precisione l'ambito dell'arbitrato del lavoro. Come sottolinea l'A., per quanto riguarda il rapporto di lavoro con gli enti pubblici, la privatizzazione del pubblico impiego ha fatto venir meno gli ostacoli che si frapponivano all'arbitrabilità delle relative controversie. Oggi, per un verso, l'arbitrabilità delle controversie del pubblico impiego è assicurata dal rinvio operato dall'art. 806 c.p.c. all'art. 409 c.p.c. e, per altro verso, ha assunto un significato più pieno il riferimento contenuto nel n. 5 dello stesso art. 409 c.p.c., ai "*rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico*". Inoltre, dopo che la giurisdizione è stata trasferita dal giudice amministrativo a quello ordinario per le controversie relative ai rapporti di lavoro con le amministrazioni elencate dall'art. 1, comma secondo, d. lgs. n. 165 del 2001, l'espressione "*sempre che non siano devolute dalla legge ad altro giudice*" finisce per riferirsi a casi molto limitati, quali rapporti di lavoro con le amministrazioni non privatizzate di cui all'art. 3 o le controversie relative alle procedure concorsuali per l'assunzione di cui all'art. 63, IV comma, del citato decreto. La situazione è più variegata con riferimento alla categoria individuata dall'art. 409 n. 3 c.p.c., non essendo sempre semplice distinguere i rapporti di lavoro autonomo che presentano i caratteri della parasubordinazione, da quelli che non li presentano. Il riferimento alla contrattazione collettiva quale condizione di arbitrabilità esclude tutti quei rapporti che, pur essendo di carattere parasubordinato, rientrano in settori ai quali, fino a qualche tempo fa erano estranei organismi sindacali ed accordi economici collettivi, che ancor oggi, non sono così presenti nel lavoro autonomo come lo sono in quello subordinato. Secondo M. BOVE - C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 63 la previsione in argomento è criticabile, soprattutto nella parte in cui la disposizione prevede che in materia di lavoro il patto compromissorio esige un'autorizzazione a monte, consistente o in un accordo collettivo o in una disposizione di legge.

impugnabile per violazione delle regole di diritto sostanziale ed anche dei contratti o accordi collettivi.

La prima e più rilevante novità è l'abrogazione del divieto di sottoporre ad arbitrato le controversie individuali di lavoro, sia attraverso compromessi, sia attraverso clausole compromissorie conferite in contratti individuali (artt. 806 e 808, I comma, c.p.c. vecchio testo), a fronte della previsione secondo cui l'arbitrabilità delle controversie di lavoro dipende da un'esplicita previsione della legge⁶⁸ o del contratto collettivo⁶⁹.

⁶⁸ Secondo CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 622 e segg.; A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 493 e segg. la questione può essere ricondotta sotto la problematica relativa ai rapporti tra manifestazione di volontà generale e scelta individuale del singolo a favore della giustizia privata. Nel caso in cui sia la legge a prevedere l'utilizzabilità dello strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie individuali di lavoro, essa non potrà che essere meramente autorizzativa dell'arbitrato; altrimenti il rischio sarebbe quello di incorrere in un'inammissibile fattispecie di arbitrato obbligatorio. Inoltre, alla suddetta previsione dovrà seguire necessariamente la stipula di una convenzione arbitrale a livello individuale.

⁶⁹ Nel caso in cui, invece, sia la contrattazione collettiva a prevedere l'utilizzabilità dello strumento arbitrale, come ricorda A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 493 e segg., occorre operare un'ulteriore distinzione. Se, in sede di contrattazione collettiva, è stata prevista solo la possibilità di adire l'arbitrato rituale, allora è necessaria la stipulazione, a livello individuale, di un patto compromissorio perché si è in presenza di una mera autorizzazione al ricorso alla giustizia privata. Il caso in cui invece a livello collettivo sia prevista una clausola compromissoria vera e propria merita più ampie riflessioni. Infatti, l'intervenuta abrogazione della previsione che rimetteva in ogni caso alle parti la possibilità di ricorrere al giudice statale apre il campo a due diverse ricostruzioni. Secondo un primo orientamento, condiviso da M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, in *Giusto processo*, 2006, p. 65; P. L. NELA, *sub art. 806 c.p.c.*, cit., p. 1595, le parti private non possono essere vincolate alla clausola compromissoria contrattata a livello collettivo (altrimenti si ammetterebbe la configurabilità di un arbitrato obbligatorio). Se ne deduce che la previsione intersindacale non potrà che valere come autorizzazione alla stipula del patto compromissorio individuale. Un secondo orientamento, a cui aderiscono C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 637; G. RUFFINI, *sub art. 808 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, C. CONSOLO e F.P. LUISO (a cura di), 3° ed. diretta da C. CONSOLO, Padova, 2007, III, p. 3387, invece, ammette che la clausola compromissoria stipulata in sede di contrattazione collettiva possa validamente vincolare i singoli affiliati in forza del mandato da essi conferito all'associazione rappresentativa; obbligando in modo diretto e vincolante le parti del contratto a deferire ad arbitri le liti tra essi insorti. Tuttavia, come rilevato da A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 493 e segg., questo secondo orientamento è criticabile

Il nuovo assetto normativo, secondo un'autorevole dottrina, ha attuato il passaggio delle controversie di lavoro dall'inarbitrabilità all'inarbitrabilità attenuata⁷⁰. Questo orientamento ritiene che l'inarbitrabilità attenuata tragga origine dal peculiare fenomeno di indisponibilità relativa di determinati diritti sostanziali⁷¹. Tale sarebbe il caso dei diritti che possono dar vita alle controversie individuali di lavoro, la cui arbitrabilità *ex art. 806 c.p.c.* si ricollega al regime sostanziale di attenuata indisponibilità dettato dall'art. 2113 c.c., ai sensi del quale le transazioni su diritti inderogabili sono qualificate non nulle, ma solo invalide e sono sanabili se non impugnate entro sei mesi⁷².

La riforma ha inoltre delineato la funzione che compete alla legge ed alla contrattazione collettiva⁷³, tutelando così sia il

perché pone dei problemi in relazione alla vincolatività per i singoli della clausola collettiva, sia con riferimento all'assenza di una previsione che conceda alle parti la facoltà di recedere unilateralmente dalla clausola; sia con riferimento alle ipotesi in cui l'atto di affiliazione all'associazione rappresentativa non sia stipulato in forma scritta.

⁷⁰ Così D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 10 e segg. Secondo S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 44 le controversie individuali di lavoro *ex art. 409 c.p.c.* sono assoggettate al regime di arbitrabilità attenuata (un regime, cioè, che consentirebbe di compromettere in arbitri solo a condizioni molto restrittive); mentre nelle controversie di previdenza ed assistenza obbligatorie gli arbitrati rituali ed irrivali sono sempre privi di efficacia, in virtù dell'immutato art. 147 disp. att. c.p.c.

⁷¹ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 47 e segg.

⁷² S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 47 e segg.

⁷³ Secondo D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 10 e segg., risulta in maniera più netta che l'accordo compromissorio non si realizza a livello collettivo, ma individuale. Secondo l'A., inoltre, la contrattazione collettiva ha una funzione meramente autorizzativa, nel senso che alle organizzazioni sindacali spetta il compito di rimuovere un ostacolo all'arbitrabilità delle controversie di lavoro. E' quindi fuori luogo parlare di clausole compromissorie collettive, come se si trattasse di accordi dotati di una qualche vincolatività per le parti individuali, così come non serve precisare che tali pseudo clausole devono lasciar libere le parti di adire il giudice. La stipulazione degli accordi arbitrali deve quindi aver luogo a livello individuale, secondo le modalità e le forme ordinarie previste dagli art. 807 c.p.c. per il compromesso e 808 c.p.c. per la clausola compromissoria. Né ha pratica utilità chiedersi se la norma autorizzativa contenuta in un contratto collettivo consenta alle parti della controversia individuale di adire direttamente gli arbitri, senza la preventiva stipulazione di un accordo redatto per iscritto. Dall'art. 817, II comma, c.p.c. che impone di eccepire l'inesistenza dell'accordo arbitrale entro la prima difesa successiva

lavoratore (affinché non sia sottratto al giudice statale), sia il sindacato (affinché non sia indebolito il suo potere di gestione delle controversie).

In mancanza di norma autorizzativa (di legge o di contratto collettivo) l'eventuale lodo sarebbe viziato per aver pronunciato su materia inarbitrabile, così come lo sarebbe se pronunciasse su materia vietata dalla legge o su diritti indisponibili⁷⁴. Insomma, la mancanza di una norma autorizzativa rientra tra i casi di “*espresso divieto di legge*”, a loro volta equiparati a quelli di diritti indisponibili, dai quali tutti deriva come unica conseguenza l'inarbitrabilità.

Resta da vedere come l'inarbitrabilità possa essere fatta valere. L'argomento verrà trattato in maniera più approfondita nel paragrafo *sub* 4; per ora è sufficiente ricordare che il problema non è risolto dall'art. 829 n. 1 c.p.c. (da cui non si evince se l'inarbitrabilità rientri o meno nel più ampio concetto di invalidità), né è chiarito dall'art. 817, II comma c.p.c. (perché, stabilendo che l'inesistenza, l'invalidità e l'inefficacia dell'accordo arbitrale vanno eccepiti in corso di procedura “*salvo*

all'accettazione degli arbitri appare chiaro che l'arbitrato si può basare anche su un accordo tacito o su semplici fatti concludenti.

⁷⁴ Sebbene l'inarbitrabilità attenuata sia cosa concettualmente diversa dall'inarbitrabilità piena (perché la prima può trasformarsi in arbitrabilità, solo che si realizzi una condizione, mentre per la seconda questa metamorfosi non può in nessun modo realizzarsi), secondo D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 12 e segg., la legge non trae conseguenze di sorta da questa differenza, ma stabilisce un regime unitario. Infatti, la legge non fornisce elementi per ritenere che la violazione del secondo comma dell'art. 806 c.p.c. abbia conseguenze diverse dalla violazione del primo; né stabilisce per l'inarbitrabilità relativa - in quanto derivata da mancanza di norma autorizzativa - che sia ipotizzabile una qualche forma di sanatoria (che non varrebbe per quella assoluta).

il caso di controversia non arbitrabile”, fa dell’inarbitrabilità una categoria a sé)⁷⁵.

Un’ulteriore novità attiene all’intervenuta abrogazione della disposizione che, a pena di nullità della clausola, vietava alle parti di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità e di dichiarare il lodo non impugnabile. Nel contempo è stato modificato anche l’art. 829 c.p.c., che nella precedente versione, prevedeva l’impugnabilità del lodo “*anche*” per violazione e falsa applicazione di contratti ed accordi collettivi.

La regolamentazione cui si è appena fatto cenno, oltre al suo significato più esplicito (che era quello di introdurre una condizione di validità dell’accordo compromissorio), ne aveva un altro, implicito: quello di garantire l’impugnabilità del lodo per violazione di legge, oltre che di contratto collettivo.

La riforma consente di superare i dubbi che sorgevano nel vigore della precedente disciplina in ordine alla sorte della clausola compromissoria stipulata in violazione del divieto previsto a pena di nullità.

Come noto, infatti, sul punto esistevano due orientamenti.

Secondo alcuni⁷⁶ la clausola doveva ritenersi integralmente nulla, con conseguente inefficacia del vincolo compromissorio. Secondo altri⁷⁷, invece, si trattava di nullità parziale, non comportante la nullità della convenzione arbitrale.

Oggi questi problemi sembrano superati.

⁷⁵ In questo senso, D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 13 e segg.

⁷⁶ G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., Milano, 1999, p. 51,

⁷⁷ G. RUFFINI, *sub art. 808 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, C. CONSOLO e F. P. LUISO (a cura di), cit., p. 5664.

Poiché il nuovo testo dell'art. 829, III comma, c.p.c., rovesciando la precedente situazione, prevede che l'impugnazione per violazione di legge sia proponibile solo se le parti lo prevedono nell'accordo compromissorio, il comma quarto, n. 1 come eccezione alla regola, stabilisce che nella materia di lavoro l'impugnazione per violazione di legge è “*sempre ammessa*”, così come è sempre ammessa l'impugnazione per violazione del contratto collettivo. In questo modo, né le parti, né la contrattazione collettiva potranno dichiarare il lodo non impugnabile ovvero autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità, senza rischiare di incorrere in censura⁷⁸.

Anche l'arbitrato irrituale è stato modificato. Tuttavia poiché oggetto di questo studio è l'arbitrato rituale, mi limiterò ad un breve cenno.

Con il d. lgs. n. 40 del 2006 si è data attuazione alla delega⁷⁹, introducendo nel codice di procedura civile un nuovo art. 806 *ter* c.p.c., rubricato arbitrato irrituale, nel quale è previsto che, se le parti vogliono escludere l'arbitrato rituale, debbono stabilire, espressamente e per iscritto, che la controversia sia definita dagli arbitri con determinazione contrattuale, derogando specificamente a quanto disposto dall'art. 824 *bis* c.p.c. (ove si legge che il lodo ha “*gli effetti della sentenza pronunciata*”

⁷⁸ Così D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 14 e segg.

⁷⁹ Come sottolineato da D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 16 e segg. l'art. 1, III comma, lett. b) della legge delega n. 80 del 2005 stabiliva come criterio direttivo per l'arbitrato irrituale che: “*le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare*”.

dall' *autorità giudiziaria*”). Inoltre, il secondo comma dell'art. 808 *ter* c.p.c. stabilisce che il lodo irrituale è impugnabile tramite un'ordinaria azione di cognizione sulla base di cinque motivi specificamente elencati⁸⁰. Di conseguenza, deve applicarsi anche alla materia di lavoro il principio secondo il quale se le parti non si esprimono chiaramente a favore dell'arbitrato irrituale, dichiarando di escludere che il lodo acquisti efficacia di sentenza, scatta una presunzione a favore dell'arbitrato rituale⁸¹.

Va da ultimo segnalato che gli artt. 412 *ter* e *quater* c.p.c., introdotti con la riforma del pubblico impiego ed aventi ad oggetto l'arbitrato irrituale da contratto collettivo, sono stati oggetto di un'ulteriore modifica operata dal d.d.l. n. 1441-*quater*-F (il c.d. “*collegato lavoro*”) convertito nella l. 4 novembre 2010, n. 183⁸². Con il “*collegato lavoro*” il legislatore ha

⁸⁰ La suddetta disciplina, data la sua formulazione e la sua collocazione non può che acquistare il ruolo di *lex generalis* rispetto a tutte le altre disposizioni che fanno comunque riferimento all'arbitrato irrituale in particolari settori e, per quanto qui ci interessa, rispetto alle norme che regolano l'arbitrato irrituale del lavoro, con particolare riferimento all'art. 5, legge n. 533 del 1973 e agli artt. 412 *bis* e *ter* c.p.c. Per cui, come sottolineato da D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 16 ed in forza del principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis* implica che le due normative vadano coordinate e che debbano considerarsi abrogate solo le disposizioni della legge speciale incompatibili con quella successiva generale. Se invece la norma autorizzativa prevede entrambe le opzioni, sta alle parti che vogliono sottomettere la controversia ad arbitri irrituali formulare l'accordo compromissorio in modo tale da vincere il favor espresso dell'art. 808 *ter* c.p.c. per l'arbitro rituale.

⁸¹ Occorre, tuttavia, segnalare che tale presunzione, nel settore delle controversie di lavoro, subisce un'evidente limitazione a causa del fatto che l'arbitrabilità dipende da un'espressa previsione di legge o di contratto collettivo. Di conseguenza le parti non possono che fare riferimento ad una delle forme arbitrali normativamente consentite. E', quindi, chiaro che, nel caso in cui l'arbitrato menzionato dalla legge o dalla contrattazione collettiva sia solo quello irrituale, basta una generica manifestazione di volontà di sottoporre la controversia ad arbitrato per non far scattare la presunzione in favore di quello rituale. Così, D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. p. 17

⁸² Per un'analisi delle innovazioni introdotte con la riforma si vedano D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del “collegato lavoro”*, su www.judicium.it; G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, su www.judicium.it; M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, su www.judicium.it; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione*

abrogato l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi ed ha introdotto quattro nuovi tipi di arbitrato disciplinati rispettivamente, dagli artt. 412 c.p.c. (Risoluzione arbitrale della controversia) e 412-*quater* c.p.c. (Altre modalità di conciliazione e arbitrato)⁸³, nonché dall'art. 412-*ter* c.p.c., nuovo testo, nel quale si prevede che: *“La conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'art. 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”*⁸⁴ e dall'art. 31, XII comma della nuova legge, che prevede un arbitrato gestito dagli organi di certificazione i quali possono istituire camere arbitrali⁸⁵.

statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, p. 57.

⁸³ Secondo D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del “collegato lavoro”*, cit., ciò che accomuna i due arbitrati disciplinati dagli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c. è il collegamento di entrambi con il tentativo di conciliazione; al punto da prevedere che conciliazione ed arbitrato possono coesistere in un'unica procedura, nella quale il passaggio dall'una all'altro può avvenire senza soluzione di continuità e senza che l'organo preposto sia modificato. Così, nell'art. 412 è il tentativo di conciliazione che si tramuta in arbitrato, tramite una semplice modifica del mandato attribuito alla commissione di conciliazione. L'art. 412 *quater* prevede, invece, l'obbligo per gli arbitri di esperire il tentativo di conciliazione nella prima udienza e, nel caso in cui questo abbia esito positivo, l'accordo sarà suscettibile di diventare titolo esecutivo. Tuttavia, come sottolineato dall'A., sebbene questa soluzione consenta minor dispendio di tempo e denaro, essa si pone in contrasto con le recenti innovazioni in materia di mediazione (in particolare, con il d. lgs. n. 28/2010 secondo cui la fase di conciliazione, separata da quella di decisione, deve essere affidata ad un organo privo di poteri decisori). Il rischio, mescolando i due momenti, sarebbe quello di limitare la spontaneità delle parti e di influenzare l'organo decidente.

⁸⁴ Sebbene l'art. 412 *-ter* non sia esplicito nel definire l'arbitrato come irrituale, a chiarire che anche in questo caso la norma si riferisca all'arbitrato irrituale contribuisce il richiamo contenuto nell'art. 2113 c.c. all'art. 412-*ter*. In proposito, D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del “collegato lavoro”*, cit.

⁸⁵ L'art. 31, comma 10 nella versione approvata in via definitiva dal Senato il 3 marzo 2010 prevedeva che le parti potessero stipulare clausole compromissorie riferite agli arbitrati di cui agli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c., purché fosse consentito da accordi interconfederali o da contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni più rappresentative sul piano nazionale e purché le clausole fossero certificate dagli appositi organismi, cui era affidato il compito di accertare *“l'effettiva volontà”* delle parti di rinunciare alla giurisdizione per l'arbitrato. Questa disposizione aveva suscitato numerose critiche, soprattutto perché l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto di lavoro finiva sostanzialmente per rendere

La prima tipologia, disciplinata dall'art. 412 c.p.c., si concretizza all'interno ed all'esito del tentativo facoltativo di conciliazione cui le parti abbiano ritenuto di dare adito⁸⁶. La riforma, dopo aver ridisegnato la procedura di componimento con un'ampia revisione degli artt. 410 e 411 c.p.c., contempla, infatti, la possibilità che le parti diano incarico alla stessa commissione di conciliazione di risolvere in via arbitrale la controversia⁸⁷. Il risultato è l'emanazione di un lodo di natura ibrida, perché di portata contrattuale (e dunque irrituale), ma suscettibile di omologazione e conseguente esecuzione⁸⁸.

l'arbitrato obbligatorio e la commissione di certificazione non rappresentava di certo una garanzia sufficiente per il lavoratore. Per superare le suddette censure – recepite altresì dal Capo dello Stato – il legislatore ha modificato il testo iniziale prevedendo che la clausola compromissoria non possa avere ad oggetto controversie relative alla “risoluzione del contratto di lavoro”, né essere stipulata prima che sia esaurito il periodo di prova o comunque non siano trascorsi trenta giorni dall'assunzione. Su punto, D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del “collegato lavoro”*, cit., rileva che tuttavia la norma non tutela tutti quei lavoratori che, nonostante siano trascorsi trenta giorni, non godano comunque di una posizione di stabilità (si pensi, a titolo esemplificativo a tutti i lavoratori atipici).

⁸⁶ La norma dispone che in ogni momento del tentativo di conciliazione, ed anche al suo termine, ove l'esito sia in tutto o in parte negativo, le parti “...possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia”. I commi successivi al primo chiariscono che il mandato alla commissione non può mai essere conferito disgiuntamente. Ciò perché non si tratta di un mero conferimento di potere ma di un più articolato negozio a contenuto disciplinare. Infatti, il mandato deve contenere: il termine – non superiore a sessanta giorni – per l'emanazione del lodo; le norme che le parti adducono a sostegno delle loro pretese; l'eventuale istanza di decisione secondo equità. In questo senso, G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

⁸⁷ E' dunque lo stesso organo di conciliazione che assume il ruolo di arbitro: si tratti delle commissioni istituite presso le DPL, di quelle di certificazione cui le parti possono rivolgersi per l'esperimento del tentativo conciliativo, in base al comma 13 dell'art. 31 del “collegato”, ovvero delle commissioni di conciliazione erette in sede sindacale in forza della contrattazione collettiva. COSÌ, M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, cit., p. 64.

⁸⁸ Infatti, l'art. 412, terzo comma, si preoccupa di avvertire che il lodo ha efficacia contrattuale, ma che si sottrae all'impugnazione dell'art. 2113 c.c. Nel contempo il lodo è sottoposto all'omologazione allo scopo di fargli conseguire l'efficacia esecutiva: se il lodo non è impugnato, o le parti dichiarano di accettarlo, o l'impugnazione è respinta pur con sentenza ancora impugnabile in Cassazione, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato. Il giudice verificatane la regolarità

La disposizione di gran lunga più corposa è, però, l'art. 412-*quater* c.p.c., che introduce una peculiare procedura di conciliazione e arbitrato. Qui viene congegnata una procedura arbitrale *post litem* (ma senza preventivo compromesso), che le parti possono decidere di percorrere in luogo della classica via giurisdizionale togata⁸⁹.

L'art. 412-*ter* c.p.c. prevede, invece, che i contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative possano contemplare sedi e modalità di svolgimento dei giudizi arbitrali nelle materie dell'art. 409 c.p.c.

Un'altra tipologia di arbitrato è quella disciplinata dall'art. 31, XII comma del "*collegato lavoro*". Si tratta di un tradizionale arbitrato irrituale a cui vengono estesi i commi terzo e quarto del nuovo art. 412 c.p.c. (quelli che regolano l'efficacia e l'impugnabilità del lodo).

formale lo dichiara esecutivo con decreto. G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

⁸⁹ Sicché, la parte che intende devolvere la controversia ad un collegio di conciliazione e arbitrato irrituale, in assenza di un preesistente patto arbitrale, notificherà direttamente la domanda di arbitrato. Il convenuto, ricevuta la notifica del ricorso (qualificazione che è sottoposta a critiche, dal momento che non si tratta di un'istanza che si rivolge direttamente al giudice), se vuole aderire all'invito dovrà limitarsi ad indicare il nome del proprio arbitro, senza dover redigere un apposito atto difensivo. Nel caso in cui avvenga la nomina dell'arbitro di parte e si abbia la concorde scelta del presidente, si concretizza per il convenuto l'onere di depositare una memoria difensiva. Nei dieci giorni successivi al deposito della memoria del convenuto, il ricorrente può depositare una memoria di replica e, negli ulteriori dieci giorni, il convenuto può depositare una contro-replica. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la controreplica del convenuto, il collegio deve tenere l'udienza in cui tenterà la conciliazione. Se la conciliazione riesce, si applicherà l'art. 411, I e III comma c.p.c.. Se la conciliazione non riesce, si procederà all'interrogatorio delle parti. La disposizione in oggetto prevede inoltre, all'undicesimo comma, che "*ciascuna parte provvede a compensare l'arbitro da essa nominato*". Questo inciso ha dato adito a numerose critiche in quanto così facendo, la disposizione instaura, sebbene solo sul piano del compenso, un rapporto diretto parte-arbitro che, a rigor di etichetta non dovrebbe esistere. In proposito, G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

La procedura irrituale prevista in questo comma è affidata agli organi di certificazione di cui all'art. 76, d. lgs. n. 276/2003, ed in particolare alle camere arbitrali, anche unitarie – cioè formate d'intesa tra più organismi di conciliazione – che gli organi possono scegliere di istituire presso di loro. Ulteriori modalità di conciliazione e arbitrato in materia di lavoro “...possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative..”⁹⁰.

Inoltre, per i diversi tipi di arbitrato, il legislatore ha precisato come l'accordo compromissorio – inteso anche nella veste di clausola - debba indicare le norme invocate a sostegno delle pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari (così è previsto dagli artt. 412, comma 2, n. 2 e 412 *quater*, comma 3, c.p.c.)⁹¹.

⁹⁰ Dunque, qui, l'arbitrato è rimesso alla negoziazione collettiva, cui non sembrano posti limiti, né in ordine al modo dell'arbitrato, né con riferimento alle tecniche di svolgimento, che potranno ricalcare quelle del codice, quelle della stessa legge o essere totalmente diverse. Così G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

⁹¹ Come precisato da M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, cit., p. 66 l'opzione equitativa sembra costituire un accordo aggiuntivo rispetto al patto compromissorio cui le parti addivengono ai termini dell'art. 412 o 412 *quater* c.p.c. L'A. sottolinea, inoltre, che nella parte in cui consentono di optare per il criterio equitativo, queste disposizioni hanno dato luogo a numerose preoccupazioni, perché ritenute lesive della pienezza dei diritti del lavoratore. Dopo il rinvio alle camere da parte del Presidente della Repubblica, al generico richiamo all'equità si è aggiunto il rispetto ai “*principi regolatori della materia*”. Sul punto, l'A. si è chiesto se – fermo il rispetto delle norme di rango costituzionale e di quelle comunitarie – sia sufficiente la natura imperativa di una norma per impedire che essa sia derogata in via equitativa. Se così fosse, infatti, residuerebbero spazi estremamente ridotti per l'equità, attesa l'ordinaria “*inderogabilità*” della disciplina laburistica. Resta inteso che i limiti che debbono essere osservati in caso di opzione per il criterio equitativo costituiranno un possibile oggetto di sindacato in sede di impugnativa del lodo.

Infine, per quanto riguarda l'efficacia del lodo, si ritiene che esso vincoli le parti in forza dell'art. 1372 c.c. - ossia come determinazione contrattuale - e che benefici dell'esenzione dall'annullabilità disposta, per gli atti negoziali, dall'art. 2113 c.c. Il lodo, inoltre, sarà impugnabile ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c.⁹². L'impugnazione, tuttavia, andrà proposta al giudice del lavoro in unico grado ed, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla sua notifica. Vista la peculiarità della previsione di un termine, si ritiene che, una volta maturata la decadenza, anche la nullità non potrà più essere utilmente invocata, neppure in via di eccezione⁹³. La riforma, inoltre, ribadisce che, in via eccezionale, questo lodo può acquisire efficacia esecutiva.

In conclusione, volendo dare uno sguardo d'insieme all'intera disciplina, la sensazione che si ha è quella che il legislatore abbia inteso sottrarre l'arbitrato del lavoro alla rigida dicotomia ritualità/irritualità. Il risultato è una serie di procedure non sempre sovrapponibili, ma quasi tutte di stampo neutro, a metà tra le due nature⁹⁴. Una riprova di ciò risiede, inoltre, nella previsione della possibilità per un lodo irrituale di acquisire efficacia esecutiva. In questo modo, infatti, il legislatore ha conferito continuità alle due figure di arbitrato (rituale ed

⁹²Così, M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, cit., p. 64 secondo cui, peraltro, l'applicabilità dell'art. 808 *ter* c.p.c. non consente di escludere che il lodo sia impugnabile anche nei casi di nullità radicale del sistema, quali ad es. la contrarietà all'ordine pubblico o a norme inderogabili.

⁹³ In questo senso, M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, p. 69, cit.

⁹⁴ E' di questa opinione G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

irrituale), rappresentandole nella riforma come un fenomeno unitario, assoggettato, volta a volta, a differenti regimi⁹⁵.

Tra gli aspetti negativi, vi è, invece, la scelta di fondare la tecnica di risoluzione sulla parità delle parti (in tema di risorse, informazioni, assistenza, organizzazione). Il settore in oggetto è, infatti, caratterizzato da un'asimmetria tra i litiganti; sicché, nella migliore delle ipotesi, il tentativo sarà vano (la parte debole potrebbe, quindi, continuare a gradire il ricorso al giudice togato)⁹⁶.

2.5 Segue. Il divieto di legge in relazione a materie disponibili.

L'art. 806 c.p.c. dispone che la non arbitrabilità delle controversie possa essere sancita anche “*da un espresso divieto di legge*”. La dottrina ha osservato che la nuova disposizione è suscettibile di assumere un duplice significato.

Da una parte, si ritiene che essa introduca una generale autorizzazione al legislatore di porre divieti di arbitrato nell'ambito dei diritti disponibili⁹⁷.

⁹⁵ M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, cit., p. 70 solo con riferimento all'arbitrato ex art. 412 ter c.p.c. secondo l'A. è probabilmente da escludersi la possibilità di beneficiare dell'*exequatur* giudiziale, restando il lodo che lo conclude puramente e semplicemente un contratto.

⁹⁶ In questo senso, G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.

⁹⁷ B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., p. 1786, sebbene critico; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., p. 1157

Dall'altra, si è osservato che la norma detta un criterio interpretativo secondo cui, in presenza di un diritto disponibile, l'arbitrato può essere impedito solo se è disposta un'espressa previsione in tal senso⁹⁸.

La prima ricostruzione non sembra condivisibile.

In primo luogo, perché il divieto di arbitrato su diritti disponibili, affinché sia costituzionalmente legittimo, deve rispondere a particolari ragioni di opportunità (emergenti in relazione a ciascuna specifica fattispecie), che non facciano apparire come manifestamente irragionevole la compressione del diritto di azione (garantito dall'art. 24 Cost.) e del principio di autonomia privata (tutelato dall'art. 41 Cost.)⁹⁹. In secondo luogo, perché un divieto generale in tema di arbitrato non solo non era previsto dai principi e criteri della delega legislativa (che mai parlano di limitazioni di accesso all'istituto arbitrale), ma, addirittura, si pone in contrasto con molte disposizioni introdotte dal legislatore delegato per riaffermare l'importanza e la dignità dell'arbitrato¹⁰⁰.

Ne deriva che l'unica soluzione ammissibile è la seconda, in forza della quale quando una controversia abbia ad oggetto un

⁹⁸ M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, cit., p. 59 e segg.; G. RUFFINI, *Art. 806 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 5658; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., Milano 2007, p. 358.

⁹⁹ Più volte la dottrina ha infatti sottolineato che l'arbitrato trova una copertura costituzionale nel collegamento tra l'art. 24, 1° comma, Cost., con l'art. 41 Cost., secondo la nota teoria della disponibilità dell'azione in senso negativo, mentre, al contrario, esso non può trovare un limite nell'art. 102 Cost. In proposito, BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 209 e segg.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Milano, 2000, p. 21 e segg.

¹⁰⁰ B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., p. 1786, che si riferisce agli artt. 808 *quater* e *quinquies*, all'art. 817 bis ed all'art. 819, 2° comma, c.p.c.

diritto disponibile, il divieto di arbitrabilità potrà discendere solo da una previsione di legge, che configuri uno specifico e determinato divieto di arbitrabilità¹⁰¹. In caso contrario, il rischio sarebbe quello di ricavare dei divieti di arbitrabilità, in via interpretativa, da disposizioni che si occupano di definire altri profili della disciplina di quella situazione sostanziale. Si pensi, a titolo esemplificativo, a norme concernenti il momento della tutela giurisdizionale del diritto (come quelle che istituiscono giurisdizioni speciali o che prevedono criteri di competenza funzionale ed inderogabile)¹⁰², sulla cui base spesso, la giurisprudenza ha escluso l'arbitrabilità delle controversie, seppur aventi ad oggetto diritti disponibili¹⁰³.

Posto che, come chiarito all'inizio del paragrafo, il divieto di arbitrabilità deve avere ad oggetto un diritto disponibile, occorre soffermarsi sulla natura di questo divieto.

Infatti, secondo parte della dottrina, l'espreso divieto può essere assoluto o relativo (nel senso di condizionare la deferibilità ad arbitri al soddisfacimento di determinate condizioni)¹⁰⁴.

¹⁰¹ In questo senso: F.P. LUISO B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 255; G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1209 e segg.; P. L. NELA, *sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1869 M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, cit., p. 59 e segg.; A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 465.

¹⁰² Sul punto si ritornerà in maniera più approfondita al paragrafo *sub* 3.

¹⁰³ Un precedente orientamento, ormai superato, escludeva la compromettibilità delle controversie per le quali fosse previsto un criterio di competenze esclusiva per determinate controversie. In dottrina, per una critica a tale orientamento, si veda, G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 1210 e segg.

¹⁰⁴ Sul punto, si veda G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., p. 711 e segg.

In relazione alla prima tipologia di divieto, l'esclusione dell'arbitrato su diritti disponibili – e, seguendo il ragionamento di cui *supra* - deve essere giustificata dalla necessità di perseguire esigenze e valori meritevoli di tutela, il cui soddisfacimento risulterebbe di più difficile o non sicura realizzazione nel procedimento arbitrale¹⁰⁵. Un esempio in questo senso è ricavabile in materia di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità e, più in generale, in materia di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi¹⁰⁶.

In relazione alla seconda tipologia, un'ipotesi di divieto di carattere soltanto relativo si ricava dal secondo comma dell'art. 806 c.p.c., in materia di controversie di lavoro¹⁰⁷.

Nel sistema previgente, l'art. 808 c.p.c. lasciava insoluto il problema relativo alle conseguenze derivanti dalla mancata autorizzazione, nei contratti o accordi collettivi di lavoro, ad assoggettare la controversia ad arbitrato.

¹⁰⁵B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., p. 1786.

¹⁰⁶ Per un esame dettagliato delle fattispecie in materia di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali, si veda B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., p. 1786; ed altresì A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 468 secondo cui l'adozione di un'analoga soluzione sarebbe auspicabile anche in altri settori in cui, per le sue carenze strutturali, il procedimento arbitrale non garantisca un tipo di accertamento in relazione alla situazione sostanziale tutelata. Una scelta di questo tipo, inoltre, deve essere guardata con favore, perché in linea con le scelte degli altri ordinamenti, come quello tedesco che, pur ammettendo la compromettibilità in arbitri di tutte le controversie patrimoniali (quantunque relative a diritti non disponibili), esclude in relazione a determinate controversie la possibilità di far ricorso all'arbitrato, in ragione delle particolari esigenze di tutela che si pongono in relazione ad esse.

¹⁰⁷In questo senso G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., p. 714; *contra* M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, cit., p. 62 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 1161 e segg.

Si erano, così formati due opposti orientamenti.

Il primo riteneva che il vizio in esame incidesse sull'arbitrabilità del diritto¹⁰⁸. Il secondo, invece, riteneva che esso costituisse un vizio di minor gravità, che cagionava la “*sola*” nullità del patto compromissorio per difetto di un suo requisito essenziale¹⁰⁹.

Oggi, alla luce delle modifiche apportate all'art. 806, 1° comma, c.p.c., il primo orientamento appare quello condivisibile¹¹⁰. Infatti, il primo comma della nuova disposizione prevede la disponibilità del diritto come requisito necessario e sufficiente per l'arbitrabilità, facendo salva un'espressa e contraria previsione di legge. Il secondo comma prevede, invece, per il deferimento in arbitri delle controversie di lavoro, il

¹⁰⁸ C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 292 e segg.; F. CORSINI, *L'arbitrato rituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 613 e segg.

¹⁰⁹ Il vizio, quindi, pena la sua sanatoria, doveva essere fatto valere come motivo di impugnazione. In tal senso, FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, p. 215 e F. P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 60.

¹¹⁰ *Contra* M. BOVE e C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 63 secondo cui la nuova previsione non chiarisce la questione assai discussa inerente all'individuazione delle conseguenze sul patto compromissorio della mancanza della suddetta autorizzazione. A fronte di una disposizione del genere: o si ritiene che il senso della norma stia solo nella conferma della necessaria autorizzazione del patto compromissorio individuale (oltre che nell'eliminazione del divieto di arbitrato di equità), senza che il legislatore abbia voluto fare una scelta in ordine alle conseguenze della sua violazione, oppure si ritiene che la collocazione nella norma rubricata “*Controversie arbitrabili*” siano arbitrabili solo se il patto compromissorio individuale è autorizzato (a monte) dalla legge o da un patto compromissorio collettivo. Quest'ultimo assunto, secondo gli Autori, non è ragionevole, per due motivi: perché qui c'era e ci dovrebbe essere in futuro solo un problema di nullità del patto compromissorio individuale e non di arbitrabilità della lite; inoltre, perché questo principio sarebbe contrario alla delega, quando questa prevede, quale unico limite dell'arbitrato, l'indisponibilità dei diritti. Secondo gli Autori, il motivo che spinge il legislatore ad assumere cautele in materia di lavoro sta nella presenza di norme inderogabili (che disciplinano rapporti in cui vi è una parte debole) e non nella presenza di diritti assolutamente indisponibili. Questo sarebbe il motivo che spinge il legislatore a consentire la scelta individuale dell'arbitrato solo se supportata da una scelta fatta a monte dalla legge o dalle associazioni sindacali. Ma ciò - secondo gli Autori - non implica un problema di arbitrabilità, mentre qui il legislatore delegato, trattando delle controversie di lavoro nella norma che definisce le controversie arbitrabili sembra voler allargare proprio il campo della non arbitrabilità.

preventivo consenso a livello generale alla via arbitrale. Dal contesto normativo, sembra, dunque, che questa disposizione introduca una vera e propria condizione di arbitrabilità per le controversie in materia laburistica; con la conseguenza che, in sua mancanza, il patto compromissorio individuale - quantunque abbia ad oggetto una situazione sostanziale disponibile – debba, nondimeno, ritenersi concluso su materia oggettivamente non arbitrabile¹¹¹.

A questa ricostruzione si obietta che essa confonde il carattere normalmente disponibile del diritto nascente dal rapporto di lavoro, con la natura generalmente inderogabile della norma che lo disciplina. E si rileva che se la previsione autorizzativa non può rendere disponibile ciò che prima non lo era, allora essa non può in alcun modo rilevare in ordine all'arbitrabilità della controversia o meno della lite¹¹². In altre parole, la previsione nella legge o nei contratti collettivi della possibilità di risolvere le controversie con arbitrato sembra avere, secondo questo orientamento, una valenza autorizzativa, anche alla luce della circostanza che la legge delega aveva indicato quale unico limite all'arbitrabilità della controversia la disponibilità dei diritti.

Questa obiezione sarebbe fondata se l'unica condizione di arbitrabilità della controversia fosse costituita dalla disponibilità

¹¹¹ *Contra*, ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 806 c.p.c., in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 1162 secondo cui il fatto che l'art. 806 non detti un divieto di arbitrato è provato dalla collocazione dei precetti in materia laburistica, che sono successivi ed aggiuntivi rispetto ai precetti dettati dal primo comma della disposizione.

¹¹² M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, cit., p. 62 e segg;

del diritto controverso, come era inizialmente previsto nella legge delega. Tuttavia, come ricavabile dall'art. 806, I comma, oggi non è più così, perché rispetto a talune materie disponibili, la legge può dettare un espresso divieto di arbitrabilità, che deve essere posto in relazione non con la natura del diritto controverso (che resta disponibile secondo le norme di diritto sostanziale) ma con la necessità di perseguire esigenze e tutelare interessi che il ricorso alla giustizia arbitrale potrebbe sacrificare. Così, al fine di garantire che la parte debole del rapporto contrattuale operi una scelta a favore del procedimento arbitrale su un piano di effettiva parità con il contraente forte, il legislatore richiede la preventiva manifestazione di volontà autorizzativa ed alla realizzazione di detta condizione subordina l'arbitrabilità della lite. In caso contrario, il patto compromissorio individuale deve essere qualificato come accordo stipulato in materia non arbitrabile non già come convenzione nulla o comunque invalida per difetto di un requisito essenziale¹¹³.

3. L'indisponibilità per ragioni processuali.

Secondo un orientamento, manifestatosi già prima della riforma, dal tenore dell'art. 806 c.p.c., nella parte in cui dispone che le parti possono “*far decidere da arbitri*” la controversia, si ricava la regola secondo cui l'area della non compromettibilità

¹¹³ In tal senso, A. MOTTO, *sub art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 471.

potrebbe comprendere un aspetto ulteriore rispetto a quello della mera non arbitrabilità.

Si tratta del limite all'arbitrato definito *quoad officium*¹¹⁴ ed in forza del quale il giudizio arbitrale costituisce nel nostro ordinamento una possibile alternativa solo rispetto al giudizio davanti al giudice togato, articolato nelle forme del giudizio ordinario di cognizione e che sfoci in un provvedimento decisorio, idoneo a divenire vincolante se non impugnato. In questo senso, l'arbitrato non potrebbe costituire un'alternativa rispetto alla giurisdizione volontaria, ai processi esecutivi ed ai procedimenti cautelari¹¹⁵ ed ove ci trovassimo di fronte ad un arbitrato reso su questo tipo di controversie, il lodo dovrebbe essere annullato ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.¹¹⁶. Per le stesse ragioni, l'arbitrato non potrebbe porsi come alternativa, né rispetto ai giudizi di impugnazione, né rispetto ai giudizi che costituiscono fasi interne del processo esecutivo¹¹⁷.

¹¹⁴ Così definito da C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 218 e segg.

¹¹⁵ In questo senso, E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., p. 797 e segg., n. 22; R. CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, cit., p. 266 e segg.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 64; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 52.

¹¹⁶ Per un approfondito esame della questione si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 53 che, ritenendo di condividere l'orientamento di S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 5 e segg.; e F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., p. 192 e segg., ritiene che l'arbitrabilità vada esclusa per quelle controversie in relazione alle quali il processo di cognizione davanti al giudice ordinario sia configurato dal legislatore come mezzo esclusivo per il conseguimento del risultato richiesto. Diverso è invece, come sottolineato dall'A., il caso della non arbitrabilità delle norme che prevedono una competenza funzionale in capo ad un giudice togato, poiché si tratta di norme sulla competenza che attengono ai rapporti interni tra giudici e che non possono avere un'ulteriore rilevanza.

¹¹⁷ Così E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 52. Nello stesso senso, S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 44 e segg. che giunge alla medesima conclusione, ma muovendo da un presupposto diverso: quello, cioè, secondo cui l'arbitrato è un procedimento per decidere controversie su diritti, parallelo ed in un certo senso, equivalente al processo civile ordinario ed al processo amministrativo per cognizione di controversie su diritti. Dunque, secondo l'A., l'arbitrato,

Inoltre, secondo un' autorevole dottrina, l'arbitrabilità deve essere esclusa per tutte quelle procedure di cognizione che necessariamente devono svolgersi di fronte ad un giudice, come fasi costitutive della struttura di procedure più ampie; si pensi, a titolo esemplificativo, agli artt. 98 e 99 della l. fallimentare¹¹⁸.

Accanto ai limiti processuali di cui sopra, prima della riforma, un ulteriore limite imposto dalla struttura dell'arbitrato era quello derivante dall'intervento obbligatorio del p.m.

Ci si chiede, dunque, se ancora oggi possa sostenersi la non compromettibilità delle controversie nelle quali sono previsti l'azione o l'intervento necessario del p.m.

Sul punto esistono due orientamenti.

Il primo orientamento ritiene che le suddette controversie siano compromettibili, basandosi sul rilievo secondo cui l'unico limite alla compromettibilità per arbitri è dato dalla indisponibilità del diritto¹¹⁹. Se, dunque, il diritto è disponibile non ci sono altri criteri che possono precludere l'arbitrato, che può essere vietato soltanto da un'espressa disposizione di legge. Semmai, certe regole processuali potranno essere indicative dell'indisponibilità di una certa situazione soggettiva, ma la

in quanto *iter* di cognizione piena decisoria non può porsi come alternativa alle procedure camerali, né ai processi cautelari, ove non si controverte di diritti, ma di cautela, né ai processi possessori, che sono speciali e non relativi ad un diritto, né ai processi di nuova opera e di danno temuto.

¹¹⁸ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 44 e segg.

¹¹⁹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 806 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 37.

ragione del divieto di arbitrato dovrà ricercarsi comunque nell'indisponibilità del diritto¹²⁰.

Il secondo orientamento, che ritengo condivisibile, ritiene invece che con la scelta arbitrale non sarebbe possibile soddisfare la *ratio* dell'intervento del p.m., che è quella di garantire che sia tutelato l'interesse pubblico¹²¹. Sicché, le controversie, in relazione alle quali è previsto l'intervento obbligatorio del p.m., devono essere decise in processi davanti al giudice togato, perché solo in quella sede il p.m. può intervenire¹²².

Altra parte della dottrina perviene al medesimo risultato, ma partendo da un altro percorso logico. Si segnala, cioè, che consentendo la compromettibilità in arbitri nelle materie nelle quali è obbligatorio l'intervento del p.m., si rischierebbe di favorire i comportamenti che, al fine di eludere la regola dell'intervento volontario del p.m., prediligano la soluzione arbitrale. E per questo motivo, le suddette controversie devono necessariamente essere decise davanti al giudice togato per espressa disposizione normativa¹²³.

¹²⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 806 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 37.

¹²¹ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 44 e segg. Inoltre, secondo l'A. la compromettibilità deve essere esclusa anche in quei giudizi in cui sia attribuita in capo al p.m. la legittimazione attiva a promuovere l'azione in quanto la controversia è connotata dal carattere di pubblico interesse.

¹²² S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 44 e segg.

¹²³ In tal senso, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 142 e segg.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 11 e segg.

4. Questioni interpretative in ordine alla qualificazione del lodo su controversie non arbitrabili.

A questo punto, occorre soffermarsi sulle conseguenze che possono derivare dalla qualificazione del lodo reso su controversie non arbitrabili come nullo, ovvero come inesistente.

Secondo l'orientamento maggioritario, il lodo reso su materie non compromettibili è inesistente e non soltanto nullo¹²⁴.

Da questa impostazione deriva che, quando la convenzione ha ad oggetto controversie non arbitrabili, non solo l'impugnazione per nullità può essere proposta, a prescindere dalla previa eccezione nel corso del giudizio arbitrale, ma essa costituisce uno strumento meramente facoltativo¹²⁵.

Una delle critiche più rilevanti mosse contro questa tesi è quella secondo cui la qualificazione del lodo come inesistente sarebbe impedita dall'espressa previsione della non arbitrabilità delle controversie come motivo di impugnazione del lodo.

In proposito, la dottrina favorevole alla qualificazione del lodo inesistente rileva che anche in materia di arbitrato può essere applicata la regola secondo cui con l'impugnazione si può

¹²⁴ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 57; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2° ed., cit., p. 63 e segg.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 425 e segg.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, 6° ed., Padova, 2008, p. 197; S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 186. *Contra*: V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, 3° ed., cit.; F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, p. 148; M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 541 e segg.

¹²⁵ In questo senso E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 57.

far valere l'inesistenza dell'atto impugnato¹²⁶. Dall'applicazione di questa regola – accolta sia dalla dottrina più classica, che dalla dottrina odierna – deriva che l'inesistenza può essere fatta valere con la cosiddetta “*impugnazione per nullità*”¹²⁷. Inoltre, la propensione a ritenere in talune circostanze la decisione arbitrale come radicalmente inefficace ha solide fondamenta nel nostro ordinamento¹²⁸. Né d'altro canto, secondo questo orientamento, potrebbe sostenersi che l'unico caso espressamente previsto di inesistenza della sentenza (sentenza non sottoscritta dal giudice) per il lodo arbitrale è previsto come “*semplice*” caso di nullità. Infatti, è ormai pacifico che la nozione di sentenza inesistente non può essere ricavata dal solo disposto dell'art. 161, II comma, c.p.c., ma deriva dal sistema¹²⁹. La sentenza è inesistente, secondo un'autorevole dottrina, quando viola “*a causa di un vizio proprio o del procedimento da essa concluso, i principi*”

¹²⁶ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 59, infatti l'inesistenza potrebbe essere fatta sempre sia *incidenter tantum* attraverso la c.d. *actio nullitatis*, sia attraverso la c.d. *impugnazione per nullità*. Inoltre, secondo l'A., considerando il lodo come atto di natura processuale, solo qualificandolo come inesistente, esso potrebbe essere radicalmente privo di effetti.

¹²⁷ Infatti, secondo L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, p. 186 anche la parte che ha ottenuto ragione in base ad una pronuncia inesistente ha interesse ad impugnare. Infatti, la suddetta sentenza, pur essendo di segno positivo, per la parte non ha alcuna utilità giuridica perché non è un valido titolo esecutivo, né è idonea al giudicato. Sussiste un interesse anche per la parte formalmente soccombente (che, a prima vista sembrerebbe invece avere un minor interesse al gravame). Infatti, questo soggetto, attraverso il gravame, può rimuovere gli effetti pregiudizievoli che una sentenza, pur inesistente, potrebbe produrre a livello pratico ed in ogni caso può aspirare ad un esito diverso della pronuncia.

¹²⁸ Così E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 61. L'A. rileva che, considerando il lodo un atto di natura processuale, esso può dirsi radicalmente privo di effetti solo se qualificato come inesistente. Ed anche chi, prima della riforma, avesse voluto riconoscere nel lodo un atto di natura negoziale, non avrebbe potuto negare la teoria dell'inesistenza. Perché è assolutamente pacifica la possibilità di riconoscere in un atto di natura privatistica, la radicale inettitudine a produrre effetti giuridici.

¹²⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 64.

fondamentali del “giusto processo” e dall’altro lato l’ordinamento nel suo insieme – comprensivo dei rimedi offerti dal codice di rito, dal diritto costituzionale e da quello internazionale – non predisponga strumenti idonei a porre rimedio alla violazione stessa”¹³⁰.

Se, dunque, la nozione di sentenza inesistente non trova la sua unica fonte nell’art. 161, II comma, c.p.c., la configurazione della non sottoscrizione del lodo, come “*mero*” motivo di impugnazione per nullità, non è un elemento valido per contrastare la tesi dell’inesistenza¹³¹.

Partendo da questo presupposto, la nozione di lodo inesistente deve essere ricercata, a sua volta, nel sistema, ricavandola dalla nozione di sentenza inesistente.

La tesi dell’inesistenza deve, a maggior ragione, essere accolta con riferimento al lodo reso su materie non compromettibili¹³², perché suffragata dagli artt. 817, II comma, secondo periodo e 829, I comma, n. 1 c.p.c. (secondo cui, infatti, nel giudizio arbitrale, non maturano preclusioni in ordine alla possibilità di far valere questo motivo di impugnazione).

¹³⁰ Così C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, p. 158. L’A., per individuare le ipotesi di pronuncia inesistente, propone una classificazione che si basa sui principi fondamentali del processo. Nel primo gruppo di ipotesi (che si fonda sul principio per cui la sentenza deve essere pronunciata da un giudice), rientrano i vizi concernenti l’organo giudicante. Nel secondo gruppo (sulla base del principio stabilito dall’art. 24, comma I Cost.) sono stati inseriti i vizi che incidono sull’idoneità della sentenza a creare certezza sul diritto controverso. Nel terzo gruppo (che trae origine dal principio del diritto di difesa) si trovano i vizi relativi al mancato rispetto del contraddittorio o che incidono sulla motivazione della pronuncia. Nel quarto gruppo abbiamo l’ipotesi della sentenza priva di sottoscrizione.

¹³¹ E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 65.

¹³² In tal senso: E. BELLA, G. BARBIERI, *Il nuovo diritto dell’arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2007, p. 333 e 343.

Questa previsione costituisce un indizio dell'intenzione del legislatore di sottrarre alle parti il potere di estendere l'area dell'arbitrabilità della controversia. Infatti, se alle parti fosse preclusa la possibilità di impugnare il lodo, ove esse non sollevassero l'eccezione nel corso del giudizio, esse potrebbero, (accordandosi per non impugnare il lodo), estendere l'area dell'arbitrabilità¹³³.

L'unica soluzione compatibile con la riserva in capo al legislatore del potere di delimitare l'area della non arbitrabilità, è quella che qualifica il lodo con oggetto inarbitrabile come inesistente.

Ulteriori indicazioni in questo senso derivano dai principi in tema di sentenza inesistente, ed in particolare di inesistenza del provvedimento ineseguibile, come è il lodo reso su materie non compromettibili¹³⁴. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi del lodo arbitrale che disponga la separazione di due coniugi e condanni uno dei due a consegnare i figli minorenni all'altro. Si tratterebbe di un provvedimento ineseguibile ed in quanto tale inesistente. Ed ammettere che un lodo ineseguibile divenga immutabile, anche solo nel suo contenuto di accertamento, per effetto del suo passaggio in giudicato, significherebbe precludere

¹³³ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 68.

¹³⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 69 secondo cui ammettere che un lodo ineseguibile diventi immutabile, anche solo nel contenuto di accertamento, significherebbe precludere per sempre alle parti di ricevere una tutela effettiva davanti al giudice ordinario. Chi ottiene un lodo ineseguibile deve poter riproporre la domanda davanti al giudice di primo grado e deve poter ottenere l'accertamento della radicale inefficacia di quel lodo.

per sempre alle parti la facoltà di ricevere una tutela effettiva davanti al giudice ordinario¹³⁵.

In definitiva, negare l'inesistenza del lodo, significherebbe attribuire alle parti il potere di rendere arbitrabili controversie che per legge non sono tali.

Un diverso orientamento ritiene, invece, che la qualificazione del lodo in termini di nullità e non di inesistenza si ricavi dalla possibilità data alle parti di disporre dei propri diritti, attraverso l'onere di proporre impugnazione entro i termini¹³⁶.

Seguendo il primo dei suddetti orientamenti, che ritengo condivisibile, nell'ipotesi in cui le parti si avvalgano della facoltà di utilizzare il giudizio di impugnazione per nullità per ottenere l'accertamento dell'inesistenza del lodo, non avrà luogo la fase rescissoria davanti alla corte d'appello¹³⁷.

Ciò si ricava dall'art. 830, II comma, c.p.c., che, in seguito alla riforma attuata dal d. lgs. n. 40 del 2006, sancisce che l'impugnazione per nullità del lodo accolta *ex art.* 829, I comma, n. 1, c.p.c., ha un esito meramente rescindente. L'esito rescindente si impone perché, come già chiarito sia dalla dottrina classica che da quella attuale, l'impugnazione che ha ad oggetto un provvedimento inesistente, assume la sostanza dell'azione

¹³⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 69.

¹³⁶ P. L. NELA, *sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1869 *Contra* E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 67 secondo cui il conferimento agli arbitri del potere di decidere una controversia non costituisce un atto dispositivo del diritto, a meno che non si attribuisca agli stessi il potere di decidere secondo equità.

¹³⁷ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 70 questa conclusione discende oggi da quanto dispone l'art. 830, comma 2, c.p.c. secondo cui l'impugnazione del lodo, accolta ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c. ha un esito meramente rescindente.

dichiarativa (il giudice, pronunciandosi in accoglimento dell'impugnazione, dichiara l'inesistenza della decisione impugnata). Trattandosi, dunque, di una pronuncia puramente dichiarativa, anziché ablativa, non può aver luogo la fase rescissoria¹³⁸.

¹³⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 70.

CAPITOLO SECONDO

L'INDIVIDUAZIONE
DEI CASI DI NULLITÀ DEL LODO

Sezione I

Cenni introduttivi

1. La natura dell'impugnazione per nullità

Il legislatore, ispirato dai principi della legge delega¹³⁹, ha riformulato la normativa sull'impugnazione per nullità del lodo rituale.

Volendo schematizzare, la parte che abbia visto rigettate – in tutto o in parte – le proprie ragioni potrà proporre l'impugnazione per nullità (*i*) per tutti gli *errores in procedendo* tipizzati dall'art. 829, I comma, c.p.c., ammessi “*nonostante*

¹³⁹ Nel paragrafo *sub.* 1, nota 3, ho accennato che la legge delega prevedeva due specifiche direttive. In questo paragrafo, ritengo necessario soffermarmi sul loro contenuto. Innanzitutto, secondo il legislatore delegante, doveva essere consentita l'impugnazione del lodo non solo per vizi procedimentali, ma anche per vizi attinenti al merito (ossia per errori di diritto sostanziale e, comunque, per violazione di norme attinenti alla decisione di merito) solo se espressamente previsto dalle parti (salvo diversa previsione di legge e salvo, in ogni caso, il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico). Inoltre, dovevano essere disciplinate le ipotesi di eventuale pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione (che, nella precedente disciplina, era la regola: infatti, l'art. 830, II comma c.p.c. *ante* riforma escludeva una fase rescissoria innanzi alla corte d'appello, soltanto se richiesto espressamente dalle parti). Attraverso quest'ultima direttiva, sembrava, dunque, che, di regola, in caso di accoglimento dell'impugnazione per nullità, il giudizio si concludesse con la sola pronuncia rescindente (cioè con l'eliminazione del lodo). Tuttavia, quest'ultima direttiva non è stata seguita fino in fondo, perché, come si vedrà meglio in seguito, oggi le ipotesi in cui – a seguito dell'annullamento del lodo – la corte d'appello decide anche il merito della controversia sono più numerose rispetto a quelle in cui la stessa si limita ad una pronuncia meramente rescindente. Sul punto, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 370 e segg.

qualunque rinuncia”; (ii) ed altresì – se la legge o l’accordo arbitrale lo prevedono espressamente (art. 829, III comma, c.p.c.) – per gli *errores in iudicando* (cioè per ogni violazione o falsa applicazione delle norme che regolano la decisione di merito); (iii) è sempre ammessa l’impugnazione per violazione delle regole di diritto inerenti al merito della controversia nelle liti di lavoro, ovvero, in relazione alla soluzione accordata alla questione pregiudiziale non compromettibile; (iv) inoltre, è, in ogni caso, consentito impugnare il lodo per contrarietà all’ordine pubblico (art. 829, IV comma, c.p.c.); (v) infine, è prevista l’impugnabilità del lodo in materia di lavoro anche per “*violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi*” (art. 829, V comma, c.p.c.).

Non è necessario che il lodo sia stato depositato e/o reso esecutivo¹⁴⁰; anzi, anche se il giudice avesse negato il decreto di esecutorietà, l’impugnazione sarebbe comunque possibile, perché collegata alla sua “*efficacia di sentenza*” e non a quella esecutiva. Il lodo non depositato, infatti, non ha più solo “*efficacia vincolante tra le parti*” (come stabiliva l’art. 823, ultimo comma, c.p.c.)¹⁴¹, ma piena efficacia di accertamento

¹⁴⁰ Il lodo può essere depositato in ogni momento (non più, dunque, nel breve termine di 5 giorni – come prima del 1983 – o entro un anno – come nella disciplina vigente tra il 1983 ed il 1994). Ai fini della dichiarazione di esecutività, il tribunale dovrà verificare la propria competenza, la legittimazione del depositante, nonché la regolarità formale del lodo. Il deposito si farà se occorre davvero un’esecuzione forzata (o trascrizione) in Italia (così come avviene – *ex artt. 64 e 67 L. n. 218/95* – per la procedura di *exequatur* dei giudicati stranieri); ed in ogni caso, non occorre il deposito per impugnare il lodo avanti la Corte d’appello della sede dell’arbitrato. In questo senso, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 375 e segg.

¹⁴¹ Prima della riforma, erano favorevoli all’equiparazione fra sentenza del giudice togato e lodo arbitrale E. F. RICCI, *L’efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la riforma dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 810 e segg.; ID., *La “natura*

giurisdizionale, come risulta dal nuovo art. 824 *bis*, c.p.c., che accomuna il lodo, sotto il profilo degli effetti, alla sentenza pronunciata dall'autorità giurisdizionale¹⁴².

Tuttavia, per comprendere il significato dell'impugnazione per nullità, occorre soffermarsi brevemente sulla natura giuridica

dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 e segg.; ID., *La never ending story della natura geoziale: ora la cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, p. 211 e segg.; C. CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi e alquanto instabilità della nuova corrente giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Giust. Civ.*, 2005, p. 69 e segg.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 16° ed., Torino, 2004, p. 398 e segg.; R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2887 e segg.; S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito da omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 763 e segg.

¹⁴² L'art. 824 *bis* c.p.c. stabilisce, infatti, che: "salvo quanto disposto dall'art. 825 c.p.c., il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria" (ciò che, peraltro, dovrebbe leggersi in simmetrica contrapposizione con il valore di "determinazione contrattuale" che viene attribuito dal nuovo art. 808 *ter* c.p.c. al lodo irrituale). Secondo C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 376 e segg., non può essere ammessa un'efficacia vincolante del giudicato arbitrale *ultra partes*, posta la matrice privata del giudice arbitrale. Una riprova in tal senso risiede nella nuova disposizione che ammette l'opposizione di terzo. Secondo l'A., il lodo riceve dall'ordinamento un'efficacia immediata, analoga a quella della sentenza, pur promanando da privati. Infatti, la mancata tempestiva rilevazione del vizio (qualora deducibile già durante l'arbitrato), la mancata proposizione dell'impugnazione, ovvero il suo rigetto, provoca un consolidamento del lodo del tutto analogo al passaggio in giudicato delle sentenze. Sicché, il lodo, anche se non seguito da omologa non può più essere contestato in giudizio dalle parti. Inoltre, come specificato dall'A., per quanto tale effetto vincolante non investa i terzi, non può chiamarsi altrimenti che efficacia di accertamento giudiziale e così cosa giudicata sostanziale. Né ciò lede gli artt. 25, 101 e 102 Cost. Secondo l'A., siamo di fronte alla forma più radicale di giurisdizione non togata, avanti ad organi che sebbene privati potranno deferire alla Consulta le questioni di costituzionalità delle norme di legge che diversamente dovrebbero applicare, come per altro stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 376 del 2001. Critico, invece, nei confronti della tesi che equipara ad ogni effetto l'efficacia del lodo a quella della sentenza è C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 230 e segg. L'A. nega, infatti, che si possa riconoscere al lodo, quando non più impugnabile per nullità, l'autorità di giudicato materiale, attribuita dall'art. 2909 c.c. alla sentenza pronunciata dal giudice dello Stato che non sia più assoggettabile alle impugnazioni ordinarie. Ciò in quanto gli arbitri, a differenza del giudice dello Stato, derivano il loro potere direttamente e soltanto dalle parti e svolgono un ufficio di diritto privato nell'esclusivo interesse di queste. Essi, sono dunque condizionati nell'esercizio della loro *potestas iudicandi* dagli stessi limiti che incontrano le parti nelle manifestazioni dell'autonomia privata, ossia il limite della disponibilità dei diritti e del rispetto delle norme inderogabili di ordine pubblico. Sicché, secondo l'A., ammettere che il lodo arbitrale possa produrre un accertamento incontrovertibile al pari di una sentenza passata in giudicato, significherebbe consentire che, tramite l'arbitrato, si consolidino degli effetti cui non si può pervenire con nessun altro atto privato e che il nostro ordinamento non è disposto a riconoscere neppure alla sentenza pronunciata dall'autorità straniera.

di questa impugnazione. Sul punto, sono emersi due orientamenti: il primo ritiene che si tratti di un giudizio in unico grado; il secondo ritiene che si tratti di un'impugnazione in senso stretto.

Il primo orientamento afferma che la differenza sostanziale rispetto all'appello, risiede, soprattutto, nella mancanza di un giudizio di primo grado davanti ad un giudice ordinario¹⁴³. Da ciò si è desunto che il procedimento arbitrale, è, oggi, disciplinato dal codice come un procedimento di primo ed unico grado, piuttosto che come un procedimento di unico grado cui segua l'appello¹⁴⁴. Quest'ultima interpretazione poteva condividersi alla luce del precedente art. 828 c.p.c., che attribuiva la competenza dell'impugnazione per nullità al giudice che sarebbe stato competente se la controversia fosse stata azionata in via ordinaria, anziché tramite arbitrato (quindi, il pretore rispetto al conciliatore, il tribunale rispetto al pretore, la corte d'appello rispetto al tribunale)¹⁴⁵. Dunque, seguendo questo orientamento, la Corte non è il giudice superiore rispetto a quello inferiore, ma svolge un ruolo diverso. La Corte è, infatti, il giudice tipico delle delibazioni, quello che dà ingresso nel nostro ordinamento a decisioni (giudiziarie o arbitrali), provenienti da altri

¹⁴³ Così S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 216 e segg.

¹⁴⁴ Si veda S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 216 e segg. Nello stesso senso F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, cit., p. 207 e segg. Secondo l'A., infatti, interpretare l'impugnazione per nullità come un giudizio di secondo grado, devolutivo e sostitutivo, significa porsi in contrasto con la funzione stessa dell'arbitrato: l'impugnazione per nullità è quindi un rimedio volto tendenzialmente a sindacare la regolarità e non anche il merito del giudizio arbitrale e questo per la ragione che, se si vuol rispettare l'autonomia della giustizia privata, il giudizio di merito deve provenire dagli arbitri e non dal giudice.

¹⁴⁵ In questo senso, S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 216 e segg.

ordinamenti; sicché, sottoporre al suo giudizio l'impugnazione del lodo arbitrale nazionale, significa riservare allo Stato un potere di controllo e annullamento in sede giurisdizionale¹⁴⁶.

Il secondo orientamento attribuisce all'impugnazione per nullità la qualifica di impugnazione in senso stretto.

In particolare, secondo questa dottrina, si tratterebbe di un'impugnazione *sui generis*, non equiparabile alle impugnazioni delle sentenze¹⁴⁷. Infatti, a differenza dell'appello, che ha effetto sostitutivo, l'impugnazione per nullità è a critica vincolata e distingue tra giudizio rescindente e rescissorio¹⁴⁸. Inoltre, il lodo ha oggi assunto una ben diversa configurazione. Infatti, se prima l'impugnazione per nullità poteva ritenersi un procedimento in primo ed unico grado (perché ricollegato ad una sorta di "opposizione" all'*exequatur* pretorile), oggi il totale sganciamento dall'*exequatur*, fa sì che l'impugnazione per nullità si rivolga direttamente al lodo arbitrale (e non più agli effetti che soltanto l'*exequatur* poteva conferire).

Ritengo non condivisibile il primo degli orientamenti sopra citati. A mio avviso, infatti, non può essere accolta la tesi secondo cui l'impugnazione per nullità è un'azione di primo grado (come l'azione di nullità di un contratto), poiché il lodo –

¹⁴⁶ Quasi come se lo Stato delibasse il lodo. Così S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 216 e segg.

¹⁴⁷ Così, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 828 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 686 e segg.

¹⁴⁸ Né, d'altro canto, può più sostenersi – come si faceva prima della riforma del 1994 – un'assimilazione all'appello sulla base della competenza del giudice superiore rispetto a quello che sarebbe stato competente per il merito in difetto di accordo compromissorio (infatti, oggi, la competenza è senz'altro attribuita alla corte d'appello). In questo senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 828 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 687 e segg.

anche senza l'omologazione giudiziaria – non è un atto privato soggetto ad un controllo giudiziale, ma è un vero e proprio provvedimento giurisdizionale, impugnabile nell'ambito di un unitario rapporto processuale (che deve ritenersi già iniziato con la domanda proposta davanti agli arbitri e che progredisce di grado in grado e rimane in vita fino al passaggio in giudicato della decisione del giudice statale resa sull'impugnazione di nullità)¹⁴⁹. Sicché, questa impugnazione si configura, piuttosto, come un'impugnazione di secondo grado, per certi versi analoga all'appello e, per altri, al ricorso per cassazione¹⁵⁰.

Bisogna tener presente che questa impugnazione, a differenza dell'appello, è ammessa solo per motivi specifici e che il riesame della controversia da parte della corte d'appello è solo eventuale, presupponendo, dopo le riforme del 1994 e del 2006, la mancanza di una volontà contraria di tutte le parti¹⁵¹.

E' pur vero che la differenza con l'appello è data soprattutto dalla mancanza di un giudizio di primo grado¹⁵². Ciò non impedisce, tuttavia, di qualificare l'impugnazione per nullità – al pari di quella per revocazione e per opposizione di terzo – come impugnazione processuale, con conseguente applicabilità,

¹⁴⁹ In questo senso, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 382 e segg. Come sottolineato dall'A., infatti, la riforma del 1994, confermata dalla più recente novella del 2006, abolendo l'esigenza di esplicita ricezione del lodo da parte dello Stato, dimostra come il provvedimento di *exequatur* non sia più avvertito come garanzia necessaria, né per l'efficacia di accertamento, né per poter radicare il giudizio di gravame. Ecco perché questa impugnazione per nullità è un'impugnazione ordinaria di questo peculiare tipo di sentenza e non un'azione in unico grado.

¹⁵⁰ Così, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 382 e segg.

¹⁵¹ Se non addirittura, nel caso in cui una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato, una concorde manifestazione di volontà delle parti in tal senso.

¹⁵² Così C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 242 e segg.

laddove non incompatibili, delle norme sulle impugnazioni delle sentenze¹⁵³.

Così, a titolo esemplificativo, anche per il lodo valgono i principi sulla conversione dei vizi in motivi di impugnazione *ex art. 161, I comma, c.p.c.*, sul presupposto che la parte interessata a dedurli non vi abbia dato causa, o non vi abbia rinunciato, ovvero li abbia tempestivamente eccepiti nel procedimento arbitrale; allo stesso modo, dovranno applicarsi le norme sull'acquiescenza, sulle impugnazioni incidentali, sul litisconsorzio, sull'intervento¹⁵⁴. Tra le disposizioni senz'altro inapplicabili vi sono, invece, gli artt. 340 e 361 c.p.c. (che disciplinano, rispettivamente, la riserva facoltativa di appello e di ricorso per cassazione avverso le sentenze non definitive). E ciò, sia perché queste disposizioni hanno carattere eccezionale e non sono, quindi, applicabili ai mezzi di impugnazione diversi dall'appello e dal ricorso per cassazione; sia perché il regime di impugnazione dei lodi non definitivi è compiutamente dettato dall'art. 827 c.p.c., con la previsione dell'impugnabilità – necessariamente – immediata dei lodi parziali di merito e la

¹⁵³ In questo senso, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 230 e segg. Nello stesso senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 828 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 688 e segg. secondo cui la qualifica di “impugnazione” comporta l'applicabilità della disciplina sulle impugnazioni in generale (artt. 323, 338 c.p.c.) salvo il giudizio di compatibilità con la disciplina speciale dell'impugnazione per nullità. *Contra* S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, p. 84 e segg. L'A., che nega possa essere attribuita un'efficacia di sentenza al lodo, ritiene inapplicabile all'impugnazione per nullità la disciplina sulle impugnazioni, perché questa disciplina si spiega solo avendo presente l'incidenza dell'impugnazione sulla formazione del giudicato (o, nel caso delle impugnazioni straordinarie, sul giudicato già formatosi).

¹⁵⁴ Così C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 244 e segg. e, nello stesso senso C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 378.

previsione dell'impugnabilità – necessariamente – differita dei lodi non definitivi¹⁵⁵.

2. *La nuova disciplina dell'impugnazione per nullità del lodo.*

L'impugnazione per nullità deve essere proposta nel termine di 90 giorni, decorrenti dalla notificazione del lodo.

Il giudice competente a conoscere dell'impugnazione per nullità è la corte d'appello, nel cui distretto si trova la sede dell'arbitrato. L'assetto attuale evita, ormai, le distinzioni della precedente disciplina¹⁵⁶, poiché ogni impugnazione fa capo sempre alla competenza funzionale della corte d'appello. Decorso il termine di un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione del lodo, l'impugnazione per nullità non è più proponibile.

La norma, pur non essendo stata oggetto di profonde modifiche, ha rappresentato l'occasione per chiarire alcuni

¹⁵⁵ In proposito, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 244 e segg. Al contrario, secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 828 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 690 deve essere esclusa in generale l'applicazione delle disposizioni sull'appello. L'A. ammette, però, un temperamento, che può derivare dalla regola generale secondo cui, in assenza di diversa soluzione, si deve fare riferimento alla procedura che si applica davanti al giudice competente, che, nella specie, è la corte d'appello. E, sulla base di questo principio ritiene che occorra considerare caso per caso le norme di rito applicabili davanti al giudice competente.

¹⁵⁶ Che, come detto *supra*, prevedeva che l'impugnazione in esame andasse inoltrata ad un giudice che sarebbe stato quello dell'appello, qualora la controversia fosse stata decisa dal giudice statale di primo grado. Così fino al 1994, di fronte ad una causa che sarebbe stata di competenza del pretore, l'impugnativa per nullità del lodo si proponeva alla corte d'appello.

aspetti della disciplina dell'impugnazione per nullità del lodo che erano rimasti incerti nel vigore della precedente normativa.

Nel primo comma è stata cambiata la precedente denominazione “*circostrizione*” con la più corretta nozione “*distretto*”: una modifica necessaria perché più aderente alla realtà giuridica, ove correntemente si parla di distretto e non di circostrizione di corte d'appello¹⁵⁷.

Per il resto (ma, soprattutto, con riferimento al tema dell'individuazione del giudice competente), meritano di essere ritenuti ancora validi gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati nel vigore della precedente disciplina.

Sotto il vigore della disciplina delineata dalla legge n. 28/1983, al fine di individuare l'organo competente si richiamavano le norme in tema di competenza per materia e per valore. Di conseguenza, la competenza per l'impugnazione del lodo spettava al giudice che sarebbe stato competente a decidere il merito della causa. La competenza territoriale era invece riservata, in ogni caso, al giudice del luogo in cui la sentenza arbitrale era stata depositata¹⁵⁸.

Con la riforma attuata dalla legge n. 25 del 5 gennaio 1994 (che precisava che la competenza per l'impugnazione del lodo era riservata alla corte d'appello nella cui circostrizione è la sede dell'arbitrato) si poneva l'ulteriore problema di individuare la

¹⁵⁷ Come fa notare P. L. NELA, *sub* art. 828 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1862 e segg.

¹⁵⁸ Secondo C. PUNZI, *Arbitrato rituale ed irrituale*, in *Enc. Giuridica Treccani*, II, Roma, p. 28 si trattava di una competenza inderogabile.

composizione dell'organo giudicante¹⁵⁹. Era prevalso un indirizzo che riteneva che il giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale dovesse includersi nel novero dei procedimenti di primo ed unico grado che si svolgono innanzi alla corte d'appello con conseguente applicazione delle norme sul procedimento di cognizione ordinaria dinnanzi al tribunale in composizione collegiale, con l'operare del ben noto sdoppiamento tra la fase istruttoria e decisoria¹⁶⁰.

Per quanto riguarda il termine per proporre l'impugnazione per nullità, l'art. 828, II comma, c.p.c. prevede il termine di un anno decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione.

In origine, il codice di rito prevedeva un termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo dichiarato esecutivo, oltre ad un contestuale termine di decadenza di un anno decorrente dalla data del decreto pretorile di esecutività del lodo. Successivamente, con la riforma del 1994, il cosiddetto termine breve è stato ampliato a novanta giorni decorrenti dalla notificazione del lodo¹⁶¹ e si è previsto anche un termine annuale, decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione.

L'art. 828, II comma, c.p.c., a seguito del d. lgs. n. 40/2006, è rimasto invariato ed i termini per la proposizione

¹⁵⁹ Come infatti precisato da M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Milano, 2007, p. 1008 e segg. il problema si presentava perché la norma si limitava a denunciare la competenza in capo alla corte d'appello, senza però precisare in quale composizione

¹⁶⁰ M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1009.

¹⁶¹ Tale termine, come ricordato da M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1010 secondo un orientamento sia della dottrina che della giurisprudenza era considerato perentorio e la sua inosservanza determinava l'inammissibilità dell'impugnazione rilevabile d'ufficio.

dell'impugnazione sono, dunque, gli stessi di quelli previgenti: quello breve di novanta giorni, che decorre dalla notificazione del lodo ed il termine lungo di un anno calcolato dalla data dell'ultima sottoscrizione¹⁶².

Prima della riforma era emersa una difficoltà applicativa in tema di notificazione.

Secondo la disciplina dell'arbitrato, risultante dalla l. n. 28/1983, l'impugnazione doveva essere proposta con atto di citazione, nel quale doveva essere contenuta, a pena di inammissibilità, l'indicazione del motivo di nullità denunciato. L'atto di citazione per impugnazione per nullità del lodo, doveva, quindi, essere notificato secondo le regole fissate negli artt. 137 c.p.c. e segg. e la notificazione doveva essere effettuata alla parte personalmente¹⁶³.

A seguito della riforma del 1994, una parte della dottrina sosteneva che, poiché nell'arbitrato non esisteva una vera e propria difesa tecnica, il lodo notificato al difensore non avesse validità ai fini della proposizione dell'impugnazione ed, anzi, tale notifica fosse inesistente¹⁶⁴.

Secondo altra parte della dottrina, l'eventuale notificazione del lodo e dell'atto introduttivo dell'impugnazione compiute

¹⁶² Si segnala, in proposito, che il suddetto termine per il giudizio arbitrale è rimasto invariato, mentre per quanto riguarda il giudizio ordinario davanti al giudice togato, ai sensi dell'art. 58, I comma, l. 18 giugno 2009 n. 69, il termine c.d. lungo è stato dimezzato ed è, oggi, di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza.

¹⁶³ Anche nel caso in cui la parte avesse eletto domicilio per il giudizio arbitrale presso il difensore costituito. In questo senso, M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1010.

¹⁶⁴ In questo senso G. BALENA, *Contrasti ed incertezze circa la notifica dell'impugnazione per nullità del lodo*, in *Foro It.*, 2002, I, p. 448. Ciò in quanto, secondo tale lettura, il rapporto tra la parte ed il proprio eventuale difensore era concepito sul piano meramente contrattuale alla stregua dello schema del mandato con rappresentanza.

presso il difensore previamente costituito non erano inesistenti, ma solo nulle. Tale tesi trovava ulteriore sostegno nell'ipotesi in cui la parte avesse espressamente eletto domicilio presso il difensore nel compromesso o nella clausola compromissoria¹⁶⁵.

La questione è stata risolta dalla riforma n. 40 del 2006, che, con il nuovo art. 816 *bis* c.p.c., statuisce che le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori.

Sulla base di questa nuova disposizione, al difensore è stata riconosciuta la qualità di destinatario della comunicazione del lodo, della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione¹⁶⁶.

Un'ulteriore modifica apportata dal d. lgs. n. 40/2006, attiene all'individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione delle sole parti corrette del lodo¹⁶⁷. La modifica dell'art. 828, III

¹⁶⁵ Secondo questa teoria, infatti, se è vero che gli obblighi del difensore nell'arbitrato sono riconducibili alla disciplina del mandato, è altrettanto vero che vi sono obblighi che non si esauriscono e non si estinguono automaticamente con la conclusione della procedura arbitrale. Ne deriva che, se da un lato, l'impugnazione del lodo è una fase estranea al procedimento arbitrale, non si può dall'altro lato, escludere che vi sia un raccordo tra le due fasi. Sul punto, L.P. COMOGLIO, *Rappresentanza processuale e difesa tecnica nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 208. *Contra* G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 162 e segg., secondo cui la notificazione al mandatario-difensore si poteva comunque ritenere valida sia sulla base delle norme in tema di elezione di domicilio (art. 47 c.c., che la ritiene valida sino alla conclusione dell'affare), sia su quelle del mandato (che, ai sensi dell'art. 1722, n. 1, c.c. si estingue soltanto con il compimento dell'affare per il quale è stato conferito), sia, infine, ritenendo applicabili analogicamente gli artt. 330 e 141 c.p.c.

¹⁶⁶ Ritengo condivisibile la tesi di M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1012 secondo cui nell'attuale testo dell'art. 828 c.p.c. è possibile scegliere se eseguire la notificazione alla parte personalmente o al suo difensore, ed entrambe le notifiche sono da ritenersi pienamente valide.

¹⁶⁷ Per un'analisi dettagliata della questione si veda M. GIORGETTI, *sub art. 828 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO - B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1013 e segg. Nella formulazione previgente, il lodo poteva essere impugnato, relativamente alle parti corrette, "a decorrere dalla notificazione della pronuncia di correzione". Questa formulazione aveva indotto la dottrina a ritenere che fosse necessario distinguere tra la correzione del lodo, eseguita dagli arbitri e la correzione del lodo

comma, c.p.c. consente, infatti, di uniformare la decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle parti corrette del lodo senza che sia necessario distinguere a seconda del soggetto che ha operato la correzione. L'unica diversità è relativa al soggetto che risulta onerato ad eseguire la notificazione del lodo corretto: se la correzione è operata dagli arbitri, la notificazione è un loro preciso compito; se la correzione è stata apportata dal giudice, spetta al cancelliere¹⁶⁸.

Per contro, il *dies a quo* del termine lungo per proporre l'impugnazione delle parti corrette del lodo continua a decorrere da due momenti distinti: se la correzione è stata effettuata dal giudice, il termine decorre dalla pubblicazione dell'ordinanza giudiziale di correzione; se è stata apportata dagli arbitri, il termine decorrerà dall'ultima sottoscrizione dell'atto arbitrale. Con riferimento, pertanto, al *dies a quo* del termine annuale per l'impugnazione delle parti corrette del lodo, la riforma attuata con il d. lgs. 40/2006 non ha modificato la situazione previgente.

effettuata dal giudice. Il *dies a quo* del termine per l'impugnazione dell'atto di correzione decorreva dalla notificazione della pronuncia di correzione, con riferimento sia alle correzioni giudiziali, sia a quelle operate dagli arbitri. Con riguardo al termine lungo, se si trattava di correzione effettuata dal giudice, il termine annuale decorreva dalla pubblicazione dell'ordinanza giusta il disposto dell'art. 826, III comma, c.p.c.; se si trattava di correzione resa dagli arbitri il *dies a quo* decorreva dall'ultima sottoscrizione. La modifica introdotta dal legislatore che fa riferimento alla comunicazione dell'atto di correzione priva di attualità le suddette considerazioni. Il *dies a quo* del termine breve per l'impugnazione delle parti corrette del lodo, ad opera degli arbitri, decorre dalla comunicazione dell'atto di correzione di cui gli arbitri risultano onerati ai sensi dell'art. 826, II comma, c.p.c. Al contrario, se si tratta di parti corrette ad opera del giudice, il *dies a quo* del termine breve per impugnare le parti corrette del lodo decorre dalla notificazione dell'atto di correzione eseguito a cura del cancelliere, a norma dell'art. 826, IV comma, c.p.c. che richiama l'art. 288, il quale è a sua volta interpretato dall'art. 121 disp. att.

¹⁶⁸ In tal modo, il termine breve non decorre da un atto che spetta alla parte ed entrambe le fattispecie godono di un'identità di trattamento.

Sezione II

L'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.

1. L'inesistenza della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.

In questa sezione ed in quelle successive, mi soffermerò sull'individuazione dei motivi di nullità del lodo.

Si tratta di un tema piuttosto delicato perché nel dettare la relativa disciplina, il legislatore sembra essersi misurato con due diverse esigenze. Da un lato, l'esigenza di limitare l'impugnabilità della pronuncia degli arbitri (che nasce da ragioni di speditezza e di effettività della decisione arbitrale e che potrebbe essere vanificata da “un'interferenza” da parte del giudice dello Stato)¹⁶⁹. Dall'altro lato, l'esigenza di equiparare gli effetti del lodo a quelli della sentenza¹⁷⁰.

Ponendo attenzione alle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 40/2006 all'art. 829 c.p.c. è agevole constatare come il legislatore

¹⁶⁹ Accogliendo una simile impostazione, dunque, l'area delle censure deducibili contro il lodo dovrebbe essere individuata dal legislatore nel modo più restrittivo possibile.

¹⁷⁰ In questo senso, S. BOCCAGNA, *sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1016 e segg. secondo cui tale equiparazione impone di assicurare altresì nel giudizio arbitrale il rispetto delle garanzie, anche impugnatorie del “giusto processo”; nel senso della piena equiparazione degli effetti tra lodo e sentenza si vedano, *ex multis*, E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., p. 953 e segg.; F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it, § 1. In senso più restrittivo, si vedano C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, cit., p. 963 e segg.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 2007, p. 430 e segg.; G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., p. 722.

abbia dato ampio spazio all'esigenza di limitare l'impugnabilità del lodo davanti al giudice dello Stato. Ciò si evince, soprattutto dall'introduzione, nel secondo comma, di una clausola generale di sanatoria delle nullità e dall'inversione della regola, accolta in precedenza, con riguardo all'impugnazione per violazione di regole sostanziali, oggi ammessa solo se disposta dalle parti o dalla legge¹⁷¹.

Non sembra, invece, che sia stato dato alcun rilievo all'esigenza di una coincidenza dell'area dei motivi di impugnazione con quelli del ricorso per cassazione di cui all'art. 360 c.p.c. Invero, l'elenco dei "*casi di nullità*" risulta ancora oggi sensibilmente diverso da quello contenuto in quest'ultima disposizione.

Con specifico riferimento alle modifiche apportate al nuovo art. 829 c.p.c., occorre sottolineare che il d. lgs. n. 40/2006 ha provveduto ad una razionalizzazione dei vizi già esistenti, senza introdurre nuovi casi di nullità del lodo. Infatti, dei nove numeri di cui si componeva la precedente versione della norma, sono rimasti immutati i nn. 2, 3, 6 e 9; mentre sono stati modificati i nn. 1, 4, 5, 7 e 8; sono infine stati aggiunti tre nuovi numeri: 10, 11 e 12, risultanti dallo smembramento del vecchio numero 4.

Il nuovo n. 1 prevede la nullità del lodo per invalidità della convenzione di arbitrato.

¹⁷¹ Così S. BOCCAGNA, *sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1020 e segg.

Sebbene la disposizione in oggetto faccia riferimento alla sola invalidità, il fatto che l'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c., detti per l'invalidità, l'inesistenza e l'inefficacia un'identica disciplina, pone un quesito: se l'invalidità di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c. comprenda o meno l'inesistenza e l'inefficacia.

E', infatti, a tutti noto che l'invalidità sia una nozione distinta da quella dell'inesistenza e dell'inefficacia; ciò non toglie, tuttavia, che l'inesistenza e l'inefficacia dell'accordo di arbitrato costituiscano un motivo di impugnazione del lodo¹⁷².

Dunque, in via preliminare, occorre comprendere a quali condizioni il lodo meriti di essere annullato; e, in caso di risposta affermativa, occorre identificare il vizio da cui il lodo è affetto.

Per quanto concerne il primo quesito, dall'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c. si ricava che l'inesistenza della convenzione costituisce motivo di impugnazione del lodo se le parti eccepiscono tale vizio nel corso del giudizio arbitrale. Da ciò deriva che, se la convenzione manca del tutto o è affetta da vizi insanabili, essa si forma, in ogni caso, per fatti concludenti (sempre che il vizio non sia eccepito tempestivamente)¹⁷³.

Prima della riforma, su questo problema, si era formato un dibattito. Da una parte, c'era chi sosteneva che l'esistenza della

¹⁷² Per un esame dettagliato della questione, si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 76 e segg.

¹⁷³ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 76 e segg., secondo cui nel corso del giudizio arbitrale: si ha una "formazione endoprocedurale della nuova convenzione". Secondo l'A., la stipulazione di una convenzione di arbitrato costituisce oggi, un presupposto eventuale del giudizio davanti agli arbitri, giacché le parti potrebbero decidere di accettare lo svolgimento di quel giudizio, pur non avendo mai stipulato un accordo scritto.

convenzione fosse un presupposto imprescindibile della validità del lodo¹⁷⁴. Dall'altra, si era formato un orientamento che attribuiva al comportamento concludente delle parti efficacia sanante dell'inesistenza della convenzione e, dunque, del lodo¹⁷⁵.

Oggi, in seguito alla riforma del 2006, è evidente che il legislatore abbia optato per questa seconda tesi, prevedendo la validità del lodo reso in assenza di una convenzione di arbitrato, allorché le parti non abbiano eccepito tale vizio nel corso del giudizio arbitrale¹⁷⁶.

Per quanto concerne il secondo quesito (la qualificazione del vizio del lodo reso sulla base di una convenzione inesistente), ritengo di condividere quell'orientamento secondo cui il lodo non è inesistente, ma nullo (e, come tale, deve essere impugnato *ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.*), in virtù del principio dell'assorbimento dei vizi in motivi di gravame¹⁷⁷.

Esiste, tuttavia, un'eccezione a questa regola generale: si tratta dell'ipotesi in cui la parte sostanziale del rapporto controverso non partecipi al giudizio arbitrale. In questo caso,

¹⁷⁴ L'orientamento maggioritario, in proposito, riteneva che questa ipotesi dovesse essere ricondotta nell'ambito della nullità di cui all'art. 829, I comma, c.p.c. In questo senso, si vedano A. BRIGUGLIO, *Specifiche approvazione scritta della clausola arbitrale per relationem; manifestazione della volontà compromissoria, verifica della "internazionalità" in Cassazione*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 460; V. FERRO, *Il compromesso*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, Milano, 2000, p. 593 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 604.

¹⁷⁵ M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, cit., p. 536; D. AMEDEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 309; A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 93.

¹⁷⁶ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 79 e segg.

¹⁷⁷ Si è espressa in questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 81 e segg.

infatti, la preclusione sancita dall'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c. non può operare perché la parte, oltre a non aver stipulato alcun accordo di arbitrato, è rimasta estranea sia alla fase di nomina degli arbitri, sia al successivo procedimento.

Non ricadendo, dunque, tale ipotesi nel campo di applicazione dell'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c., il lodo merita di essere qualificato come inesistente, perché esso è reso da arbitri radicalmente privi di potere, quanto meno rispetto ad una delle parti del rapporto litigioso¹⁷⁸.

Inoltre, un'ulteriore indicazione in questo senso proviene dai principi in tema di sentenza inesistente, secondo cui il predicato dell'inesistenza va attribuito alle sentenze rese da chi è radicalmente privo di potere giurisdizionale. Così, per la sentenza, questa circostanza si verifica quando essa è pronunciata *a non iudice*, vale a dire da un soggetto non appartenente all'ordine giudiziario¹⁷⁹.

Questa figura, in materia di arbitrato, può trovare un più ampio campo di applicazione: a differenza del giudice, l'arbitro deriva, infatti, il proprio potere di decidere direttamente dalle

¹⁷⁸ Come ricorda, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 81 e segg., infatti, lo scopo della preclusione sancita nell'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c. è quello di impedire alle parti di riservarsi la possibilità di "rinnegare", nel giudizio di impugnazione, la scelta per la soluzione arbitrale della controversia, una volta che abbiano preso parte attivamente al giudizio arbitrale. E' chiaro che questa strategia non può essere ravvisata in chi non prenda parte al giudizio arbitrale, perché non ha optato per la soluzione arbitrale della controversia, non avendo stipulato alcun accordo di arbitrato.

¹⁷⁹ Si veda, in proposito, C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 158 e segg. L'A. colloca il vizio della sentenza pronunciata *a non iudice* tra i vizi determinati dal mancato rispetto di un diritto fondamentale. In questo gruppo vanno, quindi, collocati tutti i vizi concernenti l'organo giudicante "dal caso della decisione del privato a quello del giudice privo di giurisdizione nella fattispecie concreta a quello del giudice irregolarmente costituito".

parti e, ogni qual volta gli atti posti in essere da queste ultime per attribuire quel potere siano viziati – e non sanati – il privato non diviene arbitro ed è radicalmente privo di *potestas iudicandi*.

In conclusione, dunque, la parte che non abbia stipulato un accordo di arbitrato, ha di fronte a sé tre possibilità.

Se decide di partecipare al giudizio arbitrale e non eccepisce l'inesistenza della convenzione di arbitrato, non può impugnare il lodo facendo valere l'inesistenza della convenzione di arbitrato, che si forma per fatti concludenti.

Se sceglie di partecipare al giudizio nominando l'arbitro ed eccepisce l'inesistenza dell'accordo di arbitrato, ha poi l'onere di proporre l'impugnazione del lodo (dimostrando che la convenzione non si è conclusa per fatti concludenti).

Se, invece, non prende parte al giudizio arbitrale, essa potrà far vale l'inesistenza del lodo in tutte le sedi in cui l'inesistenza di un provvedimento può essere dichiarata¹⁸⁰.

2. La nullità della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.

Come risaputo, non vi è concordia sulla natura giuridica della convenzione. Tuttavia, con riferimento al regime applicabile all'accordo di arbitrato, la dottrina maggioritaria

¹⁸⁰ Così E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 84 e segg.,

ritiene che debba essere applicato quello del contratto in genere e che, in tale prospettiva, il contratto di arbitrato, come ogni altro contratto, per essere valido ed efficace, deve avere gli elementi essenziali del contratto *ex art. 1325*¹⁸¹.

Poiché in questa sede non è possibile analizzare tutte le possibili cause di nullità dell'accordo arbitrale, mi limiterò ad un cenno alle novità introdotte dal d. lgs. n. 40 del 2006.

Per quanto riguarda la forma dell'accordo di arbitrato, che a norma degli artt. 807 e 808 c.p.c., deve essere scritta, essa può oggi dirsi rispettata anche se la volontà delle parti è espressa con “*telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico*”. Da queste norme si deduce, dunque, che la convenzione può dirsi stipulata in forma scritta anche se è contenuta in più documenti scritti¹⁸².

¹⁸¹ In questo senso C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 17; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 171 e p. 186; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, cit., p. 178; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 52.

Solo ove il giudizio arbitrale non sia iniziato – ed in assenza di uno degli elementi essenziali del contratto (vale a dire, l'accordo, l'oggetto e la forma se prescritta dalla legge a pena di nullità) – si può peraltro parlare di nullità in senso sostanziale dell'accordo. Sicché se, prima dell'inizio del giudizio arbitrale, dovesse essere proposto davanti al giudice togato un giudizio di accertamento della invalidità della convenzione di arbitrato, la nullità della convenzione seguirebbe il regime della nullità del diritto sostanziale. Viceversa, una volta iniziato il giudizio arbitrale, tutte le cause di nullità della convenzione perdono il carattere assoluto, posto che la mancata eccezione di parte nel corso del giudizio arbitrale, comporta l'inammissibilità dell'impugnazione. In proposito, si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 86.

¹⁸² Sempre a proposito della forma, resta in vigore la regola, come si è anticipato, secondo la quale, se la convenzione di arbitrato è contenuta in condizioni generali di contratto predisposte da un contraente o inserite in un contratto sottoscritto mediante moduli o formulari, è necessaria l'espressa sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341, II comma, c.c. Prima del d. lgs. n. 40 del 2006, l'omessa specifica approvazione per iscritto della clausola compromissoria era da alcuni considerata causa di nullità assoluta della stessa clausola. Mentre altri riconducevano la fattispecie in esame all'ipotesi dell'inefficacia, onde evitare la paradossale conseguenza di un lodo impugnato da chi ha predisposto la clausola arbitrale. Oggi, la necessità di un esatto inquadramento della fattispecie è venuta meno grazie all'allineamento della disciplina della clausola nulla ed inefficace in sede di impugnazione del lodo ed in virtù di quanto dispone l'art. 829, II comma, c.p.c. che

Viene talora considerato un problema di forma quello sollevato dalla convenzione di arbitrato, che non sia contenuta nel contratto stipulato dalle parti e da esse sottoscritta, ma si trovi in un diverso documento al quale le parti fanno rinvio.

Non sorge alcun problema di validità se il documento, cui le parti fanno rinvio e che contiene la convenzione di arbitrato, provenga dalle stesse parti e sia da esse sottoscritto¹⁸³.

Si discute, invece, della validità della convenzione, se essa è contenuta in un documento predisposto da terzi, che non è sottoscritto dalle parti, al quale il contratto faccia rinvio. Secondo alcuni¹⁸⁴ la validità della convenzione stipulata *per relationem* deve essere sempre esclusa. Secondo altri¹⁸⁵ può essere ammessa, purché le parti chiariscano in modo inequivocabile che il rinvio comprende anche la clausola arbitrale contenuta nel documento¹⁸⁶.

impedisce l'impugnazione del lodo alla parte che abbia cagionato la nullità. Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 89.

¹⁸³ In tal senso: F. CARPI - E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 807 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 103; F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 226; C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 53; G. BARBIERI, in G. BARBIERI - E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, cit., p. 87.

¹⁸⁴ A. MONDINI, *Validità della clausola arbitrale per relationem ai sensi dell'art. 2 della Convenzione del 1958*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 718 e segg.

¹⁸⁵ F. CARPI - E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 807 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 103; P. L. NELA, *sub art. 808*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1619.

¹⁸⁶ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 90 e segg., le diverse opinioni sul problema della validità della convenzione di arbitrato risentono della circostanza che la validità della stessa può essere messa in discussione da un duplice punto di vista. Infatti, secondo l'A., la validità può essere messa in discussione dal punto di vista della sussistenza dell'accordo (ovvero la consapevole scelta di affidare la decisione della controversia ad arbitri), oppure di essa si può dubitare dal punto di vista del rispetto dei requisiti di forma, nel senso che, poiché il contenuto minimo di un contratto deve rivestire la forma prevista dalla legge e quel contenuto minimo nella convenzione di arbitrato è rappresentato dalla manifestazione della volontà di deferire ad arbitri le controversie relative ad un rapporto giuridico, la convenzione è nulla se è contenuta in documenti predisposti da terzi e non sottoscritti dalle parti. Come sottolineato

Resta, poi, confermato il principio, secondo il quale il patto compromissorio è nullo ove esso nasca da arbitrato obbligatorio. In proposito, devono essere formulate due precisazioni.

In primo luogo, il lodo non può essere annullato *ex art.* 829, I comma, n. 1, c.p.c. se risulta che le parti abbiano liberamente scelto l'arbitrato, nella consapevolezza di avere, in alternativa, la possibilità di adire il giudice togato¹⁸⁷.

In secondo luogo, ove esistano ancora leggi che prevedano arbitrati obbligatori e gli arbitri omettano di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità e pronuncino il lodo, quest'ultimo non potrebbe essere annullato *ex art.* 829, I comma, n. 1, c.p.c., perché la clausola, finché quelle leggi non sono dichiarate incostituzionali, è valida¹⁸⁸.

La nullità della clausola arbitrale può, poi, discendere da vizi concernenti il suo oggetto ed, in particolare, dalla mancata determinazione delle controversie oggetto della convenzione¹⁸⁹.

dall'A., sebbene entrambi i punti di vista paiano corretti, ove nel caso concreto, risulti certa la volontà delle parti di affidare ad arbitri la decisione della controversia, il requisito dell'accordo può dirsi rispettato ed altresì quello implicito della forma.

¹⁸⁷ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 91. L'A. precisa, infatti, che nelle materie in cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali leggi che prevedevano l'arbitrato obbligatorio, non ha per questo vietato l'arbitrato: se dunque le parti optano comunque per l'arbitrato, il lodo reso in esito allo stesso è valido.

¹⁸⁸ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 92. Secondo l'A. si può semmai profilare il dubbio se quel lodo non possa meritare di essere annullato per contrarietà all'ordine pubblico processuale.

¹⁸⁹ A norma dell'art. 807 c.p.c., infatti, "il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia". La stessa regola è poi richiamata per la clausola compromissoria, in relazione alla quale l'art. 808 c.p.c. stabilisce che "le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione di arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807 c.p.c."

Una conferma della necessaria determinazione dell'oggetto si ritrova poi oggi nell'art. 808 *bis* c.p.c., a norma del quale, in caso di accordo di arbitrato relativo a rapporti extra contrattuali “*le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati*”.

E, sulla base del requisito della determinatezza dei rapporti richiesto dalla norma in esame, deve ritenersi che, ancora oggi, sia invalido il cosiddetto patto compromissorio *omnibus*¹⁹⁰, vale a dire l'accordo di arbitrato che devolva ad arbitri la soluzione di tutte le controversie future che dovessero nascere fra due parti.

La convenzione di arbitrato è altresì nulla nel caso in cui essa detti regole per la nomina degli arbitri in violazione del principio di imparzialità o non ponga le parti in posizione paritaria nella nomina degli arbitri. Tale conclusione va oggi ribadita, tenendo tuttavia conto di quanto dispone l'art. 816 *quater* c.p.c., a proposito di una delle ipotesi in cui più frequentemente si pongono problemi di parità delle parti nella nomina degli arbitri, vale a dire la convenzione di arbitrato che vincola più parti. Ove si verifichi una violazione di questa norma, il lodo potrà essere impugnato con il motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. (l'argomento verrà trattato in maniera più approfondita nella sezione III di questo capitolo).

¹⁹⁰ F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 203; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 171 e p. 215; C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 15.

Va, infine, segnalato che il d. lgs. n. 40 del 2006 ha eliminato due cause di nullità della convezione di arbitrato relativa a controversie di lavoro (quelle di cui all'art. 409 c.p.c.)¹⁹¹.

3. L'annullabilità della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.

Già prima della riforma, l'orientamento maggioritario riteneva che la nozione di nullità del compromesso - evocata nel previgente art. 829, I comma, n. 1, c.p.c. - comprendesse quella di annullabilità. Sebbene anche oggi non possa dubitarsi del fatto che la nozione di invalidità includa quella di annullabilità, restano da risolvere alcuni dubbi interpretativi sollevati dall'annullabilità della convenzione, come motivo di impugnazione del lodo.

In particolare, ci si chiede se il diverso regime dell'annullabilità, rispetto a quello della nullità, si rifletta sulla disciplina positiva di questo motivo di impugnazione.

Una parte della dottrina, prima del d. lgs. n. 40 del 2006, riteneva che le caratteristiche dell'annullabilità incidessero sulla portata di questo motivo di impugnazione, comportando una

¹⁹¹ Come rilevato da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 94, tali controversie possono essere oggi decise dagli arbitri ad un'unica condizione: che questa possibilità sia prevista in contratti collettivi o nella legge. Cadono, invece, le previgenti cause di nullità in dette materie: che essa non faccia salva la facoltà di adire il giudice ordinario e che autorizzi gli arbitri a decidere secondo equità.

diversità di disciplina rispetto a quella della nullità della convenzione arbitrale. Le conseguenze individuate in sede di impugnazione del lodo erano sostanzialmente tre. La prima conseguenza è stata tradotta in legge dal legislatore delegato. Si riteneva che, se nel corso del giudizio arbitrale la parte non sollevasse l'eccezione di annullabilità della convenzione di arbitrato, essa si avesse per convalidata¹⁹².

La seconda possibile conseguenza dei caratteri dell'annullabilità sul giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, individuata da un orientamento sviluppatosi prima del d. lgs. n. 40 del 2006¹⁹³, era nel senso che, fermo l'onere di eccepire l'annullabilità della convenzione nel corso del giudizio arbitrale, il rigetto della stessa avrebbe consentito l'impugnazione del lodo non *ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.*, bensì *ex art. 829, II comma, (oggi III comma), c.p.c.* dovendosi far valere davanti alla corte d'appello l'errore di diritto commesso dagli arbitri nel rigettare l'eccezione delle parti che avevano fatto valere l'annullabilità della convenzione arbitrale. Questa soluzione è oggi definitivamente superata dal combinato disposto degli artt. 829, I comma, n. 1, c.p.c. e 817, II comma, secondo periodo, c.p.c. nonché dall'art. 829, III comma, c.p.c. che sanziona esclusivamente l'errore commesso dagli arbitri nell'applicazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, mentre

¹⁹² Oggi, infatti, a norma del combinato disposto degli artt. 829, I comma, n. 1, c.p.c. e 817, II comma, secondo periodo, c.p.c., il lodo è annullabile solo se una delle parti eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'annullabilità della convenzione arbitrale e l'eccezione viene rigettata dagli arbitri.

¹⁹³ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 136.

la questione relativa all'annullabilità della convenzione riveste nel giudizio compiuto dagli arbitri il carattere di questione di rito.

La terza possibile conseguenza si ricava da un diverso orientamento che vedeva nel regime dell'annullabilità nel diritto sostanziale conseguenze sull'impugnazione del lodo, distinguendo nettamente questo vizio della convenzione rispetto a quello della sua nullità¹⁹⁴.

Oggi, considerato che l'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c. fa riferimento alla più ampia nozione di invalidità come possibile motivo di impugnazione del lodo (nozione comprensiva senza dubbio di quella dell'annullabilità), l'annullabilità dell'accordo di arbitrato è condizione necessaria e sufficiente per l'annullamento della decisione degli arbitri. D'altra parte, l'esito rescindente dell'impugnazione coinvolge solo ed esclusivamente il lodo: rimane, invece, impregiudicata la validità della clausola (annullabile per altre e future controversie)¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Sul punto, E. D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 570. Questo orientamento si è sviluppato a proposito della convenzione arbitrale annullabile per incapacità di una delle parti. Si sosteneva, in particolare, che non essendo l'incapacità delle parti espressamente prevista nell'art. 829, I comma, c.p.c., come autonomo motivo di impugnazione del lodo, e costituendo essa una causa di annullamento e non di nullità del negozio, non potrebbe essere fatta valere direttamente come motivo di impugnazione del lodo. Soltanto una volta ottenuta una sentenza di annullamento della convenzione per incapacità di una delle parti, si potrebbe chiedere l'ablazione del lodo per nullità del patto compromissorio. Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 98, alla conclusione suddetta poteva forse in astratto giungersi finché la legge indicava come motivo di impugnazione del lodo la sola nullità della clausola. Da questa interpretazione restrittiva della legge, si poteva ricavare che solo in caso di clausola nulla il lodo potesse essere annullato e che, dunque, solo una volta resa nulla la convenzione con una pronuncia costitutiva di annullamento da parte di un giudice togato di primo grado, l'impugnazione del lodo potesse essere accolta *ex art.* 829, I comma, n. 1, c.p.c.

¹⁹⁵ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 99. La perdurante efficacia della convenzione va peraltro esclusa, con riferimento alla controversia decisa nel lodo annullato, per effetto di un'altra disposizione: l'art. 830, III comma, c.p.c., a norma del quale "quando la corte d'appello non decide nel

4. *L'inefficacia della convenzione di arbitrato e l'impugnazione per nullità del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 1 c.p.c.*

Oggi l'inefficacia dell'accordo di arbitrato costituisce (per effetto del rinvio contenuto nell'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c. all'art. 817, II comma, secondo periodo, c.p.c.) un motivo di impugnazione del lodo¹⁹⁶.

L'indiretta inclusione dell'inefficacia dell'accordo di arbitrato fra i motivi di impugnazione del lodo consente, altresì, di prescindere dai problemi che, talora, la dottrina civilistica incontra nel qualificare in termini di inefficacia o di nullità la sanzione che l'ordinamento predispone in presenza di alcuni vizi del contratto¹⁹⁷. Per ciò che interessa in questa sede, quale che sia la soluzione a cui aderire, va ribadito che il lodo in entrambi i casi va annullato *ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.*¹⁹⁸.

L'ipotesi più frequente di inefficacia della convenzione arbitrale è quella dovuta ad un difetto di rappresentanza¹⁹⁹. Va in proposito segnalato che, a norma dell'art. 808, ultimo comma, c.p.c., tutte le volte in cui il rappresentante abbia il potere di concludere un contratto in nome e per conto del rappresentato,

merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”.

¹⁹⁶ Non ha, dunque, più motivo di porsi la questione che si presentava prima del d. lgs. n. 40 del 2006 in ordine al quesito della riconducibilità dell'inefficacia alla nozione di nullità di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.

¹⁹⁷ Il problema si pone, per esempio, in caso di convenzione di arbitrato simulata ovvero contenuta in un contratto sottoscritto mediante moduli o formulari e non sottoscritta.

¹⁹⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 101. L'A. ricorda che le possibili cause di inefficacia della convenzione di arbitrato corrispondono a tutte le cause di inefficacia dei contratti.

¹⁹⁹ F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 361.

potrà anche stipulare un accordo di arbitrato. Viceversa, un rappresentante potrà stipulare una convenzione di arbitrato in nome e per conto del rappresentato, anche se privo del potere di stipulare il contratto cui quella convenzione si riferisce solo “*in forza di specifica autorizzazione*”²⁰⁰.

Alle cause di inefficacia originaria e sopravvenuta che l'accordo di arbitrato condivide con tutti i contratti, se ne aggiungono altre che possiamo definire “*tipiche*”. In particolare, meritano attenzione due nuove cause di inefficacia sopravvenuta, ricavabili da altrettanti disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 40/2006.

Viene anzitutto in considerazione l'art. 819 *ter*, I comma, ultimo periodo, c.p.c., a norma del quale, se, nel corso di un giudizio ordinario vertente sullo stesso oggetto dell'accordo di arbitrato, non venga tempestivamente eccepita l'esistenza della convenzione arbitrale, quest'ultima perde efficacia, limitatamente all'oggetto della controversia.

Un'altra nuova causa di inefficacia sopravvenuta dell'accordo di arbitrato è costituita dal mancato versamento dell'anticipazione delle spese richiesta dagli arbitri ex art. 816 *septies*, II comma, c.p.c.

In conclusione, vorrei soffermarmi sull'esito dell'impugnazione del lodo accolta per inesistenza, nullità, annullabilità o inefficacia dell'accordo di arbitrato. In proposito,

²⁰⁰ F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 361.

ritengo di condividere la tesi secondo cui ai sensi dell'art. 830, II comma, c.p.c. l'esito sia meramente rescindente²⁰¹.

Questo esito dell'impugnazione, prima della riforma, era già configurato in via interpretativa da parte della dottrina e della giurisprudenza²⁰², benché l'art. 830, II comma, c.p.c. previgente autorizzasse sempre la corte d'appello alla decisione nel merito della controversia. Con la riforma il legislatore ha tenuto conto, traducendole in legge, delle considerazioni formulate da chi sosteneva che, in difetto di una valida convenzione di arbitrato, il "giudice naturale" è il giudice togato di primo grado, da identificarsi secondo le regole sulla competenza per valore, materia e territorio, mentre in sede di gravame il giudice naturale è quello identificato dalle norme sulle impugnazioni delle sentenze.

Ove l'impugnazione sia accolta *ex art. 829, I comma, n. 1, c.p.c.*, l'art. 830, III comma, c.p.c. esclude la perdurante efficacia della convenzione arbitrale. A quel punto le parti saranno libere di stipulare un nuovo accordo di arbitrato valido, ovvero di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

²⁰¹ In questo senso, E. MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 1327 e segg.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 104.

²⁰² G. TARZIA, *sub art. 20 [art. 828 c.p.c.] Impugnazione per nullità*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E. F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, p. 176; A. SIRACUSANO, *sub art. 830. Decisione sull'impugnazione per nullità*, in R. VACCARELLA – G. VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, p. 954 e segg.; Cass. 25 luglio 2006, n. 16977, in *Foro it. Mass.*, 2006, p. 1442; Cass. 29 aprile 2004, n. 8206, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 4.

Sezione III

Casi di nullità

1. L'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.: la violazione delle norme relative alla nomina degli arbitri.

L'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. prevede che il lodo possa essere impugnato se “*gli arbitri non*” siano “*stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*”.

Sussiste, a carico delle parti, l'onere di dedurre con eccezione il vizio nel corso del giudizio arbitrale (“*purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*”)²⁰³.

Secondo una parte della dottrina, inoltre, per questo motivo vigono anche le preclusioni sancite nell'art. 829, II comma, c.p.c. a norma del quale “*la parte che ha dato causa ad 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*”²⁰⁴.

Vige, altresì, l'onere della tempestività della eccezione.

²⁰³ L'onere deve essere inteso in senso restrittivo, ovvero, il vizio di nomina fatto valere nel corso dell'arbitrato deve essere lo stesso dedotto come motivo di impugnazione. In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 108 e L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, IV, Tornio, 2000, p. 506.

²⁰⁴ Soluzione già prospettata, prima della riforma, da M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 4° ed., cit., p. 922 ed, in seguito alla riforma, da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 108

In primo luogo, perché le norme relative alla nomina degli arbitri possono essere ricondotte nell'ambito di quelle che disciplinano *“lo svolgimento del procedimento arbitrale”*. In secondo luogo, perché la previsione dell'onere dell'eccezione è collocata nel comma immediatamente successivo a quello – il primo - che contiene l'elencazione di tutti i motivi di impugnazione del lodo ed è dunque destinata ad integrarne il disposto. Essa sembra, pertanto, destinata a regolare innanzitutto *“le fattispecie rispetto alle quali il dettato normativo si limiti a prescrivere la rilevazione a pena di decadenza, durante l'intero corso dell'arbitrato”*²⁰⁵.

Cosicché, alla luce del suddetto orientamento, il tenore dell'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. deve essere integrato con il seguente inciso: purché il vizio della nomina sia stato dedotto nel giudizio arbitrale, nei primi atti difensivi e solo da parte di chi non abbia effettuato la nomina.

L'art. 829, I comma, c.p.c. consente di impugnare il lodo se la violazione riguardi sia le regole di nomina stabilite dalle parti, sia le disposizioni di legge in materia di nomina. In relazione a questo secondo aspetto, la più importante delle regole cui le parti devono uniformarsi in materia di nomina è quella che impone *“la disparità del collegio arbitrale”*. Il lodo è altresì viziato nel caso in cui il negozio di nomina non rivesta la forma scritta, richiesta *ad substantiam*²⁰⁶.

²⁰⁵ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., cit., p. 396.

²⁰⁶ In proposito, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 110. L'A. ritiene che questa conclusione debba ricavarsi dal chiaro tenore dell'art. 813 c.p.c., che impone appunto l'accettazione scritta da parte degli arbitri.

A questo motivo di impugnazione è, altresì, riconducibile la violazione delle norme relative alla sostituzione degli arbitri²⁰⁷.

Per quanto concerne la violazione delle regole di nomina stabilite dalle parti, va rilevato che già prima del d. lgs. n. 40/2006, si inquadrava in questo caso di nullità il lodo reso da un arbitro privo dei requisiti pattiziamente richiesti²⁰⁸. Il d. lgs. n. 40/2006 ha confermato questo orientamento, poiché ha ricondotto l'assenza negli arbitri delle qualità richieste dalle parti nell'ambito dei motivi di ricusazione (art. 815, I comma, n. 1, c.p.c.) e le norme sulla ricusazione degli arbitri sono contenute nel capo II, al quale l'art. 829, I comma, n. 2 c.p.c. fa espresso rinvio.

Una discussione sviluppatasi intorno al caso di nullità del lodo previsto nell'art. 829, I comma, n. 2 c.p.c. riguarda il problema relativo a quale sia il soggetto legittimato a nominare l'arbitro nell'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso, che abbia luogo dopo la notificazione dell'atto con il quale l'altra parte dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale. Si tratta, dunque, di comprendere, se e quando, possa fondatamente essere impugnato un lodo reso da un

Tuttavia, come osservato dall'A., è verosimile che l'onere di eccepire il vizio nella nomina implicherà il più delle volte, la sanatoria da parte degli arbitri dell'eventuale mancanza di forma scritta dell'accettazione dell'incarico.

²⁰⁷ In questo senso C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 243; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 722; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 114.

²⁰⁸ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 214; C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 218; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 114.

collegio arbitrale del quale faccia parte un arbitro nominato dal dante causa, ovvero dall'avente causa o da entrambi.

Su questo problema si sono sviluppate tre tesi, che, tuttavia, muovono dal medesimo presupposto: quello secondo cui anche nell'arbitrato vigono le regole sancite nell'art. 111 c.p.c., che, come noto disciplina gli effetti nel processo della successione a titolo particolare nel diritto controverso²⁰⁹. Oggi, questo comune presupposto è diventato legge: il terzo comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. prevede espressamente che l'art. 111 c.p.c. si applichi all'arbitrato. La ragion d'essere della discussione, tuttavia, permane perché, da questa comune premessa si traevano conclusioni diverse.

In particolare, i tre orientamenti attribuivano la legittimazione alla nomina, rispettivamente, all'avente causa²¹⁰, al dante causa²¹¹ e ad entrambi²¹².

Secondo una parte della dottrina, la soluzione va cercata considerando sia la *ratio* della disciplina dettata dall'art. 111 c.p.c., sia le ripercussioni prodotte sull'oggetto del processo dalla successione a titolo particolare nel diritto controverso²¹³.

Poiché la ragione sottesa alla disciplina sancita dall'art. 111 c.p.c. è quella di impedire a ciascuna delle parti di

²⁰⁹ Già prima della riforma E. F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 655 e segg. aveva prospettata l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c.

²¹⁰ R. NAZZINI, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 246.

²¹¹ L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 121 e segg.

²¹² A. RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (brevi rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*, in *Giur. It.*, 2004, p. 1394 e segg.

²¹³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 114.

costringere l'altra a subire il cambiamento del contraddittore, non è condivisibile quella delle tesi che, pur sostenendo l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c., esclude l'attribuzione del potere di nomina alla parte originaria cui sia stata notificata la domanda di arbitrato²¹⁴. Secondo questa tesi, infatti, l'atto di nomina dell'arbitro resta un atto di natura negoziale che non può che provenire dal soggetto titolare dei diritti, obblighi, oneri, poteri e facoltà derivanti dall'accordo compromissorio. Sicché, sarebbe, pertanto, inefficace la nomina compiuta dalla parte originaria, che è parte solo in senso processuale perché dopo la successione nel diritto non è più titolare del rapporto sostanziale e, dunque, non è più titolare dei diritti e degli obblighi che sorgono dal patto compromissorio²¹⁵.

Tuttavia, come sottolineato da una parte della dottrina l'asserita natura esclusivamente sostanziale dell'atto di nomina è smentita dalle disposizioni che consentono al presidente del tribunale di effettuare, in certi casi, la nomina degli arbitri. L'autorità giudiziaria può, infatti, sostituirsi alle parti nella nomina degli arbitri, proprio perché si tratta di un atto a rilevanza anche processuale.

Alla luce delle suddette considerazioni, deve dunque essere attribuita al dante causa – la parte processuale che ha ricevuto la

²¹⁴ Si tratta della tesi di C. CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, cit., p. 119 e segg.

²¹⁵ Secondo questa tesi, inoltre, l'applicazione della disciplina dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato si impone solo dopo l'avvenuta costituzione del collegio arbitrale. *Contra* E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 110 secondo cui questa "postergazione" di efficacia del regime sancito nell'art. 111 c.p.c., a far data dalla costituzione del collegio arbitrale, anziché successivamente alla notificazione della domanda di arbitrato non trova conferma nella legge perché ciò che rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. è esclusivamente la pendenza della lite, che, nell'arbitrato costituisce un effetto della proposizione della domanda.

notificazione della domanda di arbitrato – la legittimazione a nominare l'arbitro²¹⁶.

Resta da chiedersi se il dante causa sia l'unico legittimato alla nomina, ovvero se quel potere vada riconosciuto anche in capo al successore²¹⁷.

La tesi secondo la quale, per effetto dell'applicazione dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato il potere di nominare l'arbitro spetta alla sola parte originaria, può costituire un corollario della cosiddetta “teoria dell'irrilevanza”, secondo cui la causa deve essere decisa come se gli effetti provocati sul diritto controverso dalla successione non si fossero prodotti²¹⁸. Muovendo da questo inquadramento, l'avente causa non diventerebbe parte in senso sostanziale e potrebbe intervenire solo in via adesiva nel giudizio arbitrale. Dalla teoria dell'irrilevanza si potrebbe pertanto trarre la conseguenza che se la nomina viene effettuata dal successore a titolo particolare “la stessa è invalida se non è fatta propria dal dante causa e notificata alla controparte”²¹⁹ ed il lodo è eventualmente annullabile ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 2 c.p.c.

Muovendo, invece, dal diverso inquadramento dell'istituto della successione a titolo particolare nel diritto controverso elaborato dalla teoria della rilevanza, si potrebbe pervenire alla

²¹⁶ R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, p. 252.

²¹⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 117; A. RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (breve rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*, cit., 2004, p. 1394; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 463.

²¹⁸ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, p. 876.

²¹⁹ Appello Napoli, 9 settembre 1999, in *Riv. arb.*, 2001, p. 227 e segg.

diversa soluzione secondo la quale la nomina dell'arbitro può essere fatta sia dal dante, che dall'avente causa.

Secondo la “teoria della rilevanza”²²⁰ infatti per effetto della successione, oggetto del processo diventa il rapporto giuridico tra l'avente causa e la controparte dell'alienante, il quale (l'alienante) prosegue il processo nella veste di sostituto processuale dell'avente causa. Corollario di questa terza tesi è che, se l'avente causa non interviene in giudizio, il lodo è valido se la nomina è effettuata dal dante causa; se invece interviene in un momento in cui la nomina non è ancora stata effettuata, la nomina può essere fatta indifferentemente da lui o dal dante causa²²¹.

Quest'ultimo orientamento merita di essere condiviso. In primo luogo perché meglio si adatta agli accadimenti della realtà. In secondo luogo perché in assenza di cogenti controindicazioni, l'interprete, in linea con i principi espressi dal d. lgs. n. 40/2006, deve cercare soluzioni che consentano di sostenere la validità del lodo ogni volta che sia possibile.

²²⁰ N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, p. 98 e segg.; E. FAZZALARI, *La successione nel diritto controverso*, in Riv. dir. proc., 1979, p. 527.

²²¹ In questo senso, A. RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (brevi rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*, cit., p. 1394 e segg. secondo cui dante causa ed avente causa costituiscono una parte complessa, i cui atti possono essere compiuti indifferentemente dall'uno o dall'altro dei componenti la parte stessa. Ne deriva che la nomina dell'arbitro da parte del successore del convenuto null'altro è se non una modalità di intervento.

1.2. Segue. La nomina effettuata dal difensore.

Forma altresì oggetto di discussione il problema se il lodo meriti di essere annullato quando la nomina o la sostituzione degli arbitri non provengano dalla parte direttamente o dal suo difensore, ma dal difensore non munito di procura speciale²²².

La risposta è affermativa. Infatti, per effetto di quanto dispone oggi l'art. 816 *bis*, I comma, quinto periodo, c.p.c. a norma del quale: “*in mancanza di espressa limitazione , la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo*”. Sebbene, infatti, questa norma sia volta ad ampliare i poteri del difensore nel corso del giudizio arbitrale, essa comunque presuppone la nomina degli arbitri.

Ci si chiede, inoltre, in quali termini si ponga la questione rispetto alla previsione ora contenuta nell'art. 829, II comma, c.p.c. (secondo cui la parte che ha dato causa ad un motivo di nullità, non può per questo motivo impugnare il lodo)²²³.

Secondo un orientamento che mi sembra condivisibile, alla parte non va preclusa l'impugnazione tutte le volte in cui il suo difensore abbia dato origine al vizio, compiendo atti che valicano

²²² La soluzione prospettata prima della riforma era quella dell'invalidità del lodo. Così C. CONSOLO, *In tema di inefficace nomina degli arbitri da parte del difensore e dei modi della sua eventuale ratifica (rilevata direttamente in Cassazione)*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 1534. E, nello stesso senso, L. MONTESANO - G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 456.

²²³ In astratto, si potrebbe sostenere che la parte abbia dato causa, tramite il proprio difensore, al motivo di nullità e che, per questo, non possa impugnare il lodo, perché parte che ha dato causa al motivo di nullità è anche il difensore. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 117.

i limiti del suo mandato: e così, la parte che non ha nominato personalmente l'arbitro – perché la nomina è stata effettuata dal suo difensore – in questo caso “*non ha dato causa*” alla nullità²²⁴.

1.3. Segue. La ricusazione degli arbitri e l'impugnazione del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.

Un altro dibattito sviluppatosi su questo motivo di impugnazione concerne la riconducibilità dello stesso ai motivi di ricusazione degli arbitri. Le norme sulla ricusazione sono, infatti, contenute “*nel capo II*” cui l'art. 829, I comma, n. 2 c.p.c. fa rinvio.

In primo luogo, nessun dubbio sussiste in ordine alla deducibilità con questo motivo di impugnazione nel caso in cui l'arbitro pronunci il lodo dopo che il presidente del Tribunale abbia accolto l'istanza di ricusazione proposta nei suoi confronti. Questa soluzione, già prospettata prima della riforma del 2006²²⁵, è oggi imposta dall'art. 815, ult. comma, c.p.c., a norma del quale se l'istanza di ricusazione è accolta “*l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso è inefficace*”²²⁶.

²²⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 120.

²²⁵ C. CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 432.

²²⁶ Del resto, anche in materia di ricusazione dei giudici togati si ritiene che l'accoglimento dell'istanza di ricusazione attribuisca rilevanza giuridica all'incapacità relativa del giudice ricusato, con conseguente nullità della sentenza pronunciata da un collegio di cui tale

Secondo altra parte della dottrina, il lodo reso da un arbitro nei cui confronti sia stata proposta ed accolta istanza di ricusazione deve essere ricondotto al motivo di impugnazione previsto dal successivo n. 3 dell'art. 829, I comma, c.p.c.²²⁷.

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, questa soluzione non è condivisibile, poiché l'inclusione delle norme sulla ricusazione degli arbitri nel capo II fa ritenere che la suddetta violazione rilevi espressamente ai sensi del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 2 c.p.c.²²⁸

Il lodo reso da un arbitro ricusato merita inoltre di essere qualificato come inesistente. Questa è la conseguenza da trarre dall'art. 815, ult. comma, c.p.c., nella parte in cui dispone che *“l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con il suo concorso è inefficace”*: se dunque gli atti posti in essere dall'arbitro sono inefficaci, a maggior ragione è tale il lodo alla cui pronuncia essi hanno partecipato.

Meritano, inoltre, di essere affrontate separatamente due questioni: l'ipotesi in cui l'istanza di ricusazione sia stata rigettata e quella in cui non sia stata proposta.

La soluzione, nell'ipotesi di rigetto dell'istanza di ricusazione, va considerata e risolta tenendo conto della natura e dell'efficacia dell'ordinanza che decide sull'istanza di ricusazione. Se infatti, si assegna carattere decisorio, e non

giudice abbia fatto parte. In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 120.

²²⁷ G. RUFFINI – S. BOCCAGNA, *sub art. 829*, in C. CONSOLO e F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, III, 3° ed., diretta da C. CONSOLO, III, cit., p. 6045.

²²⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 120.

altrimenti impugnabile, all'ordinanza del presidente del tribunale che decide sull'istanza di ricusazione - con conseguente impugnabilità della stessa con ricorso straordinario in Cassazione - dovrebbe considerarsi preclusa alla corte d'appello la possibilità di effettuare un nuovo esame dei motivi di ricusazione²²⁹.

Merita, peraltro, in proposito di essere accolta la tesi secondo cui l'ordinanza che rigetta o accoglie la domanda di ricusazione non è un provvedimento suscettibile di essere impugnato con ricorso straordinario in cassazione²³⁰, in quanto essa è altrimenti impugnabile in sede di gravame contro la sentenza resa dal giudice sottoposto a procedimento di ricusazione²³¹.

Le considerazioni formulate dalla Cassazione per la ricusazione del giudice togato devono valere *a fortiori* per la

²²⁹ L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione*, Padova, 1991, p. 243.

²³⁰ In materia di ricusazione dei giudici togati, per lungo tempo la cassazione aveva fondato questa conclusione sulla negazione della natura giurisdizionale del provvedimento e, dunque, sull'esclusione della natura decisoria e definitiva del provvedimento che lo concludeva. Da ultimo, la Suprema Corte, pur pervenendo al medesimo risultato (la non impugnabilità dell'ordinanza con ricorso straordinario per cassazione), ha mutato orientamento in ordine alla natura del procedimento, sostenendone in modo condivisibile, in una decisione a Sezioni Unite, il carattere giurisdizionale, con conseguente natura decisoria del provvedimento reso in esito allo stesso. Secondo la Cassazione, che si è espressa con la pronuncia a Sezioni Unite, 20 novembre 2003, n. 17636, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 2613, infatti, l'esigenza di far decidere la controversia da un giudice imparziale rappresenta un diritto soggettivo della parte stessa, non solo pieno ed assoluto, ma altresì fondamentale ed insopprimibile, in quanto riconosciuto dalla Costituzione e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà. In dottrina, si veda E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 124.

²³¹ In questo senso, Cass., 8 febbraio 2007, n. 2774, cit, p. 2135. Inoltre, secondo Cass., S. U., 20 novembre 2003, n. 17636, cit., p. 2613 “*l'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione confluisce nella sentenza che definisce il grado di giudizio in cui detta ordinanza è emessa, con la conseguenza che l'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice invano ricusato diviene motivo di nullità dell'attività spiegata dal giudice stesso e quindi di gravame della sentenza da lui emessa, e questa impugnazione rende possibile il controllo sul provvedimento che ha negato la sussistenza dell'addotta causa di ricusazione*”.

ricusazione degli arbitri. Infatti, non si possono ricavare dall'esito e dagli effetti del giudizio di ricusazione degli arbitri conseguenze sulla validità del lodo meno rigorose rispetto a quelle per la validità della sentenza del giudice togato²³². Inoltre, l'accoglimento della tesi della Cassazione, in materia di arbitrato, è imposto dall'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c., che comprende anche le norme sulla ricusazione fra quelle a presidio delle quali è predisposto il motivo di impugnazione in esso previsto.

Nell'arbitrato, l'ordinanza del presidente del tribunale, che rigetta la domanda di ricusazione, pur se decisoria, non è impugnabile *ex art. 111, VII comma, Cost.*, potendo essa essere nuovamente valutata in sede di impugnazione del lodo, promossa *ex art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.*²³³. Deve, pertanto, essere condivisa l'opinione di chi esclude che la predisposizione di questo procedimento possa in qualche modo circoscrivere la possibilità di far valere i motivi di ricusazione con l'impugnazione del lodo.

Deve, ora, essere preso in considerazione l'ulteriore quesito se il lodo possa essere impugnato con il motivo in esame, facendo valere uno dei motivi di ricusazione, qualora l'istanza di ricusazione non sia stata proposta.

In proposito, sembra condivisibile la medesima soluzione prospettata per le sentenze del giudice togato, che sono

²³² Infatti, se sussiste un problema di indipendenza del giudicante, il lodo deve poter essere annullato, quanto meno in tutti i casi in cui, per le stesse ragioni, può essere annullata una sentenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

²³³ Cass. 28 agosto 2004, n. 17192, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, p. 2202.

considerate invalide (e, dunque, impugnabili con successo) solo se rese da un giudice che abbia un interesse diretto nella causa²³⁴.

Inoltre, per il lodo arbitrale sono ricavabili ulteriori indicazioni anche dall'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. (nella parte in cui subordina la proponibilità dell'impugnazione all'avvenuta deduzione della nullità nel giudizio arbitrale)²³⁵.

Solo nel caso in cui le parti non abbiano proposto l'istanza di riconsiderazione, la soluzione che consente l'annullamento del lodo si ha nella sola eccezionale e grave ipotesi in cui l'arbitro abbia un interesse diretto e proprio nella controversia²³⁶.

Viene, poi, in considerazione l'ulteriore quesito, se il lodo sia annullabile *ex art.* 829, I comma, n. 2, c.p.c. ove l'arbitro decida dopo la proposizione dell'istanza di riconsiderazione, ma prima che il presidente del tribunale abbia deciso.

Il problema va oggi riconsiderato alla luce del nuovo testo dell'art. 815, ult. comma, c.p.c., a norma del quale “*la proposizione dell'istanza di riconsiderazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri*”. Gli arbitri, dunque, possono pronunciare il lodo, nonostante la proposizione dell'istanza di riconsiderazione. Pertanto, pendente il procedimento di riconsiderazione è possibile che il lodo

²³⁴ Si vedano Cass. 16 aprile 2004, n. 7252, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 889; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3974, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 408; Cass. 18 gennaio 2002, n. 528, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 610 e segg.

²³⁵ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 120 secondo cui l'onere della deduzione della nullità, nel caso di riconsiderabilità dell'arbitro, non riveste la forma dell'eccezione bensì della proposizione dell'istanza di riconsiderazione, perché in tal senso dispongono le norme alle quali l'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. fa espresso rinvio.

²³⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 120; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 213.

venga pronunciato ed impugnato facendo valere lo stesso vizio dedotto in sede di ricasazione²³⁷.

1.4. Segue. I vizi della nomina degli arbitri nell'arbitrato multilaterale e l'impugnazione del lodo proposta ex art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.

Prima della riforma del 2006, la convenzione di arbitrato era considerata sempre nulla nel caso essa dettasse regole per la nomina degli arbitri in violazione del principio di imparzialità o nel caso non ponesse le parti in posizione paritaria nella nomina degli arbitri²³⁸. Questa conclusione va, oggi, riconsiderata con riferimento ad una delle ipotesi in cui più spesso il problema dell'imparzialità si pone, vale a dire l'arbitrato con pluralità di parti. Alla disciplina di questa fattispecie è, infatti, ora dedicato l'art. 816 *quater*, c.p.c., che recepisce la soluzione elaborata da una parte della giurisprudenza e della dottrina²³⁹, secondo la quale doveva considerarsi valida la clausola che consentisse, ai fini della nomina degli arbitri, l'aggregazione delle parti in centri di interessi, legittimati ad effettuare la nomina di un unico

²³⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 129. L'eventuale accoglimento dell'impugnazione del lodo, avvenuto prima della chiusura del procedimento di ricasazione, implicherà la cessazione della materia del contendere del procedimento di ricasazione. Nell'ipotesi in cui, invece, si concluda precedentemente il giudizio di ricasazione, l'allegazione nel giudizio di impugnazione dell'ordinanza che ricusa l'arbitro vincolerà la corte ad annullare il lodo, sul presupposto dell'art. 815, ult. comma, c.p.c. secondo cui "l'attività compiuta dall'arbitro ricasato o con il suo concorso è inefficace".

²³⁸ F. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 352 e segg.

²³⁹ Si veda L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 185 e segg.

arbitro²⁴⁰. In altri termini, ciascun soggetto non doveva nominare il proprio arbitro, ma coloro che componevano ciascun polo di interessi dovevano raggiungere l'accordo per la nomina di un unico arbitro. La validità o invalidità della clausola dipendeva, dunque, dalla possibilità o impossibilità di ricondurre la pluralità di parti contrapposte a due o più centri di interesse fra loro contrapposti.

Il problema, dal punto di vista dell'impugnazione del lodo, si pone, dunque, in termini diversi rispetto al passato: il lodo reso in una controversia fra più parti da un collegio non imparziale, non può essere censurato per invalidità dell'accordo di arbitrato, dal momento che l'art. 816 *quater*, c.p.c. indica alle parti come colmare le lacune e correggere il tenore di quell'accordo. Ciò non toglie che il lodo meriti comunque di essere annullato, se gli arbitri siano stati nominati in violazione dell'art. 816 *quater*, c.p.c. Il problema è semmai, quale sia il motivo sotto cui ricondurre tale violazione²⁴¹.

Ritengo che, come sottolineato da una parte della dottrina, la violazione del disposto dell'art. 816 *quater*, c.p.c. vada ricondotta sotto il motivo di impugnazione previsto nell'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.²⁴². Ciò in primo luogo perché nella norma dedicata all'arbitrato con pluralità di parti si dettano, soprattutto,

²⁴⁰ Sul punto, dopo la riforma, L. SALVANESCHI, sub *art. 816 quater c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 1280 e segg.

²⁴¹ J. POLINARI, sub *art. 816 quater c.p.c.*, in C. CONSOLO e F. P. LUISO (a cura di), 3° ed. diretta da CONSOLO, cit., p. 5892.

²⁴² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 133.

criteri di nomina degli arbitri²⁴³. Né potrà obiettarsi che l'art. 816 *quater*, c.p.c. fa parte del Capo III, dedicato al procedimento arbitrale e che, dunque, la violazione dei principi contenuti in questa disposizione dovrebbe ricadere sotto il motivo di impugnazione con il quale si fa valere la violazione delle norme che disciplinano il procedimento arbitrale (art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.). Infatti, la scelta del motivo di impugnazione deve essere condotta alla luce della portata precettiva dell'art. 816 *quater*, c.p.c. (recante anzitutto regole sulla nomina degli arbitri e non in virtù della sua collocazione)²⁴⁴.

Inoltre, la scelta fra il motivo previsto al n. 2 o al n. 7 dell'art. 829 c.p.c. comporta importanti conseguenze sul piano dell'esito e degli effetti dell'impugnazione. Nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia accolta, *ex art.* 829, I comma, n. 2, c.p.c. l'esito è meramente rescindente; mentre se essa è accolta *ex art.* 829, I comma, n. 7, c.p.c., la corte d'appello, una volta annullato il lodo, decide la controversia nel merito. E l'esito meramente rescindente è quello che meglio si addice al caso in esame: le parti hanno, infatti, diritto ad una decisione in primo grado da parte di un collegio di arbitri imparziale.

A norma dell'art. 830, II comma, c.p.c., l'esito di impugnazione per nullità accolta per violazione delle norme relative alla nomina degli arbitri, è esclusivamente rescindente. La soluzione adottata dal legislatore della riforma costituisce la

²⁴³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 133.

²⁴⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 133.

trasposizione in legge di un orientamento minoritario²⁴⁵. La maggior parte della dottrina riteneva, infatti, che la corte d'appello, in caso di annullamento del lodo, per questo motivo, dovesse passare alla fase rescissoria. non era in effetti possibile negare alla corte d'appello il potere di passare alla decisione sul merito muovendo dalla qualificazione in termini di inesistenza del lodo.

Il lodo reso da arbitri nominati in modo irregolare d'altra parte non può essere qualificato tutt'oggi come inesistente, perché la preclusione sancita nell'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c. è stata ribadita dalla riforma. La soluzione dell'esito rescindente appare non di meno conforme al principio secondo il quale la corte d'appello può passare alla fase rescissoria solo se gli arbitri che hanno pronunciato il lodo annullato erano dotati della *potestas iudicandi*. In effetti, qualsiasi irregolarità nell'investitura degli arbitri determina in capo agli stessi una carenza del potere di decidere la controversia perché la corretta nomina degli arbitri costituisce, insieme all'accordo arbitrale un presupposto necessario per il conferimento al privato cittadino del potere di decidere la controversia come arbitro. Pare così coerente la soluzione oggi vigente che restituisce alle parti la possibilità di ottenere una decisione in primo grado da parte di arbitri regolarmente nominati²⁴⁶. Le parti restano, pertanto, secondo questo orientamento, vincolate ad iniziare *ex novo* il giudizio

²⁴⁵ V. VIOLANTE, *Sulla competenza della corte d'appello a conoscere del merito, dopo l'esaurimento della fase rescindente, una volta dichiarata la nullità del lodo arbitrale per irrituale nomina degli arbitri*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 178.

²⁴⁶ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 134.

arbitrale, procedendo questa volta ad una corretta nomina degli arbitri.

L'esito rescindente si impone poi *a fortiori*, nel caso in cui ad essere impugnato con il motivo di impugnazione in esame sia un lodo reso con la partecipazione di un arbitro ricusato: è questo un lodo inesistente e come tale la sentenza della corte d'appello svolge una funzione esclusivamente dichiarativa dell'inesistenza²⁴⁷.

2. *L'art. 829, I comma, n. 3, c.p.c.: l'incapacità degli arbitri.*

Il lodo può essere impugnato, *ex art. 829, I comma, n. 3, c.p.c.*, “*se è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'art. 812 c.p.c.*”. A differenza delle ipotesi disciplinate ai precedenti nn. 1 e 2, per questo motivo di impugnazione non è richiesto che la parte abbia proposto la relativa eccezione nel corso del giudizio arbitrale²⁴⁸.

²⁴⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 135.

²⁴⁸ In questo senso, S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 225 e segg. Secondo l'A., il legislatore ha optato per questa soluzione, ritenendo il vizio dell'incapacità ad arbitrare ben più grave rispetto ai precedenti. Tuttavia, in proposito E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 137, si domanda se l'eccezione non risulti comunque imposta dall'art. 829, II comma, c.p.c., a norma del quale “*la parte che ha dato causa ad 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*”. L'A. esclude l'applicabilità a questo motivo della preclusione stabilita nella suddetta disposizione, anzitutto perché la norma che sancisce le incapacità a rivestire il ruolo di arbitro non disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale. In secondo luogo, perché la capacità di un soggetto cui l'ordinamento attribuisce il potere di

Prima della modifica attuata nel 2006, la giurisprudenza soleva affermare il carattere rigorosamente tassativo delle ipotesi menzionate nel testo previgente. Ne derivava, secondo questo orientamento, che non potesse essere sanzionata con il motivo in esame, (bensì con il n. 2 dell'art. 829), la violazione degli accordi presi in sede di patto compromissorio, in relazione a specifiche qualità degli arbitri²⁴⁹, con la conseguenza che il vizio avrebbe dovuto essere rilevato in costanza di giudizio arbitrale, pena la preclusione all'impugnazione. Oggi, il difetto delle qualità stabilite dalle parti, è motivo di ricusazione dell'arbitro *ex art. 815 c.p.c.*, la cui deducibilità, come motivo di impugnazione, dipende dalla soluzione che si voglia accogliere in ordine alla rilevanza dei motivi di ricusazione come casi di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 2, c.p.c.

La disposizione in esame non è stata modificata dalla novella, ma la sua portata risulta indirettamente ampliata dalla modifica dell'art. 812 c.p.c., che detta le regole dell'incapacità degli arbitri²⁵⁰.

emettere una decisione con l'efficacia di sentenza, non può essere un requisito suscettibile di rinuncia, per effetto della mancata proposizione di un'eccezione. *Contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 723 secondo cui la regola prevista dal II comma dell'art. 829 c.p.c. ha valenza generale, perché deve essere applicata ad ogni "violazione di una regola che disciplina il procedimento arbitrale". L'A. ritiene inoltre che la nomina degli arbitri appartenga comunque a questa fase e che l'eventuale incapacità del giudicante ricada nella *ratio* della regola, che è quella di impedire alla parte di sollevare l'irregolarità a fini dilatori, nell'eventualità di una soccombenza materiale.

²⁴⁹ In questo senso, Cass., 8 agosto 1989, n. 3637, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Arbitrato*, n. 117; Cass., 15 febbraio 1973, n. 476, in *Foro it.*, 1973, I, 1419.

²⁵⁰ La previgente formulazione dell'art. 812 c.p.c. indicava tassativamente le ipotesi in cui non si poteva rivestire il ruolo di arbitri. Oggi, invece, la disposizione prevede una clausola generale, stabilendo che "non può essere nominato arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire". G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 158, ricorda, tra le ipotesi di incapacità legale, i casi in cui si nominino arbitri magistrati,

Con riferimento al momento in cui la presenza o l'assenza della capacità di assumere la veste di arbitro rileva, è incontroverso che l'arbitro debba essere capace al momento della deliberazione del lodo, rilevando, pertanto, anche un'incapacità sopravvenuta alla nomina²⁵¹. Allo stesso modo, accogliendo una tesi più restrittiva, ed in ragione dell'esigenza di una necessaria unitarietà del collegio arbitrale, ritengo condivisibile quell'orientamento secondo cui il lodo meriti di essere annullato *ex art. 829, I comma, n. 3, c.p.c.*, anche se l'arbitro incapace è quello di minoranza o quello che non ha sottoscritto il lodo²⁵².

Anche l'impugnazione accolta per questo motivo sfocia in una pronuncia meramente ablativa del lodo, ai sensi dell'art. 830, II comma, c.p.c. Questa tesi deve essere accolta in ragione del fatto che, essendo l'arbitro incapace privo di *potestas iudicandi*, il giudizio arbitrale non può dirsi svolto e, dunque, non può aver luogo il secondo grado sul merito davanti alla corte d'appello²⁵³.

professori universitari, pubblici funzionari. *Contra* S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 225 e segg., secondo cui sarebbero escluse dalla sanzione di nullità, le ipotesi di arbitri che si trovino in condizioni di incapacità in ragione del proprio *status* giuridico – ovvero magistrati, avvocati dello Stato ecc. – con la conseguenza che, nel caso di un lodo emesso in una delle suddette ipotesi, vi saranno solo sanzioni disciplinari, previste dallo *status* giuridico dell'arbitro.

²⁵¹ Secondo alcuni non dovrebbe portare all'annullamento del lodo un'incapacità sussistente all'atto della nomina, ma che sia successivamente venuta meno al momento della pronuncia del lodo. In questo senso, G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, rist. agg., 1997, p. 113; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 114. A tale rilievo, si replica tuttavia che non può non darsi rilevanza all'incapacità che abbia colpito l'arbitro durante il procedimento arbitrale, anche se essa è venuta meno al momento della pronuncia del lodo.

²⁵² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 140.

²⁵³ Anzi, secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 142, sorge il quesito se il lodo reso da un arbitro incapace sia da qualificarsi come inesistente. Sebbene che la sentenza resa da un giudice incapace non sia inesistente, giacché il magistrato, finché non viene destituito dal proprio incarico, conserva il potere di decidere (la mancanza di capacità del giudice non fa venir meno la *potestas iudicandi* perché la carenza di requisiti della persona fisica non impedisce di attribuire la

3. *L'art. 829, I comma, n. 4, prima parte, c.p.c.: la pronuncia fuori dai limiti della convenzione di arbitrato.*

Il motivo in esame riguarda la mancata corrispondenza fra quanto forma oggetto del patto compromissorio e quanto deciso. Il legislatore ha, poi, aggiunto una nuova censura, che si può definire una regola di “*chiusura*”, volta a sanzionare l'errore degli arbitri nell'aver pronunciato in merito, anziché fermarsi ad una decisione in rito.

In questo paragrafo mi soffermerò sulla prima parte della disposizione, con un breve inciso, in premessa, sulla reale portata dell'oggetto della convenzione arbitrale.

Prima della novella, infatti, vi era un dibattito fra chi riteneva che l'oggetto della convenzione andasse interpretato restrittivamente (richiedendosi per la deroga alla giurisdizione ordinaria una manifestazione di volontà esplicita)²⁵⁴ e chi, invece, sosteneva che la portata della convenzione dovesse essere interpretata in modo estensivo²⁵⁵.

decisione all'ufficio giudiziario, cui il magistrato appartiene). Come rileva l'A., in materia di arbitrato le cose stanno diversamente: la capacità dell'arbitro è un presupposto essenziale del giudizio. Ciò che rileva è la persona fisica arbitro: il lodo reso da un arbitro incapace equivale, dunque, ad una sentenza resa a *non iudice* e merita, pertanto, l'attributo dell'inesistenza. A tale conclusione, secondo questa teoria, non osta il dato letterale dell'inclusione dell'incapacità degli arbitri fra i casi di nullità del lodo, se si muove dall'assunto secondo il quale anche i mezzi di impugnazione possono essere utilizzati per l'accertamento dell'inesistenza di un provvedimento. Nel senso dell'inesistenza del lodo reso da arbitri incapaci: T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 917; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 627.

²⁵⁴ R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 213.

²⁵⁵ C. CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 62.

Di tale secondo orientamento sembra aver tenuto conto il legislatore delegato all'art. 808 *quater* c.p.c.²⁵⁶, questa disposizione consente di applicare la convenzione anche alla parte di rapporto giuridico non direttamente disciplinata dal contratto nel quale è inserita e dunque – salva diversa espressa volontà delle parti – a controversie di natura extra-contrattuale, attinenti alla responsabilità precontrattuale, alla ripetizione dell'indebito, all'arricchimento senza causa, ovvero sorte successivamente alla scadenza del contratto e a quelle in cui la responsabilità extra contrattuale concorre con la responsabilità contrattuale²⁵⁷.

L'art. 808 *quater* c.p.c., così interpretato, consente anche di determinare i limiti della convenzione di arbitrato contenuta in un contratto collegato ad un altro, stipulato fra le stesse parti, privo di clausola compromissoria; nel caso di contratti collegati stipulati fra le stesse parti, la convenzione di arbitrato contenuta nel contratto gerarchicamente “*sovraordinato*” può estendersi al contratto “*subordinato*”²⁵⁸.

²⁵⁶ La disposizione, rubricata *Interpretazione della convenzione d'arbitrato*, così dispone: “*nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*”

²⁵⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 147, secondo cui questa tesi merita di essere condivisa proprio in ragione del fatto che poiché oggi la convenzione di arbitrato può concernere controversie di natura extra contrattuale, anche la clausola compromissoria inserita in un contratto è in grado di “*coprire diritti di natura extra-contrattuale, traenti ragione dal contratto*”.

²⁵⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 148, non può, invece, verificarsi la propagazione degli effetti (e, dunque, anche della convenzione di arbitrato) tra contratti stipulati tra le stesse parti, il cui collegamento non sia riconducibile entro uno schema gerarchico. Si segnala, tuttavia, che E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in www.judicium.it, ammette l'estensione di efficacia della convenzione di arbitrato anche in questi casi, ove emerga una interdipendenza molto stretta fra i contratti, riscontrabile non solo se l'oggetto di un

Per analizzare le problematiche sottese al vizio in esame, occorre innanzitutto distinguere fra: (i) la decisione esorbitante dai limiti dell'accordo di arbitrato a seguito di domanda di parte; (ii) la decisione che supera i limiti della convenzione di arbitrato a prescindere da qualsiasi domanda di parte.

- (i) La censurabilità del primo di questi vizi del lodo risulta dal combinato disposto degli artt. 817, III comma, c.p.c. e art. 829, I comma, n. 4, c.p.c., che individua nella domanda di una delle parti eccedente i limiti dell'accordo arbitrale una possibile causa della decisione esorbitante degli arbitri: *“la parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale non può per questo motivo impugnare il lodo”*. Il lodo, il cui oggetto valichi i limiti della convenzione di arbitrato, potrà, dunque, essere fondatamente impugnato, purché l'esorbitanza sia stata eccepita²⁵⁹.

Se, invece, entrambe le parti propongono domande il cui oggetto fuoriesce dai limiti della convenzione di arbitrato, ovvero se una delle parti propone una domanda oltre quei limiti e l'altra non ne eccepisce l'esorbitanza, si verifica un allargamento

contratto dipende dall'efficacia o dall'esistenza di un altro contratto, ma anche se l'interdipendenza riguarda il risultato economico che le parti si prefiggono. Nel caso in cui invece vi fossero due o più contratti collegati, ma in assenza di una totale coincidenza delle parti, per estendere l'efficacia della clausola arbitrale sarebbe necessario un richiamo consapevole della clausola arbitrale.

²⁵⁹ Inoltre, ai sensi del nuovo art. 829, I comma, n. 4 c.p.c. (che preclude l'impugnazione alla parte che ha dato causa ad un motivo di annullamento), la parte che impugni il lodo per questo motivo non dovrà essere la stessa che formulato la domanda esorbitante dai limiti dell'accordo di arbitrato. In secondo luogo, questo motivo di impugnazione non può trovare applicazione nel caso in cui la stipulazione della convenzione arbitrale avvenga per fatti concludenti, dal momento che, in questa ipotesi, i limiti della convenzione di arbitrato coincidono con i limiti delle domande delle parti. In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 150.

implicito dei limiti della convenzione di arbitrato “*ai soli fini endoprocedimentali*”²⁶⁰. Ed ove entrambe le parti proponessero una domanda *extra – compromissum*, gli arbitri sono tenuti a decidere, pena l’invalidità del lodo per omessa pronuncia²⁶¹.

- (ii) La seconda fattispecie in esame è la decisione esorbitante dai limiti dell’accordo di arbitrato in assenza di domanda di parte. In questo caso le parti (che conoscono il vizio solo dal lodo), potranno far valere il motivo di impugnazione senza dover sottostare ad alcun onere di previa eccezione²⁶².

Una parte della dottrina si chiedeva se l’ipotesi in cui gli arbitri pronuncino oltre i limiti delle domande delle parti, ma entro i limiti oggettivi della convenzione arbitrale, potesse essere ricondotta sotto questo motivo²⁶³. Questo orientamento, basava la sua teoria sul presupposto che il motivo di impugnazione in esame fosse un presidio del principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, sancito per il giudizio ordinario di cognizione dall’art. 112 c.p.c. Questa tesi veniva criticata con l’assunto che il dettato normativo dell’art. 829, I comma, n. 4

²⁶⁰ Così, C. CONSOLO, *L’impugnazione delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., cit., p. 399. Questa combinazione tra domanda esorbitante e mancata eccezione avversaria è stata configurata, da V. ANDRIOLI, *Commentario al c.p.c.*, cit., p. 833, come “*compromesso tacito*”. *Contra* S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, Milano, 1971, p. 281, secondo cui si tratterebbe di fattispecie riconducibile ad un mero comportamento processuale, privo di effetti sostanziali sul patto compromissorio originario.

²⁶¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 726.

²⁶² In questo senso, E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 152 e segg.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., cit., p. 435; S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, III ed., cit., p. 226 e segg.

²⁶³ S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, cit., p. 158; L. LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 68. Nello stesso senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, cit., p. 215.

c.p.c. era chiaro: per essere annullato il lodo doveva aver pronunciato fuori dai limiti della convezione di arbitrato.

Oggi, ove le statuizioni di merito rimangano all'interno della convenzione di arbitrato, il pericolo di extra-petizione non è scongiurato, in quanto deve pur sempre essere rispettato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato²⁶⁴. Nel caso in cui, dunque, gli arbitri si pronuncino su un rapporto che, benché rientrante nel patto compromissorio, non sia stato oggetto di domanda di alcuna delle parti, ne consegue la nullità del lodo, ma ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 4 c.p.c., seconda parte, che consente di censurare la decisione quando gli arbitri hanno deciso nel merito in ogni "*altro caso in cui il merito della controversia non poteva essere deciso*"²⁶⁵.

3.1 Segue. L'art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.: il lodo che ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso.

Come si evince dalla locuzione "*altro caso*", l'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c. disciplina un'ipotesi residuale.

Al motivo in esame vanno sicuramente ricondotte tutte le ipotesi in cui gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare una decisione di inammissibilità in rito, anziché decidere il merito

²⁶⁴ In questo senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 728.

²⁶⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 728; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 155.

della controversia a causa di una questione processuale impediente (diversa da quelle previste nell'art. 829, I comma, nn. 1 e 2, c.p.c.). Si pensi, a titolo esemplificativo, al mancato rilievo di un difetto di presupposti processuali, o di legittimazione processuale, o, ancora, di litisconsorzio necessario²⁶⁶.

Al motivo di impugnazione in esame dovrebbero essere, inoltre, ricondotte tutte le violazioni del principio del contraddittorio in senso “statico”, mentre il motivo di impugnazione espressamente dedicato alla violazione del principio del contraddittorio (art. 829, I comma, n. 9 c.p.c.) consente la censura delle sole ipotesi di mancato rispetto del contraddittorio in senso “dinamico”²⁶⁷.

²⁶⁶ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 156 e segg., ed, altresì, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 729. L'A. fa rientrare in questa ipotesi anche il problema della sindacabilità dei vizi inerenti la legittimazione processuale in arbitrato, portando, a titolo esemplificativo, l'ipotesi del difetto di delibera autorizzativa alla partecipazione, ad un processo arbitrale, del rappresentante di un ente pubblico. Infatti, costituendo la suddetta ipotesi un requisito di efficacia della costituzione in giudizio, esso si risolve in un vizio di legittimazione processuale non sindacabile sotto il n. 7 e neppure sotto altri motivi. Se, dunque, continua l'A., questo vizio riguarda unicamente la rappresentanza nel giudizio arbitrale, il vizio potrà essere fatto rientrare sotto l'ipotesi della seconda parte del n. 4.

²⁶⁷ Di questa opinione, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 158. L'A. si sofferma sulle due nozioni di contraddittorio in senso dinamico ed in senso statico. Per quanto riguarda il principio del contraddittorio in senso statico, l'A. si riferisce al principio, sancito per i giudizi davanti al giudice togato, nell'art. 101 c.p.c., secondo il quale il giudice non può decidere il merito della controversia se la parte nei cui confronti deve decidere non è messa in condizione di partecipare al processo; la seconda e complementare nozione di contraddittorio, in senso “dinamico”, ricavabile dagli artt. 24 e 111 Cost., impone di realizzare l'uguaglianza delle parti durante lo svolgimento del processo, in modo da assicurare alle stesse eguali “*chance di partecipazione dinamica*”. Per un'analisi dettagliata di questa distinzione, si vedano L. P. COMOGLIO, *Voce contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. III, Roma, 1988, p. 5 e segg.; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 228, secondo cui le conseguenze della violazione delle regole del contraddittorio vanno esaminate distintamente a seconda che ad essere violato sia l'aspetto statico o quello dinamico del principio.

In sostanza, secondo questo orientamento, diversa è la rilevanza da attribuire alla violazione dell'integrità del contraddittorio, a seconda che essa si concretizzi nel precludere ad una parte la partecipazione al giudizio, ovvero nell'impedirle l'adeguato svolgimento delle proprie difese. Solo nel primo caso, infatti, gli arbitri non devono decidere nel merito, perché la non integrità del contraddittorio dà luogo ad una questione processuale impediante²⁶⁸.

Un elemento fra tutti, secondo questa teoria, porta alla suddetta conclusione. Si tratta dell'esito dell'impugnazione (art. 830, II comma, c.p.c.): se, infatti, essa viene accolta *ex art. 829, I comma, n. 9, c.p.c.*, la fase rescissoria si svolge davanti alla corte d'appello; se essa è, invece, accolta *ex art. 829, I comma, n. 4, c.p.c.* la corte d'appello deve limitarsi ad emettere una pronuncia ablativa del lodo. Infatti, se la violazione del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale consiste nel negare ad un soggetto la partecipazione al giudizio (come accade in caso di pretermissione del litisconsorte necessario o di mancata comunicazione della domanda di arbitrato) il potere, in capo alla corte d'appello, di decidere nel merito, dopo l'annullamento, va escluso²⁶⁹. Più controverso è, invece, il pregiudiziale problema se nell'arbitrato viga, come nei giudizi davanti al giudice togato, la regola, secondo cui possibile oggetto dell'azione sono i diritti

²⁶⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 158.

²⁶⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 158, che ricorda come la corte d'appello sia il giudice naturale che può pronunciare sul merito solo se l'annullamento ha ad oggetto un lodo che costituisce l'esito dell'effettivo svolgimento di un giudizio dinanzi agli arbitri.

soggettivi (garantito dall'art. 24, I comma, Cost.) e non invece, a meno di espressa previsione, le mere situazioni giuridiche di carattere prodromico, i semplici fatti (ancorché giuridicamente rilevanti) o la loro qualificazione giuridica.

Un'autorevole dottrina dà risposta negativa, sostenendo una maggiore ampiezza del possibile oggetto dell'arbitrato rispetto a quello del giudizio davanti al giudice togato, poiché il primo comprende anche le mere questioni che davanti al giudice togato non si ritengono costituire la "*minima unità strutturale*". Nell'arbitrato, rileva la suddetta dottrina, "*le parti non fanno uso del 'servizio pubblico', bensì nominano e pagano l'arbitro, e quindi possono anche limitare il suo intervento alla decisione di una sola delle questioni relative all'esistenza del diritto...*"²⁷⁰.

Proseguendo nell'esame della portata di questo nuovo motivo di impugnazione, anche il lodo che decida su un oggetto privo delle caratteristiche della "*minima unità strutturale*" capace di costituire l'oggetto di una vera e propria decisione rientra in questo motivo²⁷¹.

²⁷⁰ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 395. Contra, R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., p. 148; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 163. Secondo cui l'attribuzione al lodo di un possibile oggetto più ampio rispetto a quello della sentenza del giudice togato confligge con il principio costituzionale di uguaglianza, sancito nell'art. 3 della Costituzione, soprattutto con riferimento ai costi. In secondo luogo, secondo l'A., se il rischio di abuso del servizio pubblico non può configurarsi con riferimento all'attività degli arbitri, esso torna a profilarsi, nel momento in cui il lodo venga impugnato davanti al giudice togato, così come in tutte le altre possibili occasioni in cui lo svolgimento di un giudizio arbitrale implica l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria (ricusazione, nomina o sostituzione degli arbitri per esempio). Ed allora, ancora una volta, il giudice togato non può essere chiamato a pronunciarsi, quale che sia la sede – giudizio di primo grado o giudizio di impugnazione –, su una controversia con oggetto non idoneo.

²⁷¹ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 164. L'oggetto idoneo di accertamento è infatti una condizione di decidibilità

Inoltre, rientra in questa ipotesi anche il lodo che decida su un oggetto compreso nella convenzione di arbitrato, ma risulti viziato per *ultra* o *extrapetizione*. A differenza delle ipotesi riconducibili all'art. 829, I comma, prima parte, n. 4, c.p.c. (in cui il lodo deve essere annullato, perché risolve una controversia che le parti non hanno scelto di devolvere ad arbitri), qui, invece, la controversia, ove sorgesse, andrebbe devoluta ad arbitri (perché compresa nella convenzione di arbitrato); tuttavia, finché la parti non propongono la domanda, gli arbitri non devono rendere alcuna decisione di merito e, se lo fanno, il lodo va annullato *ex art.* 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.²⁷².

Deve essere impugnato con questo motivo anche il lodo che abbia deciso anziché conosciuto *incidenter tantum* – così come oggi consente l'art. 819 *bis* c.p.c. – una questione pregiudiziale avente ad oggetto una materia non arbitrale. Si tratta di un caso in cui il merito della controversia (avente ad oggetto la questione pregiudiziale) non poteva essere deciso, a causa della non compromettibilità della stessa e la decisione nel merito è frutto di un errore degli arbitri, i quali dovevano limitarsi alla mera cognizione²⁷³.

della causa nel merito: il lodo va infatti, il lodo va annullato, perché gli arbitri non potevano decidere il merito della controversia, ma dovevano dichiarare inammissibile la domanda.

²⁷² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 164. *Contra*, C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 259 secondo cui l'ipotesi in esame andrebbe ricondotta sotto i n. 7 dell'art. 829, che sanziona espressamente la violazione delle forme prescritte dalle parti.

²⁷³ Così, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 157; S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 186; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 164, secondo cui il capo del lodo che abbia deciso anziché conosciuto *incidenter* una questione pregiudiziale avente ad oggetto materia non arbitrale

Rientra, inoltre, in questo motivo l'ipotesi del lodo qualificato dagli arbitri come rituale, nonostante le parti volessero un lodo irrituale. Questo argomento aveva dato vita ad un acceso dibattito, già prima della riforma²⁷⁴.

Prima della novella del 2006, questa ipotesi era ricondotta sotto il motivo di impugnazione previsto all'art. 829, I comma, n.

merita il predicato dell'inesistenza, al pari del lodo che abbia integralmente ad oggetto tali materie. *Contra*, G. RUFFINI – S. BOCCAGNA, *sub art. 829*, in C. CONSOLO e F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, III, 3° ed., diretta da C. CONSOLO, III, cit., p. 6049.

²⁷⁴ Sul punto, un problema pregiudiziale era stato quello dell'ammissibilità dell'impugnazione di cui agli artt. 829 e segg. c.p.c. Secondo, E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 385; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, II ed., cit., p. 123 e segg., il provvedimento andrebbe impugnato con i mezzi che si sarebbero dovuti utilizzare, se esso fosse stato pronunciato nelle forme previste dalla legge. Cosicché, seguendo questo orientamento, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, cit., p. 506, e, per quanto riguarda la giurisprudenza, *App. Bologna*, 28 giugno 1990, n. 668, in *Riv. arb.*, 1991, p. 563 e segg., ritengono che l'impugnazione per nullità ex artt. 828 ss. c.p.c. deve essere dichiarata inammissibile allorché il giudice adito rilevi, anche ex officio, che il lodo, pur se omologato, è da qualificarsi, in base all'interpretazione dell'accordo compromissorio, come libero e non come rituale. Ed ancora, secondo S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, cit., p. 512 e segg., l'ammissibilità dell'impugnazione del lodo nelle forme degli artt. 829 c.p.c. e ss. andrebbe esclusa in radice, perché l'impugnazione davanti alla corte d'appello comporterebbe “*il mancato rispetto de principio del doppio grado di giurisdizione, laddove previsto (come nel caso dell'impugnazione di un esito decisivo da arbitrato irrituale), con conseguente menomazione del diritto inviolabile della difesa (art. 24), assicurato dalla Costituzione alla parte soccombente che ne aveva diritto e che, anche per suo errore, non l'abbia esercitato attraverso l'impugnazione dell'atto davanti al giudice ordinariamente competente per l'esame della legittimità dell'assetto negoziale scaturito dal lodo irrituale, avendo percorso altra strada (quella dell'esame nell'unico grado di merito davanti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 828 e segg. c.p.c.)*”. *Contra*, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 166 e segg., secondo cui la tesi dell'inammissibilità dell'impugnazione non può essere condivisa. L'impugnazione per nullità di quel lodo non determina una lesione del diritto di difesa delle parti e del principio del doppio grado di giurisdizione. “*Una lesione si verificherebbe se la corte d'appello giudicasse nei limiti delle censure consentite dall'art. 829 c.p.c. il lodo erroneamente qualificato come rituale e, una volta annullatolo, decidesse nel merito*”. Secondo l'A. questo rischio non si corre, tuttavia, se l'impugnazione si propone ex art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c., in quanto l'accoglimento della stessa consiste in un esito esclusivamente rescindente. All'ablazione del lodo seguirà infatti la pronuncia da parte degli arbitri di un lodo irrituale, che, a sua volta, sarà impugnabile con gli ordinari rimedi delle impugnative negoziali, davanti al tribunale in primo grado, con piena salvezza del doppio grado di giurisdizione. In altre parole, l'annullamento del lodo ex art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c. restituisce il sindacato sul lodo irrituale al giudice togato di primo grado (cui è riservata la decisione sulla impugnative negoziali).

4, c.p.c., che, nella previgente formulazione, consentiva la censura del lodo che avesse pronunciato “*oltre i limiti del compromesso*”²⁷⁵.

Oggi, sembra che l’ipotesi in esame vada ricondotta sotto la previsione del nuovo art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.²⁷⁶. In effetti, gli arbitri chiamati a pronunciare un lodo irrituale, anziché emettere un atto di natura negoziale, rendono una decisione sul merito della controversia. Insomma è anche questo un caso in cui “*il merito della controversia non poteva essere deciso*”.

Si continua, invece, a discutere se l’ipotesi in esame ricomprenda anche i casi in cui l’arbitro abbia deciso secondo diritto, quando le parti avevano stabilito, o anche solo autorizzato, la decisione secondo equità o viceversa²⁷⁷.

Nel caso in cui gli arbitri, tenuti all’equità, abbiano pronunciato secondo diritto, poiché diritto ed equità possono coincidere, sarà sotto quest’ultimo profilo che il lodo potrà essere impugnato. Viceversa, se invece gli arbitri abbiano deciso secondo equità (pur essendo autorizzati a decidere secondo

²⁷⁵ Questo motivo, si sosteneva, autorizzava la censura dei lodi che costituissero il frutto di un eccesso di potere degli arbitri. E la pronuncia di un lodo rituale, a fronte di parti che chiedevano un lodo irrituale, era secondo questo orientamento, una forma di eccesso di potere. In questo senso, E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 166 e segg.

²⁷⁶ *Contra*, P. L. NELA, *Il sindacato della Corte cassazione sul caso in cui un patto compromissorio irrituale ha dato vita ad un arbitrato rituale*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2277 e segg., secondo cui il lodo pronunciato erroneamente come rituale sarebbe inesistente, al pari di un lodo pronunciato sulla base di una convenzione di arbitrato inesistente.

²⁷⁷ In proposito, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 730 che ricorda come parte della dottrina avesse ritenuto, prima della riforma, che il vizio fosse sanzionabile con la violazione di legge. Mentre altra parte della dottrina, fosse orientata per la soluzione opposta, affermando che l’eccesso di potere esaurisce il motivo di censura, senza che la parte debba dimostrare la violazione di norme di diritto.

diritto) il vizio rientrerà nell'ipotesi di cui all'art. 829, I comma, n. 4 c.p.c.²⁷⁸.

3.2. *Segue. L'esito dell'impugnazione per nullità accolta ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 4 c.p.c.*

L'impugnazione per nullità accolta per questo motivo ha, a norma dell'art. 830, II comma, c.p.c., così come novellato dal d. lgs. n. 40 del 2006, un esito meramente rescindente.

La ragione della preclusione in capo alla corte d'appello della decisione di merito, nell'ipotesi del lodo reso oltre i limiti della convenzione di arbitrato, risiede ancora nella carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri²⁷⁹. La controversia non compresa nella convenzione di arbitrato non va decisa nel merito della corte d'appello, ma dal giudice togato di primo grado, ovvero da arbitri, previa la stipulazione di un altro accordo arbitrale con oggetto più ampio²⁸⁰.

L'esito rescindente dell'impugnazione accolta perché gli arbitri hanno deciso il merito della controversia, in un'ipotesi in cui essi avrebbero dovuto emettere una pronuncia declinatoria di inammissibilità della domanda risponde alla stessa *ratio* degli

²⁷⁸ A meno che, secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 732, la decisione, pur essendo stata resa secondo equità, sia conforme alle regole di diritto.

²⁷⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 171.

²⁸⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 171, secondo cui in difetto di una convenzione di arbitrato, giudice naturale è il giudice togato di primo grado.

artt. 354 e 383 c.p.c., che impongono rispettivamente, alla corte d'appello e alla Corte di cassazione, l'annullamento della sentenza impugnata e il rinvio al giudice di primo grado²⁸¹.

Anche nel caso del lodo reso, per errore dagli arbitri, come rituale, secondo una parte della dottrina, la corte d'appello ha il potere di emettere una pronuncia di annullamento parziale avente ad oggetto la sola qualifica come rituale del lodo, con conseguente salvezza del lodo irrituale. Sicché: *“la parte che avrà rimosso dalla realtà il lodo definito come rituale (...) potrà quindi fruire di entrambi i gradi concessi per l'impugnativa negoziale del lodo irrituale; l'altra parte, a sua volta, potrà far valere il lodo solo come atto di autonomia privata, fondandone – ad esempio – il titolo per un procedimento monitorio”*²⁸².

Tuttavia, come rilevato da un'altra parte della dottrina, non è previsto che dall'annullamento parziale di un lodo qualificato erroneamente rituale possa derivare un lodo irrituale, poiché in realtà ciò che residua è la pronuncia di un lodo privo di qualificazione²⁸³.

Nel caso del lodo che abbia deciso, anziché conosciuto *incidenter* una questione pregiudiziale avente ad oggetto materia

²⁸¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 171. L'A. porta l'esempio della mancata partecipazione di un litisconsorte necessario. L'annullamento, in entrambi i casi sopra considerati, dovrebbe avere come oggetto solo la parte di lodo effettivamente viziata; e così, sia il caso di decisione arbitrale *ultra* o *extra petita* (riconducibile, come si è detto, all'art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.), sia in caso di lodo pronunciato fuori dei limiti della convenzione arbitrale, dovrebbe, ove possibile, conservare efficacia la soluzione data dagli arbitri alla controversia corrispondente, rispettivamente, alle domande delle parti e ai limiti della convenzione di arbitrato.

²⁸² C. CECHELLA, *La impugnazione del lodo irrituale qualificato erroneamente come rituale e muto di esecutività*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 53 e segg.

²⁸³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 175.

non arbitrale (art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c.), l'esito dell'impugnazione può consistere in un annullamento parziale, avente ad oggetto il capo del lodo suddetto²⁸⁴.

4. L' art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.: il lodo che non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'art. 823 c.p.c.

La nuova formulazione dell'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c. prevede l'annullabilità del lodo privo dei requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'art. 823 c.p.c., ovvero, rispettivamente: l'esposizione sommaria dei motivi; il dispositivo e la sottoscrizione degli arbitri²⁸⁵.

Con riferimento a quest'ultimo punto, una parte della dottrina si è chiesta se il lodo privo delle sottoscrizioni degli arbitri possa essere qualificato, in via interpretativa,

²⁸⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 175., secondo cui quel capo di sentenza, merita il predicato dell'inesistenza, al pari del lodo che abbia integralmente ad oggetto tali materie.

²⁸⁵ Rispetto alla previgente formulazione emergono alcune differenze. In primo luogo, la mancata indicazione della sede dell'arbitrato, del luogo e del modo in cui il lodo è stato deliberato non costituisce più causa di nullità. Questi elementi potranno essere integrati a norma dell'art. 826 c.p.c. In secondo luogo, l'omissione dell'indicazione del giorno mese ed anno in cui la sottoscrizione è apposta, non costituisce più motivo di nullità. Tuttavia, poiché si tratta di un requisito fondamentale (depongono in questo senso sia l'art. 824 *bis* c.p.c., che attribuisce al lodo gli effetti della sentenza pronunciata dell'autorità giudiziaria "dalla data della sua ultima sottoscrizione"; sia l'art. 828, II comma, c.p.c., secondo il quale "l'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione") la dottrina più attenta si è adoperata affinché fosse individuato un rimedio. Inoltre, sempre secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 176, ove la data delle sottoscrizioni non possa essere ricavata dalla data della deliberazione, la sua mancanza può essere ricondotta alla lettera a) dell'art. 826, I comma, c.p.c., che consente la correzione del lodo, con formula omnicomprensiva, in caso di "omissioni o errori materiali o di calcolo".

inesistente²⁸⁶. Sono due gli elementi che fanno propendere per questa soluzione: un'applicazione analogica della disciplina della sentenza, che, se non sottoscritta, è, a norma dell'art. 161, II comma, c.p.c., inesistente; la funzione cui assolve la sottoscrizione del lodo (che, oltre ad individuare il soggetto dal quale proviene la decisione, costituisce l'equivalente della pubblicazione della sentenza, quanto meno ai fini dell'impugnazione *ex art. 828, II comma, c.p.c.*). Ciò significa, secondo questa autorevole dottrina, che il lodo non sottoscritto non può essere impugnato in caso di mancata notifica; e un lodo non impugnabile (anche se solo sotto il profilo del termine lungo di impugnazione) è privo dell'attitudine ad acquistare efficacia vincolante ed è, pertanto, radicalmente inefficace (ovvero inesistente)²⁸⁷.

Con riferimento all'esito dell'impugnazione accolta per questo motivo, quando la corte d'appello annulla il lodo, essa decide il merito della controversia, sostituendo la propria pronuncia a quella degli arbitri (art. 830, II comma, c.p.c.)²⁸⁸. Viceversa, se l'impugnazione è accolta per mancata sottoscrizione degli arbitri, essa deve avere un esito rescindente, in deroga a quanto dispone l'art. 830, II comma, c.p.c., perché la

²⁸⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 179; *Contra*, N. GIUDICEANDREA, *Appunti su l'esistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. it.*, 1955, 4, p. 89 e segg., secondo cui la non sottoscrizione della sentenza sarebbe un caso di nullità e non di inesistenza.

²⁸⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 180.

²⁸⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 183. Lo svolgimento della fase rescissoria davanti alla corte d'appello si spiega agevolmente, con la constatazione che il giudizio arbitrale si è svolto ed è stata attuata la volontà delle parti di ottenere una decisione da parte di arbitri della controversia fra loro insorta.

sentenza della corte d'appello ha una funzione meramente dichiarativa dell'inesistenza del lodo²⁸⁹.

4.1 Segue. L'art. 829, I comma, n. 5 c.p.c.: la mancanza della "esposizione sommaria dei motivi".

Dal combinato disposto degli artt. 823 e 829, n. 5, c.p.c. risulta che il vizio preso qui in considerazione consiste nell' "omissione della sommaria esposizione dei motivi".

L'ineliminabile confronto con l'analogo vizio delle sentenze ricorribili in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c., ha dato luogo ad un dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Da una parte, infatti, c'è chi sostiene che questo requisito ed i suoi vizi debbano essere interpretati in modo analogo sia per le sentenze sia per i lodi²⁹⁰; dall'altra c'è chi vede nelle due ipotesi una differenza di disciplina²⁹¹.

In giurisprudenza esiste un orientamento maggioritario, secondo cui il riferimento all'omissione dei motivi del lodo e l'assenza di un richiamo a censure attinenti alla loro insufficienza o contraddittorietà, danno luogo ad un ambito di operatività del

²⁸⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 183.

²⁹⁰ Si vedano: P. CALAMANDREI, *Diritto ed equità nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 72; E. FAZZALARI, *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, cit., p. 1 e segg.; A. BERLINGUER, *Ius dicere nell'arbitrato: note comparative sulla motivazione del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 316.

²⁹¹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit. p. 220 e segg.; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 161; C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 219.

vizio più limitato rispetto alla disciplina delle sentenze²⁹². Così, si sostiene che l'annullamento del lodo possa aversi solo ove “*la motivazione manchi del tutto o sia a tal punto carente da non consentire di comprendere l'iter del ragionamento compiuto dagli arbitri e di individuare la ratio della decisione adottata*”²⁹³. La ragion d'essere di questa scelta del legislatore risiederebbe, secondo una dottrina, nella circostanza che “*il lodo arbitrale è voluto come strumento di una giustizia privata alternativa alla statale proprio in quanto più stabile, e ciò perché esposta ad un più ristretto ventaglio di motivi di impugnazione di parte*”²⁹⁴.

In quest'ottica si pongono numerose sentenze della Suprema Corte che hanno censurato i giudici dell'impugnazione per nullità per aver sconfinato dall'unico criterio di valutazione ammissibile: la sussistenza di una motivazione che consenta di ricostruire la *ratio* che ha portato alla decisione arbitrale²⁹⁵. Peraltro, sia la dottrina, sia la giurisprudenza che seguono l'orientamento appena citato introducono rilevanti temperamenti alla regola generale²⁹⁶.

²⁹² In proposito, si vedano Cass., 18 maggio 1994, n. 4881, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Arbitrato*, n. 131; Cass., 15 dicembre 1983, n. 7402, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce *Arbitrato*, n. 112; Cass., 17 marzo 1982, n. 1724, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *Arbitrato*, n. 93. Il diverso grado di censurabilità del lodo discende anche, si sostiene, dal minor rigore formale imposto dalla legge alla motivazione del lodo, che deve contenere a norma dell'art. 823, n. 5 (*ex n. 3*) “l'esposizione sommaria dei motivi” e non l'esposizione “concisa” degli stessi (artt. 132, 281 *sexies*, c.p.c. e 188 disp. att.).

²⁹³ Così, Cass. 14 febbraio 2003, n. 2211, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 330.

²⁹⁴ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 228.

²⁹⁵ Si vedano, *ex multis*, Cass., 12 aprile 2007, n. 8798, in *Guida al dir.*, n. 23, 2007 p. 43; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3768, in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *Arbitrato*, n. 181; Cass., 20 marzo 2003, n. 4078, in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *Arbitrato*, n. 167; Cass., 20 settembre 2000, n. 12430, in *Guida al dir.*, n. 45, 2000, p. 97.

²⁹⁶ Infatti, a prescindere dall'ipotesi, per il vero piuttosto rara, di omissione completa, la mancanza della *ratio decidendi* può verificarsi anche nel caso in cui la motivazione sia formalmente presente, ma sia tale da integrare gli estremi di un'omissione sostanziale. In

A questa opinione si contrappone la tesi prevalente in dottrina e minoritaria in giurisprudenza, che nega differenze sia fra l'onere di motivazione degli arbitri e dei giudici, sia fra il sindacato concesso alla corte d'appello (in sede di impugnazione del lodo) e quello riservato alla Cassazione (in sede di ricorso per cassazione). Questo orientamento supera il limite di maggior rigore che si concretizza nell'omissione della motivazione, anche in forza di un'esegesi rispettosa dei canoni costituzionali²⁹⁷.

Una terza soluzione, avanzata da una parte della dottrina si preoccupa di ridimensionare la distanza tra i due orientamenti, usando come punto di riferimento la complessiva disciplina dei motivi di impugnazione del lodo²⁹⁸ e ricavando da ciò il principio

tale ipotesi, come affermato da M. TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 508 si finisce per sconfinare nell'ipotesi di insufficienza della motivazione. In giurisprudenza, Cass., 14 ottobre 1988, n. 5603, in *Mass. Foro it.*, 1988, 828 che esclude che i giudici dell'impugnazione per nullità abbiano sbagliato nel non essere entrati nel merito dei contenuti della motivazione, limitandosi a constatare l'esistenza di un'ampia motivazione.

²⁹⁷ Il tenore della legge, nella parte in cui consente una più profonda censura della motivazione delle sentenze rispetto alla motivazione dei lodi, va sottoposto, secondo questo orientamento, ad un'interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata con particolare riferimento alle garanzie di cui agli artt. 3 e 111, VI comma, Cost. Alla luce di queste norme della Costituzione, il combinato disposto dell'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c. e dell'art. 823, n. 3, c.p.c. deve interpretarsi secondo le stesse regole che governano il sindacato sulla motivazione delle sentenze emesse dai giudici togati. In questo senso, E. FAZZALARI, *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 3; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 288; C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 252; A. FUSILLO, *L'impugnazione del lodo per mancanza di motivazione e per contraddittorietà di disposizioni*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 306 e segg.

²⁹⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 186 e segg., da cui si evince, peraltro, che i vizi della motivazione del lodo risultano talora sanzionati in modo addirittura più severo di quanto non accada per la sentenza. E ciò sulla base di alcune considerazioni. In primo luogo, mentre la sentenza non può essere annullata per vizi della motivazione in diritto, ad opposta conclusione deve pervenirsi per il lodo. Infatti, per la validità della sentenza e dei provvedimenti decisori del giudice togato la sola motivazione in fatto è un requisito richiesto a pena di nullità (art. 360, n. 5, c.p.c.). Diversa è la situazione nell'arbitrato. L'art. 829, III comma, c.p.c. consente infatti la censura del lodo, per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, solo se le parti espressamente lo richiedono: la circostanza che il lodo possa essere insuscettibile di annullamento per errore di diritto impone pertanto, secondo questo

secondo cui gli arbitri sono sempre tenuti a pena di nullità del lodo – ai sensi dell’art. 829, I comma, n. 5 c.p.c. alla motivazione in diritto, oltre che in fatto. In sintesi, la motivazione in diritto come quella in fatto – deve consentire di ricostruire la *ratio decidendi* del lodo, pena la nullità dello stesso *ex art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.*

Un altro profilo di censura della motivazione del lodo è desumibile, indirettamente, dall’art. 827, III comma, c.p.c., a norma del quale “...*il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo*”. Il lodo non definitivo su questioni è un provvedimento degli arbitri incapace di acquisire efficacia al di fuori del giudizio arbitrale, perché risolve una o più questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito con efficacia vincolante all’interno del solo giudizio arbitrale²⁹⁹. Sicché, se il lodo non definitivo è impugnabile unitamente a quello definitivo, e il primo reca una parte della motivazione, l’eventuale contrasto fra la motivazione del lodo definitivo e di quello non definitivo su questioni potrà essere censurato *ex art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.*³⁰⁰.

orientamento, di ritenere gli arbitri sempre e comunque tenuti – a pena di nullità del lodo *ex art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.* – a corredare la loro decisione della motivazione in diritto (oltre che in fatto). Negare alla corte d’appello il potere di annullare un lodo, nel caso questo sia privo di una motivazione in diritto comprensibile e pertinente, significherebbe infatti autorizzare gli arbitri a non dare alcuna spiegazione in punto di diritto, in tutti i casi in cui le parti abbiano rinunciato all’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito delle controversie.

²⁹⁹ Per un’analisi dell’argomento prima che il lodo non definitivo su questioni (c.d. lodo interlocutorio) fosse espressamente previsto dalla legge, si veda G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, p. 249.

³⁰⁰ E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 192, ritiene, inoltre, che possa essere censurata sempre con il vizio di cui all’art. 829, I

Va, infine, rilevato che il motivo previsto nell'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c. consente, in alcuni casi, di censurare anche il contrasto tra il dispositivo e la motivazione del lodo³⁰¹.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il contrasto tra dispositivo e motivazione sia tale da impedire di comprendere la *ratio decidendi* della motivazione³⁰². Diversamente, la giurisprudenza è giunta ad affermare che il caso in cui vi sia divergenza fra la motivazione ed il dispositivo non porta ad un problema di validità del lodo, bensì di interpretazione³⁰³.

Un ulteriore profilo di censurabilità della decisione arbitrale, dal punto di vista dei vizi della motivazione, può scaturire secondo una parte della dottrina, indirettamente, dal motivo di impugnazione previsto nell'art. 829, I comma, n. 12, c.p.c., a norma del quale è ammessa l'impugnazione per nullità se il lodo “*non ha pronunciato su alcuna delle (domande e delle) eccezioni proposte dalle parti in conformità della convenzione di arbitrato*”³⁰⁴. Del relativo motivo, si tratterà in seguito.

comma, n. 5 c.p.c. la contraddittorietà della motivazione del lodo non definitivo rispetto all'ordinanza revocabile con cui le parti abbiano deciso di risolvere le questioni pregiudiziali di rito o pregiudiziali di merito

³⁰¹ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 194, il contrasto tra il dispositivo e la motivazione del lodo non può essere censurato con il nuovo motivo di cui all'art. 829, I comma, n. 11 c.p.c., che dà rilevanza alla contraddittorietà all'interno del dispositivo. *Contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 742 secondo cui, invece, laddove il dispositivo sia desumibile in modo chiaro dalla motivazione, potrà ravvisarsi un'ipotesi di contraddittorietà ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 11 c.p.c.

³⁰² E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, Milano, 1999, p. 508.

³⁰³ Cass. 11 febbraio 1988, n. 1465, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1508.

³⁰⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 197.

All'annullamento del lodo per mancanza della esposizione dei motivi l'art. 830, II comma, c.p.c. segue la decisione nel merito della corte d'appello: il lodo non motivato è viziato, ma suppone, l'avvenuto svolgimento del giudizio arbitrale.

4.2. Segue. Il lodo privo del dispositivo.

Il campo di applicazione del motivo di impugnazione che consente di annullare il lodo mancante del dispositivo è piuttosto circoscritto, da un lato, perché al n. 11 dell'art. 829, I comma, c.p.c. è previsto, come autonoma ipotesi di nullità del lodo, il caso che esso contenga “*disposizioni contraddittorie*” e, dall'altro lato, perché la mancanza del dispositivo non si configura allorché si tratti di mera carenza formale dello stesso, qualora la decisione possa comunque essere ricavata dalla lettura del lodo; affinché il lodo sia annullabile la soluzione adottata dagli arbitri deve essere incomprensibile³⁰⁵.

Nell'ipotesi in cui dal lodo non sia possibile ricavare la soluzione data dagli arbitri alla controversia, esso merita secondo l'orientamento maggioritario, il predicato dell'inesistenza, perché non può diventare irretrattabile una decisione non

³⁰⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 197; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 734; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 116. Con riferimento alle sentenze del giudice togato, come rilevato da C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 217, si tratta invece di un'ipotesi di nullità e non di inesistenza.

comprensibile³⁰⁶. Se così è l'esito dell'impugnazione accolta per questo motivo, dovrà allora essere meramente rescindente.

5. *L'art. 829, I comma, n. 6, c.p.c.: il lodo pronunciato dopo la scadenza del termine.*

L'art. 829, I comma, n. 6, c.p.c. consente l'impugnazione se la deliberazione del lodo non avviene entro il termine stabilito dalle parti o dalla legge, a norma dell'art. 820 c.p.c.³⁰⁷.

La *ratio* di questa disposizione risiede nella tutela delle parti, a cui il legislatore vuole evitare di restare vincolate, senza limiti di tempo, alla scelta arbitrale – spesso dettata da un intento di celerità – allorché essa si sia rivelata concretamente inefficace rispetto allo scopo. Non si tratta, dunque, di un intento sanzionatorio nei confronti degli arbitri che si siano resi inadempienti, ritardando le loro attività.

D'altra parte, come rilevato da una dottrina, questa previsione costituisce un corollario del principio del giusto processo, che, come si evince dalla nuova disposizione dedicata

³⁰⁶ E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, cit., p. 604; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 209.

³⁰⁷ Il motivo in esame si rifà alla disciplina di cui agli artt. 820, 821 e segg. c.p.c., nei quali viene imposto agli arbitri un termine per la pronuncia del lodo, decorrente dall'ultima accettazione dell'incarico. Ai sensi dell'art. 821 c.p.c., in particolare, la nullità del lodo per mancato rispetto del termine viene condizionata al rilievo della relativa eccezione da parte di uno dei contendenti, prima della delibera del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto, almeno, dalla maggioranza del collegio arbitrale.

al procedimento arbitrale (art. 816 bis c.p.c.), impone anche e soprattutto in questa sede, una durata, appunto, ragionevole³⁰⁸.

L'impugnazione per il motivo in esame potrà, tuttavia, essere esperita soltanto se la parte interessata abbia invocato il decorso del termine e la conseguente decadenza degli arbitri già in arbitrato, prima della data di deliberazione del lodo quale risulterà dal dispositivo sottoscritto almeno dalla maggioranza degli arbitri. A tal fine, la parte dovrà notificare alle altre parti e agli arbitri, prima della deliberazione, l'intenzione di far valere la decadenza del termine³⁰⁹.

Il legislatore delegato ha indirettamente circoscritto la portata di questo caso di nullità, perché, pur lasciando inalterata la formulazione dell'art. 829, I comma, n. 6, c.p.c., ha reso molto più elastica, all'art. 820 c.p.c., la disciplina del termine per la pronuncia del lodo³¹⁰.

Quanto, infine, all'esito del giudizio di impugnazione, la corte d'appello, una volta annullato il lodo *ex art.* 829, I comma,

³⁰⁸ Si veda M. F. GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, p. 1253 e segg.

³⁰⁹ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 229 e segg. L'A., inoltre, rileva che, poiché il giorno in cui gli arbitri si dovrebbero riunire per deliberare è scelto di libera iniziativa dagli arbitri, prudenza consiglia di compiere detta notifica non appena il termine è scaduto, per essere sicuri di anticipare la riunione deliberativa degli arbitri.

³¹⁰ Infatti, come rilevato da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 222, tra le novità introdotte dalla riforma, vi è innanzitutto la possibilità per gli arbitri di pronunciarsi nel più ampio termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina. Inoltre, il termine può essere prorogato (come nella disciplina previgente), per effetto di dichiarazioni scritte di tutte le parti. Ed ancora, se le parti non hanno disposto diversamente, il termine può essere prorogato di centottanta giorni nelle seguenti nuove ipotesi: se è disposta una consulenza tecnica d'ufficio; in caso di lodo parziale; se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico.

n. 6, c.p.c., passa alla fase rescissoria (art. 830, II comma, c.p.c.), perché il giudizio arbitrale ha avuto integrale svolgimento³¹¹.

6. L'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.: le forme prescritte a pena di nullità.

Il n. 7 prevede, come motivo di impugnazione del lodo per nullità, il fatto che nel procedimento arbitrale non siano state osservate “*le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata*”³¹².

Per poter esperire l'impugnazione devono quindi sussistere le seguenti condizioni:

(i) Le parti devono aver previsto espressamente, ed a pena di nullità, l'applicabilità al procedimento arbitrale di determinate regole processuali. La previsione espressa può avvenire tramite richiamo ai regolamenti arbitrali nell'arbitrato amministrato, ex art. 832 c.p.c., a condizione che si tratti di regolamenti precostituiti³¹³.

Non è più necessario, invece, che le forme processuali dettate dalle parti siano espressamente stabilite dal legislatore a

³¹¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 222, parimenti, altresì, secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 830 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 807, la pronuncia del lodo fuori termine obbliga il giudice dell'annullamento a pronunciarsi anche sul giudizio rescissorio.

³¹² Secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 830 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 747 il lodo può essere impugnato a prescindere dal fatto che sia stato reso secondo diritto o secondo equità.

³¹³ Così, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 830 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 748. In conformità con questa previsione si è ritenuto che la nullità della procura alle liti non provochi la nullità del lodo in assenza di specifico richiamo delle parti. Così, App. Napoli, 9 gennaio 1997, in *Ius*, 1997, p. 640 e segg.

pena di nullità. Secondo una parte della dottrina, la portata concreta della norma sta in ciò: che il legislatore, ignorando, di proposito, la distinzione *ex art. 156 c.p.c.* tra nullità testuali per legge e nullità per inidoneità allo scopo, nonché l'altra distinzione tra nullità sanabili, e nullità insanabili ha dato vita ad una categoria di nullità create per esplicita volontà delle parti e sanabili³¹⁴. Va letto come un completamento di tale disciplina il secondo comma dell'art. 829 c.p.c. che riecheggia quasi alla lettera il secondo ed il terzo comma dell'art. 157 c.p.c. e che non consente di impugnare il lodo per nullità alla parte che vi abbia dato causa o vi abbia rinunciato o non abbia eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola del procedimento arbitrale³¹⁵.

Con l'introduzione di questa previsione, si è data una risposta positiva al quesito, sollevato prima della novella se il potere conferito alle parti di dettare le regole del procedimento, potesse anche andare aldilà dei casi di nullità previsti nel codice di rito per il processo ordinario³¹⁶. Da ciò, una parte della dottrina ha ricavato il principio secondo cui le regole invocabili dalle parti (e la cui violazione determina la nullità del lodo), non sono solo quelle che impongono forme processuali a pena di nullità

³¹⁴ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 229 secondo cui, peraltro, si contemplano in questa ipotesi le sole nullità formali, relative alla forma degli atti. Sul punto, si veda, altresì, M. F. GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 1256 e segg., che parla di potere delle parti di "creare nullità non altrimenti previste".

³¹⁵ La ragione di questa previsione sta in ciò secondo S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 230 che l'ispirazione aformalistica dell'arbitrato porta ad avere un processo meno esposto alle nullità e, perciò, più rapido e più agevole da condurre.

³¹⁶ Così L. P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 692.

nei giudizi davanti al giudice togato, ma possono essere anche altre e diverse regole. Alle parti è, dunque, consentito il rinvio sia a forme processuali previste, ma non a pena di nullità, nei giudizi davanti al giudice togato, sia a forme processuali ulteriori, create ad *hoc* per il giudizio arbitrale³¹⁷. La più significativa portata di questa nuova disposizione risiede nell'attribuzione di un'effettiva forza precettiva alle regole processuali cui gli arbitri devono attenersi negli arbitrati amministrati: si chiarisce, una volta per tutte, la rilevanza che va attribuita alle disposizioni regolamentari dettate a pena di nullità dalle istituzioni arbitrali e richiamate dalle parti³¹⁸.

Al di fuori dell'ambito degli arbitri amministrati, si può ipotizzare che la nuova previsione sia stata concepita, pensando ad alcune regole processuali, non previste a pena di nullità nel giudizio ordinario di cognizione, ma il cui rispetto si era rivelato talora utile davanti agli arbitri³¹⁹. Pertanto, alcune disposizioni che la disciplina previgente non consentiva di sanzionare, e che, oggi, potranno costituire motivi di nullità del lodo, sono: la mancata fissazione dell'udienza finale di discussione o dell'udienza di precisazione delle conclusioni; la violazione del principio di segretezza di cui all'art. 276 c.p.c.; la mancata verbalizzazione e tenuta di un fascicolo d'ufficio; il mancato

³¹⁷ G. F. RICCI, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007, p. 391; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 224.

³¹⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 224

³¹⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 224.

rispetto della conferenza personale nella deliberazione del lodo³²⁰.

Il nuovo tenore di questo motivo di impugnazione impone di chiedersi, se le regole processuali, la cui osservanza può essere oggetto di imposizione, ovvero di esonero, ad iniziativa delle parti, comprendano anche quelle direttamente dettate dal legislatore per il giudizio arbitrale negli artt. 806 segg. c.p.c.

Secondo un orientamento, espressosi prima della novella del 2006, le norme poste direttamente dal codice a tutela del giudizio arbitrale devono essere rispettate indipendentemente dal loro richiamo effettuato dalle parti³²¹. Di diversa opinione un'altra dottrina, secondo cui molte delle norme che disciplinano l'arbitrato sono derogabili e, pertanto, non possono essere imposte alle parti³²².

Sul punto, ritengo condivisibile il primo orientamento: l'adozione di un modello processuale, sia esso l'arbitrato rituale ovvero il processo ordinario di cognizione o un procedimento speciale, implica la necessaria osservanza di tutte le norme che ne disciplinano lo svolgimento. E comunque, anche se si volesse ammettere che alcune delle norme contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. siano derogabili, l'irrilevanza della loro violazione potrebbe al più discendere da un'espressa previsione in tal senso delle parti. In altri termini, la necessità di un espresso richiamo

³²⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 748.

³²¹ G. TARZIA, *sub art. 21 [art. 829 c.p.c.]*, *Casi di nullità*, in G. TARZIA – R. LUZZATO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., p. 166 e segg.

³²² G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 430.

delle norme processuali rilevanti per l'impugnazione del lodo imposto dall'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c. vale solo per disposizioni ulteriori rispetto a quelle di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.³²³

(ii) La nullità non deve essere stata sanata. Ed in proposito, secondo parte della dottrina, per le modalità di sanatoria occorre fare rinvio alle regole generali sulla nullità degli atti processuali, ovvero agli artt. 156 e segg. c.p.c. Dunque, secondo questo orientamento, anche nel caso in cui la nullità sia comminata dalla legge, la conformità dell'atto allo scopo sana la nullità³²⁴.

Secondo una parte della dottrina, la norma non si applica nel caso di nullità assoluta, vale a dire quando il requisito sia del tutto mancante³²⁵. Tuttavia, in proposito, ritengo convincente la critica di altra parte della dottrina secondo cui il n. 7 è applicabile ad ogni specie di nullità formale e ciascuna seguirà il proprio regime di sanatoria secondo la disciplina degli artt. 156 e segg.³²⁶

A questo punto, si impongono due considerazioni finali.

In primo luogo, l'incremento del potere delle parti nella determinazione delle regole prescritte a pena di nullità dell'arbitrato allontana, almeno potenzialmente, il giudizio arbitrale dal mondo del giudizio davanti al giudice togato: da tale punto di vista, la nuova previsione si colloca in controtendenza rispetto alla maggior parte delle altre disposizioni introdotte dal

³²³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 224. C. CECHELLA, (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 228

³²⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 748.

³²⁵ A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, cit., p. 208 e segg.

³²⁶ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 226

legislatore delegato, che invece paiono volte a ravvicinare il giudizio arbitrale al modello del giudizio davanti all'autorità giudiziaria italiana.

In secondo luogo, dovranno essere riconsiderate quelle teorie che vedono nel processo arbitrale forme meno rigorose di quelle del processo ordinario davanti ai giudici dello Stato³²⁷, posto che, almeno virtualmente, il nuovo tenore dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c. attribuisce alle parti il potere di vincolare gli arbitri all'adozione di regole processuali comprensive di tutte quelle previste per i giudizi davanti al giudice togato e di altre elaborate *ad hoc*³²⁸.

Con riferimento all'esito dell'impugnazione, eventuali nullità procedurali non sanate, che portino alla nullità del lodo arbitrale danno ingresso al giudizio rescissorio direttamente davanti al giudice dell'impugnazione per nullità³²⁹

7. L'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.: il lodo contrario ad altra pronuncia arbitrale non più impugnabile o ad altra precedente sentenza passata in giudicato.

Nell'ipotesi presa in considerazione all'art. 829, I comma, n. 8 c.p.c., il lodo arbitrale può essere annullato per contrarietà ad un lodo o ad una sentenza non più impugnabili. Con la nuova

³²⁷ C. CECHELLA, (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 228

³²⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 230.

³²⁹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 806.

disposizione, si è passati dalla riserva “*purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*” alla riserva “*purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento*”.

La nuova formulazione della norma, secondo alcuni, indica che non è più necessaria la deduzione dell’eccezione di cosa giudicata nel corso del giudizio arbitrale (essendo sufficiente che la sentenza o la pronuncia degli arbitri siano prodotti nel corso del procedimento)³³⁰. Questa novità costituisce il frutto della trasposizione nel giudizio arbitrale dell’orientamento secondo cui l’eccezione di cosa giudicata è eccezione in senso lato³³¹. Sicché, condividendo questo orientamento, il legislatore ha reso necessario, ma anche sufficiente, che le parti allegino nel giudizio arbitrale la decisione incontrovertibile (senza bisogno di sollevare la relativa eccezione)³³².

Secondo altri, questa novità, rappresenta una scelta a favore della possibilità per gli arbitri di valutare effettivamente la precedente decisione attraverso la produzione degli atti relativi:

³³⁰ In questo senso, per quanto riguarda la dottrina, si vedano: S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, cit., p. 298; S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., p. 852 e segg.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, II ed., cit., p. 159; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 754; E. MARINUCCI, *Note sull’impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1177 e segg. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si vedano *ex multis*, Cass., 8 febbraio 2005, n. 2005, in *Guida al dir.*, 2005, 15, 86; Cass., 8 luglio 2004, n. 12550, in *Guida al dir.*, 2004, 39, 63; Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro It.*, 2001, 2810.

³³¹ Così S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., p. 188 e segg. Già da tempo la dottrina sostiene la rilevanza d’ufficio dell’eccezione di giudicato; in dottrina si vedano *ex multis*, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 914; A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 209.

³³² E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 199.

tuttavia, l'annullamento del lodo resta, pur sempre, subordinato all'eccezione sul punto³³³.

Nonostante la modifica apportata al motivo di impugnazione in esame, esso continua a comprendere solo il caso del contrasto di giudicati per errore di ragionamento e non invece il contrasto di decisioni per "ignoranza", previsto nell'art. 395, n. 5, c.p.c.³³⁴.

Dal punto di vista della sua portata, questo motivo di impugnazione, consente di censurare il lodo contrario anzitutto a precedente decisione che abbia ad oggetto un rapporto pregiudiziale rispetto a quello deciso dagli arbitri.

In secondo luogo, questo motivo autorizza la fondata impugnazione anche del lodo definitivo che contenga una decisione inconciliabile con quella di un lodo parziale non impugnato ai sensi dell'art. 827, III comma, n. 3, c.p.c. Il lodo

³³³ In questo senso, P. L. NELA, *sub* art. 829 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1867 e segg.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 298; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, cit., p. 214 e segg.

³³⁴ Come rilevato da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 199, con la nuova formulazione della norma in oggetto, il legislatore delegato non sembra avere tenuto conto del giudizio di insufficienza e incompletezza espresso da una parte della dottrina in merito alla precedente versione (introdotta per la prima volta con la novella del 1994), nella parte in cui essa non includeva il motivo di revocazione ordinaria di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c. Il nuovo tenore dell'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c. non comprende infatti, ancora oggi, il suddetto motivo di revocazione ordinaria. Sottolinea l'A.: "*benché, infatti, non sia più impostata la previa eccezione di parte nel corso del giudizio arbitrale, si richiede comunque la produzione in giudizio del lodo o della sentenza precedenti passati in giudicato. Al contrario, la revocazione delle sentenze a norma dell'art. 395, n. 5, c.p.c. è possibile proprio se il documento da cui la sentenza passata in giudicato risulta non sia prodotto in giudizio, vale a dire se il "precedente giudicato è stato semplicemente ignorato"*".

parziale è, in tale caso, un lodo impugnabile e “*precedente*”, ai sensi dell’art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.³³⁵.

Infine il lodo può essere impugnato ai sensi dell’art. 829, I comma, n. 8, c.p.c. se ha un oggetto identico a quello di una precedente sentenza passata in giudicato o di un lodo non più impugnabile e sullo stesso decide in modo difforme³³⁶.

7.1 Segue. L’esito dell’impugnazione accolta ex art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.

Se l’impugnazione del lodo è accolta in forza del motivo di cui all’art. 829, I comma, n. 8, c.p.c., la corte d’appello decide nel merito la controversia.

La *ratio* di questa soluzione appare evidente nell’ipotesi in cui la precedente decisione contraria, che impone l’annullamento del lodo, abbia come oggetto un rapporto pregiudiziale³³⁷. Diversamente, si dovrebbe optare per una soluzione che contrasta con l’economia dei giudizi. Infatti, si dovrebbe ipotizzare un esito rescindente dell’impugnazione, seguito da un nuovo giudizio arbitrale (in cui, peraltro, gli arbitri sarebbero vincolati

³³⁵ E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 201. *Contra*, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 756.

³³⁶ Sebbene a prima vista sembra trattarsi di un’ipotesi di scuola, non è così. Infatti, secondo l’art. 819 *ter*, I comma, c.p.c. oggi è possibile la contemporanea pendenza del giudizio arbitrale e del giudizio ordinario davanti al giudice togato, escludendosi l’applicazione delle regole della *litispendenza*.

³³⁷ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 389.

ad adottare, per il rapporto dipendente, una soluzione conforme alla precedente decisione sul rapporto pregiudiziale)³³⁸.

Invece, il caso in cui la precedente decisione contraria fatta valere con l'impugnazione, abbia oggetto identico a quello del lodo annullato dalla corte d'appello, consente alla corte la decisione nel merito³³⁹.

Questa soluzione, secondo una parte della dottrina, prende le mosse, implicitamente, dalla c.d. teoria sostanziale del giudicato, secondo la quale ogni decisione contiene una nuova regolamentazione del rapporto controverso. Seguendo questa teoria, si deve ritenere che il giudice, investito della medesima controversia già decisa in modo incontrovertibile, deve giudicare in modo conforme alla precedente decisione³⁴⁰. Nel caso in esame, dunque, la corte d'appello, una volta annullato il lodo – perché contrario alla precedente sentenza o lodo rivestiti dell'autorità del giudicato sul medesimo oggetto – pronuncia sul merito *ex art. 830, II comma, c.p.c.* conformemente a quanto deciso nella precedente sentenza o nel precedente lodo³⁴¹.

Se, al contrario, il legislatore avesse accolto la c.d. teoria processuale del giudicato³⁴², la soluzione legislativa ideale

³³⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 202.

³³⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 202.

³⁴⁰ L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, p. 2033 e segg.

³⁴¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 203.

³⁴² Secondo questa teoria, l'assenza di una precedente decisione incontrovertibile costituisce secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, 6° ed, cit., p. 37 e segg., uno dei presupposti processuali; ovvero, secondo G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., cit., p. 914; F.P. LUISO, *Diritto*

avrebbe imposto alla corte d'appello, una volta annullato il lodo contrario a precedente decisione sul medesimo oggetto, una pronuncia rescindente. La precedente decisione avrebbe dovuto costituire infatti per gli arbitri un impedimento a pronunciarsi sul merito e, in sede di giudizio di impugnazione, la corte d'appello dovrebbe annullare il lodo (perché contrario alla precedente decisione) e non pronunciarsi sul merito³⁴³.

D'altra parte, la soluzione di consentire la decisione nel merito da parte della corte d'appello appare anche in linea con il tenore del motivo previsto nell'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c., secondo cui l'impugnazione è possibile se sussiste una precedente decisione contraria (e non anche se la preesistente decisione è conforme a quanto deciso nel lodo). Invero, se la precedente decisione in un'identica controversia costituisse un impedimento alla pronuncia sul merito – per gli arbitri e per la corte d'appello – anche il lodo conforme, ma successivo ad una pronuncia incontrovertibile, meriterebbe di essere annullato. Tuttavia, questa ipotesi non è normativamente prevista.

processuale civile, II, IV, 4° ed., cit., p. 178, rappresenta una condizione per la pronuncia sul merito.

³⁴³ Tale diverso inquadramento avrebbe d'altra parte consentito al legislatore di ricondurre questa fattispecie al motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c., che permette l'annullamento del lodo tutte le volte in cui gli arbitri abbiano deciso il merito della controversia pur in presenza di una questione processuale impediente. Quando l'impugnazione viene accolta per quel motivo, in effetti, l'esito dell'impugnazione è esclusivamente rescindente, in forza del principio secondo cui la corte d'appello può pronunciarsi sul merito solo se e nella misura in cui anche gli arbitri erano dotati di quel potere. Al contrasto fra decisioni, invece, il legislatore, muovendo dall'implicita premessa che gli arbitri, di fronte ad una precedente decisione della controversia a loro sottoposta, avrebbero dovuto pronunciarsi nel merito in modo conforme alla precedente decisione, ha riservato un autonomo motivo di impugnazione e ha previsto lo svolgimento della fase rescissoria davanti alla corte d'appello, una volta annullato il lodo. Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 204.

8. *L'art. 829, I comma, n. 9, c.p.c.: il procedimento arbitrale in cui sia stato violato il principio del contraddittorio.*

Il motivo è stato introdotto dalla novella del 1994 ed ha rafforzato l'orientamento, già affermatosi in precedenza e basato sul previgente art. 816, III comma (oggi art. 816 *bis*) c.p.c. secondo cui il lodo è nullo, anche al di fuori delle strette maglie del n. 7 dell'art. 829 c.p.c. nel caso in cui gli arbitri abbiano violato il contraddittorio, a prescindere dal criterio di giudizio adottato nel lodo.

Il contraddittorio, nell'arbitrato come nel processo ordinario, deve assicurare la collaborazione paritaria ed effettiva delle parti, sia nell'attività di allegazione, sia nell'accertamento dei fatti. L'elaborazione in chiave costituzionale, nell'ambito dell'art. 24, II comma Cost., del diritto al contraddittorio e del diritto alla prova, si deve ad un'autorevole dottrina³⁴⁴.

La vigenza nell'arbitrato del principio del contraddittorio è sancita nell'art. 816 *ter*, III comma, c.p.c., rubricato "*Svolgimento del procedimento*", nel quale si prevede che gli arbitri "*debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*".

Come già specificato *supra*, non tutte le violazioni del principio del contraddittorio vanno censurate con questo motivo

³⁴⁴ E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 117 e segg.

di impugnazione³⁴⁵. Le più gravi violazioni del principio del contraddittorio (quelle cosiddette in senso statico³⁴⁶), che minano in radice la stessa instaurazione del procedimento arbitrale, danno luogo a questioni processuali impedienti e vanno, pertanto, ricondotte al motivo di impugnazione disciplinato nell'art. 829, I comma, n. 4, seconda parte, c.p.c., che consente l'impugnazione del lodo con il quale si è deciso il merito della controversia, benché il merito non dovesse essere deciso.

Vengono qui in considerazione, invece, le violazioni del principio del contraddittorio c.d. in senso dinamico³⁴⁷, configurabili quando la parte non è messa in condizione di svolgere adeguatamente le proprie difese in attuazione della c.d. parità delle armi nel processo (che deve sussistere non solo fra le parti ma anche fra le parti e gli arbitri)³⁴⁸.

Le suddette violazioni possono, anzitutto, nuocere alle parti nella fase della individuazione del *thema decidendum*³⁴⁹.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi della parte che non sia messa in condizione di esporre i propri assunti, di

³⁴⁵ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 232

³⁴⁶ Per questa nozione, si vedano C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit. p. 158 e L. P. COMOGLIO, *Voce contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica*, cit., p. 5 e segg.

³⁴⁷ Per un'analisi dettagliata della distinzione si veda C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit. p. 158. Per un'analisi dei principi elaborati in tema dalla giurisprudenza, L. P. COMOGLIO, *Voce contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica*, cit., p. 5 e segg.

³⁴⁸ C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 199, secondo cui deve peraltro evidenziarsi che l'osservanza del principio del contraddittorio è imposta anche alla parti, alle quali è sottratto il potere di dettare regole del procedimento in spregio al suddetto principio.

³⁴⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 233

presentare memorie e repliche a fronte di domande nuove, richieste ed istanze della controparte³⁵⁰.

Da questo punto di vista, implicano altresì violazione del contraddittorio in senso dinamico sia la precisazione di una domanda iniziale generica in atti difensivi successivi, nell'assenza di una parte del processo, sia il completo mutamento di una domanda ben formulata inizialmente, senza che del mutamento si dia alcuna notizia alla parte assente, sia l'impossibilità per una delle parti di accedere agli elementi acquisiti al processo³⁵¹.

Il rispetto del principio del contraddittorio è imposto nell'arbitrato, a pena di nullità, anche nella fase istruttoria³⁵².

Viola il principio del contraddittorio lo svolgimento di un'istruttoria segreta: le parti devono poter assistere a tutte le fasi dell'istruzione probatoria e devono sempre poter dedurre le prove contrarie³⁵³. Solleva, da questo punto di vista, particolari problemi la testimonianza scritta (la cui ammissibilità nell'arbitrato è oggi ribadita dall'art. 816 *ter* c.p.c.), soprattutto perché essa, di fatto, non consente la formulazione di domande

³⁵⁰ Così, il contraddittorio è violato se una parte deduce domande nuove in sede di “*nota illustrativa*” depositata dopo la chiusura della discussione – equiparabile alla comparsa conclusionale – senza, però, che fossero state previste repliche per la controparte. Per questa e per altre esemplificazioni, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 829 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 758. L'A. rileva altresì che il contraddittorio costituisce un limite (a suo avviso di ordine pubblico) per le parti, aldilà del fatto che esse vi abbiano rinviato o meno ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 7 c.p.c.

³⁵¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 234, secondo cui perché si possa dire attuata la “parità delle armi” nel processo è sufficiente che le parti siano messe in condizione di replicare alla produzione di documenti, formulazione di domande ed eccezioni e che i termini della replica decorrano dalla effettiva conoscenza di atti e che siano uguali per tutti.

³⁵² F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 38 e segg.

³⁵³ E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 117 e segg.

ulteriori eventualmente ritenute utili (tanto dall'arbitro, quanto dalla parte) a chiarimento dei fatti indicati del teste³⁵⁴.

L'attuazione del contraddittorio si impone, in particolare, quando gli arbitri dispongano d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova, nei limiti (ancora oggi discussi) in cui il principio inquisitorio in senso formale può trovare attuazione nell'arbitrato³⁵⁵. Comporta, inoltre, violazione del contraddittorio anche la mancata concessione, una volta conclusa l'istruttoria, di un termine per la presentazione di memorie ed ulteriori documenti³⁵⁶.

Quanto all'attuazione del contraddittorio nella fase decisoria, va rilevato che, se gli arbitri decidono secondo equità, essi devono indicare alle parti, prima di decidere, i criteri equitativi cui uniformeranno la loro decisione per consentire loro adeguate attività difensive³⁵⁷. Agli arbitri è poi precluso il rilievo d'ufficio di eccezioni e questioni in fase decisoria, senza consentire alle parti le necessarie difese sul punto (c.d. decisione della terza via)³⁵⁸ nonché la decisione, successiva alla chiusura dell'istruzione, senza aver invitato le parti ad esporre le loro tesi difensive³⁵⁹.

³⁵⁴ F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, cit., p. 32

³⁵⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 236.

³⁵⁶ E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 101 e segg.

³⁵⁷ G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, cit., p. 400.

³⁵⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 18° ed., cit., p. 438 secondo cui la funzione di questo specifico motivo di nullità dovuta alla legge del 1994 è stata proprio quella di sanzionare questo aspetto della violazione del contraddittorio, potendo le altre ipotesi di violazione dello stesso ben ricadere sotto gli altri motivi di nullità.

³⁵⁹ M. F. GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 1258 ricorda che, a norma del nuovo art.

La corte d'appello, che accolga per questo motivo l'impugnazione del lodo, decide nel merito la controversia a norma dell'art. 830, II comma, c.p.c. Come già si è avuto modo di rilevare, se il lodo viene annullato per mancata partecipazione al giudizio arbitrale di una parte (c.d. violazione del principio del contraddittorio in senso “statico”, censurabile *ex art.* 829, I comma, n. 4, c.p.c.), la corte d'appello non può decidere nel merito perché la non integrità del contraddittorio fa sì che “*la precedente fase processuale*” non possieda “*i requisiti minimi indispensabili per essere considerata conclusa*”³⁶⁰; ove, invece, il lodo venga annullato perché la parte, pur essendo presente nel processo arbitrale, non è messa in condizione di svolgere adeguatamente le proprie difese, la corte d'appello, che annulla il lodo, è il giudice naturale cui spetta di decidere nel merito la controversia, perché il giudizio arbitrale può dirsi effettivamente svolto, sia pure in modo irregolare³⁶¹.

9. *L' Art. 829, I comma, n. 10, c.p.c.: il lodo che erroneamente non decide nel merito.*

L'art. 829, I comma, n. 10, c.p.c. prevede un nuovo caso di nullità del lodo, che si verifica quando esso concluda “*il*

816 bis c.p.c. all'obbligo di ‘assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le proprie repliche’ fa oggi riscontro quello di concedere alle parti ‘ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa’.

³⁶⁰ E. F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, cit., p. 74; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 237.

³⁶¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 238

procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri”.

Questo caso di nullità, in particolare, concerne l’ipotesi in cui gli arbitri abbiano definito il procedimento con una pronuncia di rito, affermando l’esistenza di un impedimento processuale in realtà non sussistente. Si tratta sia degli impedimenti processuali di carattere generale (presupposti processuali e condizioni dell’azione), sia del caso in cui gli arbitri abbiano erroneamente definito in rito il procedimento, ritenendosi carenti del potere di decidere la controversia per inesistenza o invalidità della convenzione di arbitrato³⁶². Sicché se gli arbitri, erroneamente, si dichiarino incompetenti, per asserita mancanza di una valida convenzione di arbitrato, ovvero pronuncino un lodo declinatorio per altri motivi, la corte d’appello deve annullare il lodo declinatorio impugnato con questo motivo.

Prima dell’introduzione di questo motivo di impugnazione, contro il lodo erroneamente declinatorio per asserita incompetenza, una parte della dottrina riteneva fosse proponibile il regolamento di competenza, sostenendosi che l’accoglimento del regolamento avrebbe riaperto la strada all’arbitrato³⁶³. Secondo l’orientamento maggioritario, il lodo doveva essere ricondotto sotto l’ipotesi disciplinata al n. 4 (nella formulazione

³⁶² S. BOCCAGNA, *sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1030 e segg. e, nello stesso senso, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., p. 851; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, II ed., cit., p. 22 e segg.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 764; P. L. NELA, *sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., p. 1873 e segg.

³⁶³ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., IV, cit., p. 844; G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, 3° ed., cit., p. 123 e segg.

previgente), per non aver “*pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso*”³⁶⁴. L’introduzione di questo nuovo motivo di impugnazione del lodo sancisce definitivamente l’inammissibilità del regolamento di competenza.

Va altresì ricondotta all’art. 829, I comma, n. 10, c.p.c. l’ipotesi in cui gli arbitri abbiano erroneamente dichiarato estinto il procedimento arbitrale: anche in questo caso, in effetti, il procedimento si chiude senza una decisione nel merito della controversia³⁶⁵. E, d’altra parte, ancora una volta, viene in considerazione quanto dispone l’art. 354 c.p.c., che impone il rinvio al giudice di primo grado se la corte d’appello constata un’erronea estinzione del giudizio. Quell’esito del giudizio di appello spiega come anche il provvedimento degli arbitri, che dichiara erroneamente estinto il giudizio, “*conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri*”.

L’art. 830, II comma, c.p.c. prevede un esito esclusivamente rescindente per l’impugnazione accolta in forza di questo motivo. La preclusione del giudizio di merito della corte d’appello va fatta discendere, in questo caso, dalle ragioni stesse dell’impugnazione: si impugna il lodo, perché si vuole l’arbitrato. La corte d’appello, in particolare, annullando la pronuncia arbitrale negativa di competenza, è chiamata ad

³⁶⁴ In questo senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., p. 216 e segg.; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 147. In giurisprudenza, si vadano *ex multis*, App. Firenze, 25 giugno 1999, in *Gius.*, 2000, p. 61; Cass., 23 dicembre 1983, n. 7507, in *Arch. civ.*, 1984, p. 109.

³⁶⁵ E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 206.

emettere una decisione con lo stesso contenuto di quella che il giudice togato, pronunciandosi su un'eccezione di compromesso, emetterebbe, dichiarando la competenza degli arbitri a decidere la controversia. La decisione nel merito della corte d'appello comporterebbe, in effetti, un'espropriazione della scelta che le parti, stipulando la convenzione di arbitrato, hanno compiuto a favore del procedimento arbitrale, in luogo del processo davanti al giudice togato, come sede della pronuncia sul merito³⁶⁶.

10. L'art. 829, I comma, n. 11, c.p.c.: il lodo che contiene disposizioni contraddittorie.

Il nuovo art. 829, I comma, n. 11, c.p.c.³⁶⁷ contiene la formulazione di un motivo di impugnazione prima incluso nell'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c. (unitamente alla censura della decisione esorbitante dai limiti del compromesso e alla omissione di pronuncia del lodo): la contraddittorietà di disposizioni del lodo³⁶⁸.

³⁶⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 207.

³⁶⁷ Il n. 11 dell'art. 829 c.p.c. trova le sue origini nella tradizione interpretativa del codice previgente, che tendeva a limitare l'ambito della disposizione a gravi casi di contraddizione, tali da rendere la sentenza inesequibile. In questo senso, PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Napoli, 1857, p. 147.

³⁶⁸ Questa formulazione viene utilizzata in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 216. L'A. affermava prima della novella del 2006 che dallo stesso confronto tra le formule usate dal legislatore, emerge una sostanziale differenza tra il motivo di ricorso per cassazione previsto dall'art. 360, n. 5 c.p.c. ed il precedente art. 829, n. 4 c.p.c., giacché, in quest'ultima disposizione non si prende in considerazione la contraddittorietà tra i motivi della decisione, bensì tra le singole proposizioni che integrano tale decisione e che sono contenute nel dispositivo. La contraddittorietà tra i motivi o tra i motivi ed il dispositivo

Oltre ad essere oggetto di nuova collocazione, questo caso di nullità non è più soggetto alla preclusione dovuta alla mancata eccezione nel corso del giudizio arbitrale. Si è così tradotta in legge la prevalente interpretazione sviluppatasi sul testo di legge previgente³⁶⁹.

L'orientamento prevalente ritiene che la nullità del lodo sia ravvisabile unicamente quando vi sia un vero e proprio contrasto fra diverse statuizioni del dispositivo³⁷⁰. Si deve trattare di un capo del lodo incompatibile con l'altro, ovvero di una contraddizione all'interno di uno stesso capo³⁷¹. In quest'ottica, il vizio ricorre laddove gli arbitri abbiano statuito sulla domanda della parte in un modo e, in un altro capo, in modo opposto o difforme, sempre sulla stessa domanda³⁷². Così inteso, il vizio è di raro avveramento e porta, ancor prima della materiale ineseguitibilità, ad una sostanziale incertezza del *decisum*, tale da non soddisfare il bisogno di accertamento del diritto che le parti hanno manifestato ricorrendo agli arbitri. Tanto che, secondo una parte della dottrina, sorgono dubbi in ordine al fatto che il caso integri gli estremi della semplice nullità, oppure della vera e

non costituisce, invece, causa di nullità del lodo, salvo che non vi sia quell'assenza totale di motivazione o quell'impossibilità di cogliere la *ratio decidendi*.

³⁶⁹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 218; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 160.

³⁷⁰ CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, cit., p. 917; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., cit., p. 178.

³⁷¹ Anzi, come precisato dalla Suprema Corte la contraddittorietà deve necessariamente, per essere tale, portare ad una concreta impossibilità materiale di eseguire il lodo, ciò che viceversa non si verifica quando ricorra un divario fra statuizioni del dispositivo, tale da non renderle inconciliabili. Così Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. It.*, 1980, I, 1965.

³⁷² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 734.

propria inesistenza, almeno nei casi più estremi, dovendosi verificare, caso per caso, la concreta fattispecie³⁷³.

Non acquista, invece, alcun rilievo un eventuale vizio nell'*iter* logico-giuridico seguito dall'arbitro per pervenire alla deliberazione del dispositivo³⁷⁴.

Il contrasto tra le statuizioni del dispositivo si deve, pertanto, distinguere dall'eventuale contrasto tra il dispositivo e la motivazione del lodo, che non può avere rilievo se non sotto il profilo del citato art. 829, I comma, n. 5 c.p.c. E' controverso se la decisione arbitrale sia impugnabile, ai sensi del motivo ora in considerazione, in caso di contraddizione fra lodo non definitivo e lodo definitivo³⁷⁵.

Per risolvere la questione occorre distinguere fra lodo non definitivo su questioni e lodo non definitivo parziale (distinzione ricavabile dal combinato disposto degli artt. 816 *bis*, III comma, 820, IV comma, lettera *c* e 827, II comma, c.p.c.).

Il lodo non definitivo su questioni (che, come già detto *supra*, risolve una o più questioni preliminari di merito o

³⁷³ Si vedano, in proposito, le considerazioni di C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 208 e segg. Si discute, infatti, se la sentenza sia inesistente in caso di accoglimento di due domande alternative, in particolar modo quando ad un unico *petitum* corrisponda l'accoglimento di due *cause petendi* contrastanti.

³⁷⁴ V. ANDRIOLI, *Commentario al c.p.c.*, cit., p. 916 e segg.

³⁷⁵ Prima della novella, la soluzione affermativa era prospettata da E. FAZZALARI, *sub artt. 823, 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO – E. FAZZALARI – R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, p. 207; M. TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, cit., p. 314; C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 224. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 93; G. RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 442, basandosi sul principio di indivisibilità del giudizio arbitrale. A quest'ultimo rilievo si replicava, rilevando che il principio della indivisibilità del lodo deve cedere di fronte al vizio della contraddittorietà, sottolineandosi, fra l'altro, come questo vizio del lodo, non essendo riconducibile all'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c., sarebbe rimasto altrimenti irragionevolmente privo di sanzione. In questo senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 622.

pregiudiziali di rito in modo vincolante all'interno del solo giudizio arbitrale) non acquisisce efficacia al di fuori del giudizio arbitrale. Il contrasto fra lodo definitivo e non definitivo su questioni non può pertanto essere fatto valere con il motivo di impugnazione ora in esame (perché trattasi di contraddizione interna alla motivazione), ma sarà impugnabile, come già si è detto, ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c.

Al contrario, il lodo non definitivo parziale (che decide nel merito una fra più domande cumulate o una parte di domanda, se frazionabile) ha effetti vincolanti al di fuori del giudizio arbitrale³⁷⁶. A norma dell'art. 827, III comma, c.p.c., il lodo non definitivo parziale può essere immediatamente impugnato.

Si discute, invece, se esso sia impugnabile con il lodo definitivo. Sorge, dunque, il quesito, se il lodo definitivo possa essere impugnato, a norma del motivo di impugnazione ora in esame, ove esso contenga disposizioni inconciliabili con quelle del lodo non definitivo parziale³⁷⁷.

Per dare una risposta a tale quesito occorrono delle distinzioni.

Si supponga che il lodo parziale non venga impugnato e che il successivo lodo definitivo contenga disposizioni inconciliabili con quelle contenute nel lodo parziale non più impugnabile. In questo caso, poiché trattasi di lodo definitivo

³⁷⁶ Per questa nozione, G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 249.

³⁷⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 210.

contrario a precedente lodo non impugnabile, il lodo deve essere impugnato ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.³⁷⁸.

Nel caso in cui, invece, il lodo parziale venga impugnato ed il giudizio arbitrale prosegua, concludendosi con un lodo definitivo contenente disposizioni inconciliabili con quelle del lodo parziale impugnato, il lodo andrà impugnato con il motivo in esame (perché, complessivamente, l'arbitrato si è concluso con una decisione contraddittoria)³⁷⁹.

La censurabilità del contrasto fra lodo parziale e lodo definitivo ai sensi del motivo in esame potrebbe poi profilarsi in un altro caso. Se si dovesse condividere la tesi, che ammette la proposizione dell'impugnazione del lodo parziale unitamente all'impugnazione del lodo definitivo³⁸⁰ e il lodo definitivo contenesse disposizioni contraddittorie rispetto a quelle del lodo parziale, ci si troverebbe di fronte ad una situazione identica a quella di diversi capi di un unico lodo definitivo in contraddizione fra loro, censurabile, dunque, ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 11, c.p.c.³⁸¹. Non ricade invece, almeno di regola, nell'ambito di applicazione di questo caso di nullità, la difformità fra il dispositivo deliberato dal collegio e quello

³⁷⁸ La soluzione è prospettata da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 211.

³⁷⁹ Così, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 211. Come sostenuto da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 683, i due giudizi di impugnazione possono così essere riuniti; in caso di mancata riunione, l'annullamento del lodo parziale può poi estendere i propri effetti sul lodo definitivo *ex art. 336, II comma, c.p.c.* Se invece, l'impugnazione del lodo parziale viene rigettata non si può escludere l'annullamento del lodo definitivo perché contenente disposizioni contraddittorie rispetto a quelle del lodo parziale.

³⁸⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 667 e segg.

³⁸¹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 93;

contenuto nel lodo³⁸²: l'art. 826, I comma, lettera *a*, c.p.c. consente la correzione di omissioni o errori materiali o di calcolo del lodo, entro un anno dalla comunicazione del lodo, anche se essi hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo³⁸³. Tuttavia, se le difformità negli originali del lodo, non consistono in meri errori materiali modificabili con l'istanza per la correzione del lodo, dovrà invece optarsi per l'annullamento ai sensi del motivo in esame³⁸⁴.

11. L'art. 829, I comma, n. 12, c.p.c.: il lodo che non ha pronunciato su alcuna delle domande o delle eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.

L'omissione di pronuncia viene resa autonoma dalla novella del 2006: anziché essere accostata all'extra-petizione, come in precedenza, viene ulteriormente specificata in un numero a sé stante, recante il caso in cui il lodo non abbia “*pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato*”.

Questa censura può essere fatta valere indipendentemente dalla previa eccezione nel corso del giudizio arbitrale (a differenza di quanto previsto nel previgente art. 829, I comma, n. 4, c.p.c.). In questo modo, il legislatore sembra aver accolto

³⁸² C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 217.

³⁸³ Cass. 15 gennaio 1998, n. 313, in *Riv. arb.*, 1998, p. 245 e segg.

³⁸⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 212.

quell'orientamento dottrinale che, già prima della riforma, aveva sostenuto in via interpretativa (nonostante il tenore letterale della norma previgente imponesse l'eccezione) che la parte non poteva eccepire nel corso del procedimento un vizio in realtà noto solo al momento della pubblicazione del lodo³⁸⁵.

La portata di questo motivo di impugnazione viene, dunque, precisata, nella parte in cui il termine di riferimento dell'omissione di pronuncia è rappresentato dalle domande delle parti e non dal compromesso.

Nell'interpretazione della portata di questo motivo di impugnazione, sorge il quesito, se essa abbracci anche la mancata pronuncia su domande che fuoriescono dai limiti della convenzione di arbitrato.

La risposta al quesito è negativa, nel caso in cui alla domanda di parte, esorbitante dai limiti della convenzione, faccia seguito l'eccezione di controparte: gli arbitri, in tal caso, non devono decidere e, anzi, se lo facessero la loro decisione sarebbe censurabile *ex art. 829, I comma, n. 4, c.p.c.*³⁸⁶.

Il quesito merita invece, risposta positiva, nel caso in cui una parte formuli una domanda esorbitante dai limiti della convenzione di arbitrato e l'esorbitanza non venga eccepita³⁸⁷.

³⁸⁵ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 218; C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 221; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 632.

³⁸⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 215.

³⁸⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 215. Secondo l'A. la domanda esorbitante, associata al silenzio della controparte, determina un allargamento dei limiti oggettivi dell'accordo di arbitrato e il sorgere del dovere di decidere in capo agli arbitri. L'eventuale omissione di pronuncia va così censurata con il motivo di impugnazione ora in esame. Inoltre, come sottolineato da codesta

Il legislatore del 2006 ha non solo precisato, ma anche ampliato la portata di questo motivo di impugnazione, nella parte in cui ha stabilito che le eccezioni – oltre che le domande – rilevano come termine di riferimento per l’individuazione dell’omissione di pronuncia. Il motivo di impugnazione previsto nell’art. 829, I comma, n. 4, c.p.c. prima della novella, nella lettura datane dalla dottrina prevalente, consentiva, invece, l’annullamento del lodo solo, se, in esso, non si decideva sulle domande e non se a mancare era la pronuncia sulle eccezioni³⁸⁸.

La soluzione interpretativa sviluppatasi sulla norma previgente era conforme ai principi, perché, anche in materia di sentenza del giudice togato, ci si riferisse all’omissione di pronuncia, se ciò che manca è una decisione vera e propria destinata ad avere fuori dal processo l’effetto dichiarativo e non invece se, nella motivazione, non si spiegano – omettendosi la pronuncia su una o più eccezioni – le valutazioni compiute per arrivare al giudizio finale imperativo sull’oggetto del processo³⁸⁹. In altri termini, se gli arbitri, come il giudice, non si pronunciano sulle eccezioni, non manca una decisione con efficacia vincolante

dottrina: “a tale conclusione non osta, del resto, il tenore dell’art. 829, I comma, n. 12, c.p.c. che misura l’omissione di pronuncia sulle domande proposte dalle parti “in conformità alla convenzione di arbitrato”, dal momento che la domanda di parte e la mancata eccezione (che essa esorbita dai limiti dell’accordo arbitrale) determinano implicitamente un allargamento (endoprocessuale) dell’oggetto della convenzione di arbitrato”. *Contra*, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, cit., p. 249; secondo cui il tenore letterale dell’art. 829, I comma, n. 12, c.p.c. imporrebbe di ritenere che la mancata eccezione di esorbitanza dai limiti della convenzione di arbitrato “impedisce ... di impugnare ex art. 829, n. 4, c.p.c. il lodo che abbia pronunciato sulle conclusioni esorbitanti, ma non impone agli arbitri di pronunciare sulle stesse”.

³⁸⁸ Così, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, cit., p. 216; S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, cit., p. 334.

³⁸⁹ E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 218.

fuori del processo, ma manca l'esame dei problemi che si collocano nel contenuto logico della sentenza, nella mera cognizione, che ha in primo luogo ad oggetto le questioni pregiudiziali³⁹⁰. Sanzionandosi l'omissione di pronuncia su eccezioni (non assorbite), si autorizza pertanto l'annullamento del lodo privo della spiegazione da parte degli arbitri – a causa della omissione di pronuncia su una o più eccezioni non assorbite – delle valutazioni compiute per arrivare al giudizio finale.

Venendo infine all'esito dell'impugnazione, la corte d'appello, una volta annullato il lodo per questo motivo, decide nel merito la controversia (art. 830, II comma, c.p.c.). Nel caso in cui l'omissione riguardi le eccezioni proposte dalle parti, ci troviamo in definitiva di fronte ad una carenza della motivazione: un lodo non motivato mostra comunque che il giudizio arbitrale ha avuto luogo e ciò consente alla corte d'appello di passare alla fase rescissoria³⁹¹.

La soluzione legislativa, che ammette lo svolgimento della fase rescissoria davanti alla corte d'appello, potrebbe invece, far sorgere alcuni dubbi interpretativi in caso di omissione di pronuncia sulle domande delle parti. In questo caso, infatti, secondo una parte della dottrina si è di fronte ad una vera e

³⁹⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 218; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 188; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 18° ed., Tornio, 2006, p. 402.

³⁹¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 220.

propria inesistenza (parziale) materiale del lodo, che dovrebbe dare luogo ad un esito rescindente dell'impugnazione³⁹².

In effetti, se la corte d'appello giudica sulla domanda non decisa dagli arbitri, le parti perdono la possibilità di avere, sul punto, una pronuncia arbitrale e subiscono una sentenza in unico grado da parte di un giudice che non è quello naturale precostituito per legge. In questo caso le parti potrebbero, anziché impugnare il lodo, riproporre la domanda agli arbitri in primo grado (stante la perdurante efficacia della convenzione *ex art. 808 quinquies c.p.c.*)³⁹³. Ed allora la soluzione adottata dal legislatore risponde ad una logica ben precisa: chi impugna un lodo per “*omessa pronuncia*” vuole una decisione sul merito da parte della corte d'appello, perché preferisce tale soluzione rispetto alla instaurazione *ex novo* di un giudizio arbitrale³⁹⁴.

³⁹² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 220.

³⁹³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 220.

³⁹⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 220; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., p. 171.

12. *L.'art. 829, II comma, c.p.c.: la preclusione dell'impugnazione per la parte che ha dato causa ad 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.*

Il secondo comma dell'art. 829 c.p.c. introduce una clausola generale di sanatoria delle nullità verificatesi nel corso del procedimento, prevedendo che: *“la parte che ha dato causa ad 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”*

La prima parte della previsione – secondo la quale non può far valere la nullità del lodo la parte che vi ha dato causa – costituisce la traduzione in legge dell'orientamento giurisprudenziale, che afferma l'applicabilità all'arbitrato dell'art. 157 c.p.c.³⁹⁵. L'impugnazione del lodo, pertanto, sarà preclusa dal contegno consistente nell'aver dato causa alla nullità³⁹⁶.

Per *“parte che ha dato causa ad un motivo di nullità”* si intende, anzitutto il difensore³⁹⁷. Se, tuttavia, il difensore ha causato un vizio del lodo, compiendo un atto del processo, pur

³⁹⁵ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., cit., p. 396.

³⁹⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 238. Contegno che può essere anche non doloso o colposo.

³⁹⁷ A meno che la parte non stia in giudizio personalmente, come previsto dall'art. 816 bis c.p.c. e come sottolineato da M. F. GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 1263.

essendo privo del potere di farlo, l'impugnazione non può, secondo una dottrina, essere preclusa alla parte, che, in tal caso non ha dato causa al vizio ai sensi e per gli effetti dell'art. 829, II comma c.p.c.³⁹⁸.

Nella seconda parte della disposizione si legge che l'impugnazione è preclusa a chi “*vi ha rinunciato*”. Questo inciso deve essere chiarito in combinato disposto con la prima parte della norma, secondo cui: “*l'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia...*”.

Da quanto sopra, si ricava, in primo luogo, che la rinuncia ad uno o più motivi non può essere compiuta prima dell'inizio del giudizio arbitrale, né in qualsiasi atto separato anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, né nella domanda di arbitrato³⁹⁹.

Successivamente, invece, le parti possono validamente rinunciare ai motivi di impugnazione.

A questo punto, si tratta di comprendere quale sia l'ambito di operatività della suddetta rinuncia. Vale a dire se la rinuncia sia possibile per tutti i motivi (come sembra ricavarsi dal tenore letterale della norma), ovvero se possa concernere solo alcuni di essi.

Quest'ultima tesi sembra essere quella condivisibile. Ciò per almeno due considerazioni. In primo luogo, la corrispondente previsione contenuta nell'art. 157 c.p.c. si riferisce alle sole

³⁹⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 238.

³⁹⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 240.

nullità relative e, secondo l'opinione unanime, questa previsione merita di essere calata sui motivi di impugnazione del lodo⁴⁰⁰.

In secondo luogo, questa soluzione sembra essere agevolata dal tenore della legge: le cause di nullità del lodo, la cui deducibilità, come motivi di impugnazione, è subordinata ad eccezione o ad altri adempimenti nel corso del giudizio arbitrale (vale a dire, quelle previste nell'art. 829, I comma, nn. 1, 2, 4, 6, 7, e 8 c.p.c.) sono tutte suscettibili di rinuncia⁴⁰¹.

Per i suddetti motivi di impugnazione suscettibili di rinuncia, resta da chiedersi se la forma di rinuncia consista nella mancata eccezione (o nel mancato assolvimento degli altri oneri volta a volta previsti nei singoli casi di nullità, come la notificazione nel n. 6, la proposizione dell'istanza di ricusazione nel 2) nel corso del giudizio arbitrale; ovvero se siano ipotizzabili modalità di rinuncia implicita, ulteriori e diverse rispetto a quelle previste nell'art. 829 c.p.c.⁴⁰².

La soluzione più persuasiva è la prima. E', infatti, possibile sostenere che la norma generale, in cui si sancisce la rinunciabilità dei motivi di impugnazione nel corso del giudizio arbitrale, venga, poi, precisata nei singoli motivi di impugnazione, laddove si indica nell'eccezione o negli altri adempimenti, la forma che la mancata rinuncia può rivestire. Da ciò si ricava che non esiste alcuna forma di rinuncia implicita ai

⁴⁰⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 17° ed., cit., p. 471.

⁴⁰¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 240.

⁴⁰² La questione è stata analizzata da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 240

motivi capace di rendere irrilevante l'assolvimento degli adempimenti espressamente previsti⁴⁰³.

Devono, ora, essere analizzati i motivi di impugnazione non subordinati alla previa eccezione (o ad altre formalità) nel corso del giudizio arbitrale, per comprendere se anch'essi siano rinunciabili ed, in caso di risposta affermativa, quali forme possa rivestire la rinuncia.

Costituisce un'ipotesi di nullità assoluta e, dunque, non rinunciabile, la nullità della clausola dovuta a non compromettibilità della controversia. Sembra deporre in questo senso l'art. 817, II comma, seconda parte c.p.c. (richiamato dall'art. 829, I comma, c.p.c.) che prevede un regime diverso e più severo per questa ipotesi di invalidità dell'accordo di arbitrato⁴⁰⁴.

Sono, altresì, escluse dalla portata precettiva di questa disposizione le cause di nullità che riguardano direttamente il lodo (i casi di nullità previsti all'art. 829, I comma, c.p.c. nn. 5, 10, 11 e 12): a queste, infatti, le parti non potrebbero rinunciare durante il giudizio arbitrale perché esse emergono solo dopo la conclusione dello stesso.

Deve essere escluso altresì il motivo di cui all'art. 829, I comma, n. 9 c.p.c. per la natura assoluta della nullità determinata dalla violazione del principio del contraddittorio.

⁴⁰³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 241.

⁴⁰⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 241.

Resta da considerare il caso di nullità previsto nel n. 3 dell'art. 829 c.p.c. ed ai sensi del quale l'impugnazione è ammessa se *“il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro , a norma dell'articolo 812”*.

Sul punto, si contrappongono due orientamenti.

Il primo ritiene che si tratti di una nullità assoluta, non avendo il legislatore previsto la necessità dell'eccezione nel corso del giudizio arbitrale, né la possibilità di una sanatoria⁴⁰⁵.

Il secondo, al contrario, ritiene si tratti di una nullità relativa, caratterizzata da una gravità maggiore rispetto a quelle, la cui deducibilità come motivi di impugnazione, è espressamente subordinata alla previa eccezione nel corso del giudizio arbitrale, ma che non può comunque essere fatta valere come motivo di impugnazione se la parte rinuncia ad essa nel corso del giudizio⁴⁰⁶.

Questa seconda tesi, è tuttavia, sottoposta ad una critica che mi pare condivisibile. Vale a dire, essa potrebbe condurre ad attribuire alla partecipazione delle parti al giudizio arbitrale, il valore di una rinuncia implicita a far valere l'incapacità degli arbitri come causa di nullità del lodo. Con ciò questo motivo di impugnazione perderebbe ogni possibilità di applicazione⁴⁰⁷.

Nel terzo periodo dell'art. 829, II comma, c.p.c. si dispone, infine, che l'impugnazione è preclusa alla *“parte che (...) non ha*

⁴⁰⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 243.

⁴⁰⁶ C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, cit., p. 249. Per questo caso di nullità, dunque, l'art. 829, II comma, c.p.c. avrebbe un'autonoma portata precettiva.

⁴⁰⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 244.

eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale". Si tratta di una previsione che si colloca sulla stessa linea delle molteplici disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 40/2006, finalizzate ad impedire che le parti si riservino la possibilità di far valere motivi di impugnazione di rito, a seconda che l'andamento del giudizio arbitrale faccia presagire una soluzione nel merito ad esse favorevole o sfavorevole⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ In questo senso, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., cit., p. 396.

CAPITOLO TERZO

LA NULLITA' DEL LODO PER *ERRORES IN IUDICANDO* E PER VIOLAZIONE DELL'ORDINE PUBBLICO

1. L'impugnazione per errores in iudicando.

Nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo rituale, rileva la netta distinzione dei motivi di nullità in due gruppi. Il primo comprende i motivi dal n. 1 al n. 12 e riguarda i vizi di procedura. Il secondo comprende il terzo, il quarto ed il quinto comma dell'art. 829 c.p.c. e riguarda l'inosservanza delle regole di diritto⁴⁰⁹.

Tra le novità dovute alla novella spicca, innanzitutto, l'inversione del rapporto regola-eccezione per la censurabilità del lodo con questo motivo di impugnazione⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ A questo ordine di nullità la giurisprudenza tende ad attribuire il medesimo ambito della violazione o falsa applicazione di norme di diritto di cui all'art. 360, n. 3 c.p.c., così Cass., 10 ottobre 1992, n. 11093, in *Foro it.*, 1993, I, 2647. In dottrina, nello stesso senso, si vedano: C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, cit., p. 247; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, cit., p. 211. Secondo M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 19 e segg., per quanto riguarda il ruolo della volontà delle parti bisogna distinguere aspetti diversi. Quando le parti pretendono dagli arbitri una decisione secondo determinanti criteri di giudizio, gli arbitri possono commettere due errori. Essi possono sottrarsi all'obbligo di assumere quelle regole come strumenti del giudizio oppure, pur assumendole, possono sbagliare nella loro applicazione. Nel primo caso, gli arbitri, basandosi su un sistema di regole divergente da quello a loro imposto, violano la volontà delle parti, incorrendo insomma in un eccesso di potere, che altro non è se non un vizio di attività, mentre nel secondo caso, essi rispettano la volontà delle parti, ma fanno un cattivo uso delle regole che sono chiamati ad applicare, commettendo un errore di giudizio.

⁴¹⁰ La modifica intende limitare, (sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 838 c.p.c. in relazione all'arbitrato internazionale), l'ampiezza del controllo giudiziario sul lodo, garantendo a quest'ultimo – già sottratto a qualsiasi impugnativa per errori concernenti la *quaestio facti* – una più accentuata stabilità. Così S. BOCCAGNA, *sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 1033 e segg.

Mentre l'originario testo dell'art. 829 c.p.c. prevedeva, al secondo comma, che l'impugnazione per nullità del lodo per violazione di norme di diritto fosse sempre ammissibile, a condizione che le parti non avessero autorizzato gli arbitri a pronunciare secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile, il novellato testo dell'articolo, sostituito dall'art. 24 d. lgs. n. 40/2006, dispone, al terzo comma, che l'impugnazione per nullità per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa solo se espressamente disposta dalle parti o dalla legge, con una previsione che, a norma dell'art. 27, IV comma, d. lgs. n. 40/2006 è destinata ad applicarsi ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso decreto (ovvero, il 2 marzo 2006)⁴¹¹.

Si tratta di una delle più rilevanti novità introdotte dalla riforma. La nuova disposizione ricalca la normativa in precedenza riservata al lodo internazionale (figura ora abrogata dal d. lgs. n. 40 del 2006) e dà attuazione alla legge delega n. 80 del 2005, che espressamente invitava il Governo a subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'art. 829

⁴¹¹ Sul punto C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, cit., p. 247 e segg. Secondo l'A. un'applicazione letterale della predetta norma porta l'interprete a ritenere che i lodi conclusivi di procedimenti arbitrali instaurati dopo il 2 marzo 2006, che siano fondati su convenzioni di arbitrato stipulate anteriormente alla predetta data e non contenenti un'espressa previsione di impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto, siano sottratti a tale impugnazione anche se le parti, ai sensi del previgente testo dell'art. 829 c.p.c. non avevano affatto autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità né dichiarato il lodo non impugnabile. Una tale conclusione, peraltro, come specificato dall'A. non è affatto auspicabile e lascia insoddisfatti sul piano delle garanzie perché finisce per ricollegare al silenzio delle parti un significato diametralmente opposto a quello previsto dalla legge al momento della stipula della convenzione di arbitrato, così privando le parti dell'accesso ad una forma di tutela giurisdizionale – l'impugnazione per nullità del lodo per violazione delle regole di diritto – a cui le stesse non avevano rinunciato.

c.p.c. alla esplicita previsione delle parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento⁴¹². In questo modo, il legislatore sembra aver aderito alla filosofia di “*protezione del lodo dalla impugnazione per violazione del diritto sostanziale*”⁴¹³.

Resta, tuttavia, da sottolineare che questo potere di protezione del lodo non è assoluto, perché è pur sempre dato alle parti il potere di accordare alla corte d'appello la valutazione del lodo, per violazione delle regole di diritto.

Il sindacato concesso all'autorità giudiziaria italiana è, d'altra parte, tutt'ora più ampio di quello riscontrabile in altri ordinamenti⁴¹⁴.

⁴¹² Per un'analisi della questione si veda, P. L. NELA, *sub* art. 829 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, cit., p. 1875 e segg. L'A. si sofferma sui principi contenuti nella legge delega, sottolineando che la medesima non era del tutto univoca, perché, da un lato, prevedeva di razionalizzare le ipotesi di impugnazione per nullità, attraverso la subordinazione della controllabilità del lodo per violazione delle regole di diritto alla esplicita previsione delle parti. Dall'altro, per giungere alla soluzione che non vede distinzioni tra lodo interno e lodo internazionale, l'abrogazione dell'arbitrato internazionale doveva vedere una “*tendenziale estensione della relativa disciplina all'arbitrato interno, salvi gli opportuni adattamenti*”, ma “*con esclusione di quanto previsto dall'art. 838 dal codice di procedura civile*”. Sennonché, come rilevato dall'A., proprio l'art. 838 c.p.c., disponendo il non applicarsi all'arbitrato internazionale dell'art. 829, II comma, c.p.c., dettava per l'arbitrato internazionale, quella stessa regola di subordinazione alla volontà espressa delle parti che la legge delega intendeva introdurre.

⁴¹³ Come sottolineato da E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 253, si tratta di un'esigenza già auspicata dalla dottrina a seguito dell'incremento della litigiosità in sede di gravame avverso il lodo per violazione del diritto sostanziale. In proposito, si veda, altresì, A. BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 274.

⁴¹⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ordinamento inglese, in cui l'impugnazione per ragioni di diritto, oltre a poter essere preclusa dalle parti, porta all'annullamento da parte della *High Court*, solo se la soluzione della questione di diritto incide sui diritti di una delle parti; se è stata eccepita nel corso del procedimento; nonché se, sulla base delle circostanze di fatto accertate nella sentenza arbitrale, la decisione del collegio arbitrale è manifestamente errata, ovvero la questione è di pubblica rilevanza e sussistono serie perplessità sulla pronuncia del collegio arbitrale. Con una clausola finale si prevede, infine, che l'annullamento per violazione di norme di diritto vada concesso, se è opportuna la soluzione della questione. Il legislatore inglese adotta perciò una disciplina, per ora estranea al nostro ordinamento, secondo la quale la scelta in favore della soluzione arbitrale implica anche una tolleranza, entro certi limiti, degli errori di diritto. Dall'altro lato, si può dire che

L'art. 830 c.p.c. prevede, inoltre, tre ipotesi nelle quali l'impugnazione di nullità per violazione di norme di diritto è sempre ammessa, nonostante il silenzio o la volontà delle parti:

(i) se la decisione contrasti con l'ordine pubblico; (ii) se la violazione delle regole di diritto concerna la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato⁴¹⁵; (iii) se si tratti di una controversia rientrante nell'art. 409 c.p.c., nel qual caso il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi⁴¹⁶.

Come già previsto dal previgente testo dell'art. 830 c.p.c., in pendenza del giudizio di impugnazione, la corte d'appello su istanza di parte, può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo. Il nuovo testo della norma, sostituito dal d. lgs. n. 40/2006 precisa che l'istanza può essere anche successiva alla

si presume che le parti, optando per l'arbitrato, assumano su di sé, sia pure entro certi limiti, il rischio della non conformità al diritto della decisione degli arbitri; e ciò pure se esse stabiliscono la rilevanza degli errori di diritto ai fini dell'annullamento della decisione arbitrale. In proposito, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 255 e segg.

⁴¹⁵ In proposito, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 152, precisa che il tenore letterale dell'art. 829, III comma, c.p.c. non lascia dubbi sul fatto che l'impugnazione per violazione di norme di diritto è ammessa in tale ipotesi solo per far valere un *error iuris in iudicando* riguardante la soluzione di una questione pregiudiziale non arbitrabile e non possa estendersi alle altre questioni di diritto risolte dagli arbitri.

⁴¹⁶ Si ricorda che, dopo un lungo e tormentato iter parlamentare, il d. d. l. n. 1441 - *quater F*, più noto come "*collegato lavoro*", è stato approvato dalla Camera dei Deputati e si è trasformato nella l. 4 novembre 2010, n. 183. L'argomento è stato trattato nel paragrafo 2.4 del primo capitolo, in questa sede vale ricordare che quanto osservato nel testo vale dunque nei casi residuali in cui si dia luogo ad un arbitrato rituale ordinario e non ai sensi del "*collegato lavoro*". Per un'analisi delle novità introdotte, si vedano D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, cit.; G. DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, cit.; M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, cit.; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, cit., p. 57.

proposizione dell'impugnazione, subordinando in ogni caso la concessione della sospensione alla ricorrenza di “*gravi motivi*”⁴¹⁷

Scompare altresì il riferimento alla decisione secondo equità, come causa di esclusione della rilevanza degli errori di diritto.

Infine, si precisa che le regole di diritto, la cui violazione rileva, sono quelle relative al merito della controversia.

2. L'eliminazione del riferimento alla decisione secondo equità.

Viene anzitutto in considerazione l'eliminazione del riferimento alla decisione secondo equità, quale possibile motivo di impugnazione in caso di sua violazione: si tratta di una modifica che, secondo alcuni, deve essere salutata con favore, perché consente di rimuovere un divieto ormai superfluo⁴¹⁸; mentre, secondo altri la scomparsa del riferimento al lodo di

⁴¹⁷ Pur essendovi analogia, sotto il profilo funzionale tra l'inibitoria della sentenza di primo grado e la sospensione dell'efficacia del lodo, perchè entrambe subordinate alla sussistenza di gravi motivi, come rilevato da C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. III, cit., p. 251 rileva il diverso tenore letterale tra l'art. 283 c.p.c. (che subordina l'inibitoria alla sussistenza di “*gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti*”), e l'art. 830 c.p.c. (che si limita a richiedere la sussistenza di “*gravi motivi*”).

⁴¹⁸ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249.

equità lascia gli interpreti nell'incertezza circa il regime applicabile⁴¹⁹.

Secondo il primo orientamento, appariva, infatti, inutile sancire la stabilità del lodo, che contenesse una soluzione equitativa, ove esso non fosse conforme a diritto⁴²⁰. Il giudizio di equità è tale proprio perché può prescindere dalle regole del diritto; dunque, annullare una decisione di tal genere, significherebbe negare in radice l'essenza stessa della pronuncia secondo equità⁴²¹.

Si trattava, sempre secondo questo orientamento, di un'esclusione fuorviante, per le seguenti ragioni. Anzitutto, essa poteva far dubitare dell'annullabilità per errore di diritto del lodo nel quale gli arbitri, pur autorizzati a decidere secondo equità, avessero violato norme di diritto, che per il loro carattere imperativo, dovevano comunque essere applicate⁴²². In secondo luogo, la preclusione del ricorso a questo motivo di impugnazione per il lodo pronunciato secondo equità creava problemi nel caso in cui il lodo fosse stato reso secondo diritto per un errore degli arbitri, ai quali le parti avessero chiesto di decidere secondo equità⁴²³: non solo, a questo motivo deve farsi

⁴¹⁹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 829 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 777

⁴²⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249.

⁴²¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249; E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 12.

⁴²² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249 secondo cui l'inosservanza di quelle norme vizia anche la decisione secondo equità, se le parti hanno previsto la censurabilità del lodo per violazione delle norme di diritto.

⁴²³ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249 in questo caso si verifica una violazione della norma di diritto che impone

riferimento anche quando gli arbitri, chiamati a pronunciarsi secondo equità, abbiano a ragion veduta deciso secondo diritto, ritenendo la soluzione secondo diritto coincidente con quella equitativa, ma, nel decidere, abbiano poi violato le regole di diritto⁴²⁴. Una decisione secondo diritto va infatti sempre trattata come tale e l'eventuale violazione del diritto implica l'annullamento del lodo, benché le parti abbiano optato per una decisione secondo equità. Naturalmente, anche in questo caso la violazione delle norme di diritto rileva purché le parti abbiano espressamente chiesto la censurabilità del lodo sotto questo profilo.

In terzo luogo, l'esclusione prevista nell'art. 829, II comma, c.p.c., nel testo previgente, era fuorviante, perché poteva impedire la censura, con questo motivo di impugnazione, del lodo reso secondo equità, ma sulla base di un'erronea premessa di diritto.

In sostanza, le parti possono prevedere la censurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto (art. 829, III comma, c.p.c.), benché esse autorizzino gli arbitri a decidere secondo equità. Ciò consentirà loro di censurare il lodo sotto i tre profili ora tratteggiati.

Secondo altra parte della dottrina, il lodo è sempre soggetto al controllo di conformità all'ordine pubblico ed, in tal senso, va interpretato l'inciso "*in ogni caso*", che non

agli arbitri, richiesti di decidere secondo equità, di non considerarsi vincolati dalle norme di diritto.

⁴²⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249.

casualmente è espressione diversa rispetto alla locuzione “*sempre*” di cui al comma successivo⁴²⁵.

Con riferimento all'utilizzo in concreto del potere di equità, è stata inoltre avanzata l'ipotesi che l'arbitro debba previamente prospettare alle parti il criterio equitativo che intende adottare, pena l'annullamento del lodo arbitrale per violazione del contraddittorio⁴²⁶.

Sotto analogo profilo, la giurisprudenza è ormai costante nello stabilire che il lodo secondo equità debba contenere la motivazione e che sia perciò impugnabile, in difetto di quest'ultima, ai sensi dell'art. 829, n. 5 c.p.c.⁴²⁷.

Anche la dottrina si è espressa in questo senso. La tesi secondo cui la decisione di equità deve essere sempre motivata si basa, in primo luogo, sul dettato normativo. In particolare, sull'art. 118, II comma, disp. att., c.p.c., che sia pur con riferimento alla sentenza, prevede che siano “*esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione*”; sull'art. 829, I comma, n. 5, c.p.c che sancisce la nullità del lodo privo della motivazione e sull'art. 111, VI comma, Cost., che, nell'imporre l'obbligo di motivazione ai provvedimenti giurisdizionali, non contempla eccezioni⁴²⁸. In secondo luogo, su ragioni di ordine

⁴²⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 829 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 778 secondo cui il lodo di equità non è mai impugnabile per vizi *in iudicando* che non siano di ordine pubblico – sempre che non integrino gli estremi di un vizio in procedendo – ed in caso di gravame il giudice deve dichiarare inammissibile l'impugnazione.

⁴²⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 829 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 779

⁴²⁷ Cass., 21 settembre 2000, n. 12482, in *Guida al diritto*, n. 44, 2000, p. 60; Cass., 22 febbraio 1993, n. 2177, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, c. 472; Cass., 18 dicembre 1990, n. 11986, in *Rep. Foro It.*, 1990, voce *Arbitrato*, n. 87.

⁴²⁸ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 53.

logico. Infatti, si può dire che la motivazione è più importante nel giudizio di equità, che non in quello di diritto. Infatti, mentre nella seconda ipotesi, il giudicante deve spiegare quale norma vada applicata e come la stessa debba essere interpretata, nella prima ipotesi deve, anzitutto, individuare la legge che sarebbe astrattamente applicabile, ma poi deve anche dar conto del motivo in base al quale, nel caso di specie, gli sembri più equo e conforme a giustizia non tener conto della legge stessa o modificarne il contenuto⁴²⁹.

3. Le regole di diritto relative al merito della controversia.

Un'altra novità dell'art. 829 c.p.c., riguarda la previsione contenuta nel III comma e secondo la quale le norme, la cui violazione rileva ai fini dell'annullamento del lodo, sono quelle relative al merito della controversia e non le regole di diritto *tout court*. In questo modo, il legislatore ha tradotto in legge il “*diritto vivente*” formatosi sulla disposizione previgente⁴³⁰.

Come ricordato da una parte della dottrina, le regole relative al merito, la cui violazione rileva non sono necessariamente le norme di diritto sostanziale. Infatti, sono

⁴²⁹ D. BORGHESI, *sub* art. 822 c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 544 e segg.

⁴³⁰ Infatti, prima della riforma, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie assimilavano la portata della suddetta disposizione a quella del motivo di ricorso ordinario per Cassazione *ex* art. 360, n. 3, c.p.c. ad osservanza delle norme che attengono al merito della controversia. In questo senso, V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 920; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 104; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 237; in giurisprudenza, si veda Cass. 11 ottobre 2006, n. 1189, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 146.

censurabili sia le violazioni di norme sostanziali (se con il lodo si è deciso il merito della controversia), sia le violazioni di norme processuali (se l'oggetto del giudizio di merito è una questione processuale)⁴³¹.

Per un'esemplificazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (sia nei giudizi arbitrali secondo diritto, sia in quelli secondo equità), si pensi a tutte le disposizioni in materia di onere della prova, efficacia ed ammissibilità dei mezzi di prova⁴³². Il nuovo tenore di questa disposizione consente inoltre di sanzionare la violazione di eventuali accordi delle parti in materia di prove, integrando il mancato rispetto degli stessi una violazione delle norme che attribuiscono a quegli accordi efficacia vincolante⁴³³.

Non è, invece, censurabile con questo motivo la valutazione delle risultanze probatorie, né, in generale, la ricostruzione dei fatti compiuta dagli arbitri⁴³⁴.

⁴³¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 249. Per un'analisi della portata dell'art. 360, n. 3, c.p.c., si vedano, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., cit., p. 229; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 4° ed., cit., p. 407. *Contra*, R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., p. 664.

⁴³² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 252; e nello stesso senso, E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 12. Secondo cui: "i vizi in parola, anche considerando come 'processuali' le disposizioni violate incidono sul contenuto del giudizio di merito, rilevando per i loro riflessi sulla soluzione dei così detti 'sillogismi preparatori' sul fatto", in E. F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p. 78.

⁴³³ E. F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 46.

⁴³⁴ In questo senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 252.

4. La rilevanza degli errores in iudicando degli arbitri per violazione di norme imposte dalla legge.

Come precisato nel paragrafo *sub* 1, l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa non solo se essa è espressamente disposta dalle parti, ma anche se tali regole sono imposte dalla legge. L'art. 829, IV comma, c.p.c., consente sempre l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia: “1) *nelle controversie previste dell'articolo 409*; 2) *se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato*”.

Le controversie di lavoro rappresentano dunque una delle eccezioni alla sottrazione del lodo alla censura di legittimità. Si deve precisare, come già detto nel primo capitolo, che oggi non è più prevista la nullità della clausola compromissoria, che autorizzi gli arbitri a decidere secondo equità nelle controversie previste dall'art. 409 c.p.c.⁴³⁵.

Se, da un lato, la clausola (in queste materie) non è nulla allorché consenta agli arbitri di decidere secondo equità, dall'altro lato, l'art. 829, IV comma, c.p.c. impone sempre la censurabilità del lodo reso su queste controversie, per violazione delle regole sul merito della controversia. Sicché se gli arbitri

⁴³⁵ L'art. 806, II comma, c.p.c. indica, come unico specifico requisito di validità della clausola relativa alle controversie di lavoro, che la possibilità di adire gli arbitri sia prevista dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.

decidono (correttamente) secondo diritto, benché siano stati autorizzati a decidere secondo equità, il lodo è valido, perché la clausola nella quale si autorizza la decisione secondo equità è priva di effetti⁴³⁶. Se, al contrario, gli arbitri decidono secondo equità (sia perché a ciò li hanno autorizzati le parti, sia di loro iniziativa) il lodo è censurabile con il motivo di impugnazione ora in oggetto⁴³⁷.

La corte d'appello, che accolga l'impugnazione per questo motivo, salva diversa volontà delle parti, decide la controversia nel merito. Si tratta, dunque, di un esito diverso da quello che avrebbe avuto il lodo annullabile per nullità della convenzione (come previsto nella disciplina previgente), in cui l'esito dell'impugnazione dovrebbe essere meramente rescindente (art. 830, II comma, c.p.c.)⁴³⁸.

La seconda ipotesi costituisce il contrappeso di una apertura, rispetto al passato, in ordine al potere degli arbitri di conoscere delle materie non compromettibili, sancita nell'art. 819 c.p.c.⁴³⁹. Il legislatore delegato ha così stabilito che, in presenza di materia non compromettibile, sia sempre imposto agli arbitri il

⁴³⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 260; D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, cit., p. 15.

⁴³⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 260.

⁴³⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 260.

⁴³⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 261, secondo cui, in linea con quanto previsto per l'arbitrato societario, a questa apertura dell'ambito della possibile cognizione degli arbitri, il legislatore fa corrispondere la necessaria censurabilità del lodo, sotto il profilo dell'errore di diritto: analogamente alla norma ora in esame, l'art. 36 d. lgs. n. 5 del 2005 dispone infatti che il lodo è impugnabile per errore di diritto, se gli arbitri per "decidere abbiano conosciuto questioni non compromettibili".

rispetto delle regole di diritto attinenti al merito della questione, senza che le parti possano rinunciarvi.

Sembra comunque che l'art. 829, IV comma, c.p.c., autorizzi la censura, sotto il profilo della violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, della sola soluzione della questione pregiudiziale non compromettibile e non delle altre questioni dipendenti⁴⁴⁰. L'annullamento del lodo è dunque precluso se la soluzione della questione pregiudiziale non ha influito sulla decisione della questione dipendente⁴⁴¹.

La riforma ha, infine, previsto nell'ultimo comma dell'art. 829 c.p.c., che il vizio *in iudicando*, negli arbitrati in controversie di lavoro, comprenda la violazione di accordi o contratti collettivi⁴⁴².

Questa disposizione si spiega sia in ragione di un'esigenza di protezione nei confronti del lavoratore, quale contraente debole, sia in considerazione del fatto che contratti e gli accordi collettivi, nonostante la natura privatistica, costituiscono “*per loro origine e struttura (...) una fonte particolarmente persuasiva ed attendibile*”⁴⁴³. Le parti non possono rinunciare

⁴⁴⁰ S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 196; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., cit., p. 441; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, cit., p. 250 e segg.

⁴⁴¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 262.

⁴⁴² Così facendo il d. lgs. n. 40 del 2006 (che peraltro ha introdotto questo profilo di censura anche in Cassazione) ha recepito i recenti orientamenti della giurisprudenza, che negli ultimi tempi avevano ricondotto all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione di accordi o contratti collettivi di diritto comune, purché caratterizzati da ripetitività. Sul punto *ex multis* Cass. 13 maggio 2003, n. 7355, in *Foro it.*, 2004, I, 1237.

⁴⁴³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829, c.p.c.*, in CARPI F. (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 655.

alla censurabilità del lodo sotto questo profilo, così come non possono escluderne la sindacabilità per violazione di legge⁴⁴⁴.

5. I limiti del giudizio di equità e del lodo reso secondo regole di diritto diverse da quelle indicate dalle parti.

E' interessante soffermarsi sull'ipotesi del lodo reso da arbitri che, chiamati a decidere secondo equità, adottino, invece, una decisione secondo diritto.

In tali casi, infatti, il lodo non è invalido di per sé⁴⁴⁵. L'orientamento maggioritario ritiene che gli arbitri di equità possano giudicare secondo diritto, sul presupposto che vi sia coincidenza tra diritto ed equità⁴⁴⁶ (infatti, sebbene l'equità può non coincidere con le regole del diritto, spesso è, comunque, ad esso conforme).

Queste conclusioni non sono superate dalla nuova formulazione dell'art. 822 c.p.c., a norma del quale le parti anziché autorizzare (come previsto dalla formulazione previgente), dispongono (con qualsiasi espressione) che gli arbitri pronuncino secondo equità⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 262; D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, cit., p. 14.

⁴⁴⁵ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., cit., p. 143.

⁴⁴⁶ E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 408 e segg.; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., cit., p. 422 e segg.; C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006, p. 33.

⁴⁴⁷ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 264. L'A. sottolinea che "gli arbitri possono quindi concludere per la coincidenza fra

Se pertanto essi decidono secondo diritto, perché ritengono la soluzione ricavabile dall'applicazione del dettato legislativo la più equa possibile, il lodo non è censurabile con il motivo di impugnazione in esame per il solo fatto che la decisione è stata resa secondo diritto. Resta inteso che, ove le parti abbiano previsto la censurabilità del lodo *ex art. 829, III comma, c.p.c.*, e sempre che la pronuncia secondo diritto sia errata, essa potrà essere censurata per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia⁴⁴⁸.

Ci si può ancora chiedere se, in questo caso, gli arbitri siano tenuti a dare adeguata motivazione della coincidenza fra equità e diritto, pena la censurabilità del lodo ai sensi del motivo in esame. Sul punto, c'è chi ritiene che non sia necessario fornire alcuna giustificazione, perché nel nostro ordinamento vige una presunzione del carattere equo delle regole di diritto⁴⁴⁹. Secondo altri è, invece, necessario che dal lodo emerga la coincidenza fra soluzione secondo diritto e soluzione equitativa, e che se ne dia, anche solo implicitamente, la spiegazione nella motivazione⁴⁵⁰.

Quest'ultimo orientamento sembra quello condivisibile, perché consente alle parti di verificare che la coincidenza fra diritto ed equità, risultante dal lodo, non è il frutto di un errore degli arbitri circa il metro di giudizio.

soluzione equitativa e soluzione secondo diritto: l'importante è che effettuino consapevolmente questa scelta".

⁴⁴⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 266.

⁴⁴⁹ A. BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 267.

⁴⁵⁰ P. CALAMANDREI, *Diritto ed equità nell'arbitrato*, cit., p. 66; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829, c.p.c.*, in CARPI F. (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 731; C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA. (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 260.

Alla luce delle suddette considerazioni, il lodo reso secondo diritto, anziché secondo equità, può essere censurato *ex art. 829, III comma, c.p.c.* se gli arbitri decidono secondo diritto, perché per errore credano di essere vincolati a tale criterio di giudizio, ovvero perché si rifiutano di decidere secondo equità, pur essendo a ciò autorizzati dalle parti⁴⁵¹. Infatti, nel caso di una decisione secondo diritto, anziché secondo equità, la parte che impugna contesta il contenuto, dovuto all'applicazione di regole diverse rispetto a quelle indicate. In sostanza, gli arbitri, così facendo, violano la norma di diritto che impone loro (poiché le parti hanno richiesto la decisione secondo equità), di non considerarsi vincolati dalle norme di diritto⁴⁵². Tale riconduzione implica ovviamente che il lodo non può essere annullato, se le parti non hanno previsto l'annullabilità della decisione degli arbitri per violazione delle norme di legge.

Secondo altra parte della dottrina questa ipotesi, invece, deve essere ricondotta al motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c., a norma del quale il lodo va annullato se esorbita dai limiti della convenzione di arbitrato⁴⁵³.

⁴⁵¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 267.

⁴⁵² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 267.

⁴⁵³ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 215; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 115; C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 259. Secondo G. MONTELEONE, *Eccesso di potere degli arbitri per inosservanza dei criteri di giudizio fissati dalle parti*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 125 e segg., l'esorbitanza consiste in ogni forma di eccesso di potere degli arbitri, ivi compresa la decisione secondo diritto, anziché secondo equità. Questa tesi si basa sul fatto che la volontà delle parti costituisce a tal punto il fulcro del meccanismo in questione che tutti gli ordinamenti sono disposti a sanzionare con la nullità un lodo nel quale tale volontà sia disattesa. *Contra*, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 268, secondo cui il motivo di impugnazione *ex art. 829, I*

Viene ora in considerazione l'ipotesi speculare rispetto a quella sin qui considerata, vale a dire, quella in cui gli arbitri abbiano deciso secondo equità, benché le parti avessero chiesto loro di decidere secondo diritto.

Anche in questo caso esiste un dibattito in dottrina. Secondo alcuni, questo errore meriterebbe di essere censurato con il motivo di impugnazione previsto nell'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c., giacché concreterebbe un'ipotesi di eccesso di potere derivante da un esercizio di potestà non conferito nel compromesso⁴⁵⁴. Secondo altri, invece, la decisione secondo equità, anziché secondo diritto, sarebbe censurabile con il motivo di impugnazione di cui all'art. 829, III comma, c.p.c.⁴⁵⁵.

Quest'ultimo orientamento sembra essere quello condivisibile, perché anche in questo caso, al pari di quanto accade nell'ipotesi precedente, gli arbitri commettono l'errore di non considerarsi vincolati alle norme di diritto, credendo di poter decidere secondo equità. Si tratta dunque di una decisione sbagliata sotto il profilo del metro di giudizio.

Secondo una parte della dottrina, un ostacolo all'accoglimento di questa opinione consiste nel fatto che il motivo di impugnazione *ex art. 829, III comma, c.p.c.*, sia

comma, n. 4, c.p.c. consente invece, di ottenere l'annullamento del lodo, allorché esso sia reso su una controversia, per la cui decisione, le parti non hanno rinunciato alla giurisdizione del giudice togato; della pronuncia resa secondo diritto, anziché secondo equità, invece, non si contesta la "provenienza", bensì il metro di giudizio.

⁴⁵⁴ A. BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, cit., p. 272; C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA. (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 260; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, cit., p. 209.

⁴⁵⁵ E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, cit., p. 405; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 115; E. REDENTI, voce «*Compromesso (dir. proc. civ.)*», cit., p. 804.

invocabile solo previa espressa previsione delle parti⁴⁵⁶. Si sostiene, infatti, che, per l'individuazione del motivo cui ricondurre questo errore degli arbitri, occorre distinguere, a seconda che le parti abbiano o non abbiano previsto la possibilità di impugnare il lodo per violazione delle norme di diritto. Nel primo caso, la decisione degli arbitri secondo equità non rende di per sé il lodo suscettibile di annullamento, rilevando la valutazione della corte d'appello in ordine alla conformità o meno al diritto della decisione *ex bono et aequo* degli arbitri⁴⁵⁷. Nel secondo caso, invece, ovvero se le parti optano per un lodo di diritto non impugnabile per violazione delle norme di diritto, l'affermazione degli arbitri di aver deciso secondo equità lo rende di per sé annullabile a norma dell'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c.⁴⁵⁸.

Queste considerazioni sembrano, tuttavia, muovere da un'implicita convinzione circa il fatto che la decisione secondo equità lede i diritti e gli interessi delle parti in misura maggiore rispetto alla decisione secondo diritto errata. In proposito, si afferma che la decisione fondata su regole di diritto sbagliate e quella secondo equità, anziché secondo diritto, possono nuocere alle parti in eguale misura⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ F.P. LUIO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 456 e segg.

⁴⁵⁷ F.P. LUIO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 457 e segg.

⁴⁵⁸ F.P. LUIO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 457 e segg., secondo cui la preclusione della verifica della compatibilità della decisione resa con le norme del diritto sostanziale, secondo questa tesi, rende le dichiarazioni degli arbitri l'unico dato suscettibile di verifica

⁴⁵⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 271.

Se, in altri termini, le parti, non prevedendo la censurabilità del lodo per errore di diritto, decidono di assumere su di sé il rischio di una decisione secondo diritto errata, esse non corrono rischi più seri accettando anche il rischio di una pronuncia secondo equità, anziché secondo diritto.

Solleva problemi analoghi a quelli sin qui emersi, la pronuncia degli arbitri resa sulla base di fonti di diritto diverse rispetto a quelle indicate dalle parti.

Anche per questa ipotesi si è acceso un dibattito in dottrina. Un orientamento ritiene che, ove le parti non abbiano prospettato la censurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, l'ipotesi debba essere ricondotta al motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 4, c.p.c. In questo caso, infatti, l'arbitro decide la controversia, traendo il proprio criterio di giudizio da fonti normative diverse da quelle volute dalle parti⁴⁶⁰.

Altra parte della dottrina, ritiene, invece, che il lodo può essere impugnato *ex art. 829, III comma, c.p.c.*, ove le parti abbiano previsto questo profilo di censura. Se gli arbitri, anziché fare riferimento, per decidere il merito della controversia, alle norme di un determinato ordinamento, decidano sulla base delle disposizioni di un altro sistema, commettono un errore assimilabile a quello a loro addebitabile se decidono, applicando alla controversia una norma sbagliata, seppure appartenente allo

⁴⁶⁰ G. RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 269.

stesso ordinamento⁴⁶¹. Se, pertanto, le parti non hanno previsto la censurabilità del lodo per errore di diritto, questo non va annullato, perché le parti hanno deciso di assumersi il rischio di una decisione sbagliata.

6. Impugnazione del lodo per contrasto con l'ordine pubblico.

Fortemente innovativa è la disposizione di cui alla seconda parte del III comma dell'art. 829, c.p.c., ove ammette l'impugnazione del lodo per contrarietà all'ordine pubblico. In questo modo, il legislatore ha risolto un problema interpretativo che veniva sollevato con riferimento al previgente art. 829, II comma, c.p.c. La questione si concretava in questi termini: se fosse possibile impugnare il lodo arbitrale, nonostante qualsiasi rinuncia, allorché esso fosse contrario all'ordine pubblico⁴⁶². Infatti, l'unanimità della dottrina e della giurisprudenza, prima della novella del 2006, riteneva che la violazione dell'ordine pubblico costituisse un motivo d'invalidità del lodo⁴⁶³, se non, addirittura, di inesistenza⁴⁶⁴. Sicché, pur di consentire l'impugnazione del lodo si riconduceva la violazione dell'ordine

⁴⁶¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 272, secondo cui un lodo reso sulla base di norme appartenenti ad un altro sistema giuridico non è più errato di un lodo reso commettendo un errore nell'applicazione di norme interne.

⁴⁶² C. CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in C. CECHELLA, (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 230; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829, c.p.c.*, in CARPI F. (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 650.

⁴⁶³ F.P. LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 460 e segg.;

⁴⁶⁴ R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., p. 670.

pubblico al motivo di impugnazione di cui all'art. 829, I comma, n. 1, c.p.c., quale causa di non compromettibilità della controversia, ovvero al motivo disciplinato nel vigente art. 829, III comma, primo periodo, c.p.c. (violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia)⁴⁶⁵.

Oggi la violazione dell'ordine pubblico costituisce un autonomo ed irriducibile motivo di impugnazione, a norma dell'art. 829, III comma, secondo periodo, c.p.c. Si tratta di una censura che, seppur accostata a quella per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, se ne distingue perché gli arbitri, i quali pronuncino un lodo contrario all'ordine pubblico, non commettono necessariamente un *error in iudicando*: la disciplina sostanziale può essere applicata correttamente, ma nonostante ciò, il lodo può contrastare con l'ordine pubblico⁴⁶⁶.

In via preliminare conviene tentare di circoscrivere il significato della nozione di ordine pubblico. E' molto difficile individuarne la portata perché si tratta di una nozione elastica, variabile nel tempo e nello spazio e presente in tutti i settori del diritto. Il problema cruciale è, in particolare, quello di verificare il rapporto con le norme imperative.

Sulla nozione di ordine pubblico si contrappongono due orientamenti. Il primo, lo definisce come l'insieme dei principi fondamentali desumibili dall'ordinamento nel suo complesso e

⁴⁶⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 274, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829, c.p.c.*, in CARPI F. (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., cit., p. 652.

⁴⁶⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 275.

che costituiscono i canoni fondamentali del sistema in un determinato periodo storico⁴⁶⁷. L'ordine pubblico assume, secondo questa tesi, lo stesso significato in tutte le norme in cui esso è richiamato e non coincide con le norme cogenti ed imperative non derogabili dalle parti: ne risulta una nozione restrittiva, che non distingue fra ordine pubblico nazionale ed internazionale.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'ordine pubblico “*interno*” è costituito dall'insieme delle norme giuridiche inderogabili ed imperative, mentre l'ordine pubblico “*internazionale*” è composto dall'insieme dei principi fondamentali dotati di imperatività nella coscienza collettiva di una comunità statale e svolge la funzione puramente negativa di impedire l'ingresso nell'ordinamento di norme o atti provenienti da altri sistemi⁴⁶⁸. Queste due tesi contrapposte sono rinvenibili anche in tema di impugnazione del lodo⁴⁶⁹.

L'importanza dell'individuazione del significato della nozione di ordine pubblico nel giudizio di impugnazione ha delle risvolti ancora più interessanti perché si tratta di una questione che incide sul tema dell'arbitrabilità. Basti pensare, infatti, che,

⁴⁶⁷ G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1038. Per l'individuazione di detti principi l'interprete deve fare riferimento alla Costituzione, al Trattato CE ed ad altre fonti sopranazionali, anche se esse non costituiscono l'unica fonte possibile.

⁴⁶⁸ G. BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa madama*, 1988, p. 97 e segg.

⁴⁶⁹ Infatti, da una parte vi è chi ritiene l'insieme delle norme imperative e l'ordine pubblico, nozioni coincidenti. Si veda in proposito, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 199. E, dall'altra, vi è chi, invece, considera non necessariamente contrastante con l'ordine pubblico un lodo che violi norme inderogabili. In tal senso, F.P. LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 463 e segg.

secondo una parte della dottrina, sono arbitrabili le controversie aventi ad oggetto rapporti giuridici regolati da norme imperative (corollario di questa tesi è l'ulteriore rilievo secondo il quale, se le parti non prevedono la censurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, la mancata applicazione delle norme imperative non sempre consente l'annullamento del lodo e dunque, almeno in alcuni casi, un lodo contrario a una norma imperativa è destinato a stabilizzarsi)⁴⁷⁰.

Ciò premesso, la tesi che identifica ordine pubblico e norme imperative è sottoposta ad alcune critiche da una parte della dottrina, soprattutto con riferimento alla disciplina dell'impugnazione del lodo arbitrale. In primo luogo, si afferma che, se davvero vi fosse una coincidenza fra norme imperative ed ordine pubblico, l'art. 829, IV comma, c.p.c.⁴⁷¹ sarebbe privo di portata precettiva, perché l'annullabilità del lodo per violazione dell'ordine pubblico già garantirebbe quella censura⁴⁷².

In secondo luogo, la tesi della coincidenza fra contrasto con l'ordine pubblico e violazione delle norme imperative, è contraddetta da alcuni studi della dottrina civilistica in tema di nullità del contratto. Da questi studi è emerso che le norme imperative, non sempre, ove siano violate, implicano, a norma

⁴⁷⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 278.

⁴⁷¹ Che impone *ex lege* la censurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, nell'ipotesi in cui gli arbitri abbiano conosciuto di materie non compromettibili e nel caso di arbitrato in materia di lavoro.

⁴⁷² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 278.

dell'art. 1418, I comma, c.c., la nullità del contratto, la quale può essere esclusa dalla legge, che talora prevede diversi esiti con salvezza della produzione di effetti negoziali⁴⁷³.

Ecco dunque che è contraddittorio sostenere che la violazione delle norme imperative non determini la nullità di un contratto ma implichi, invece, la nullità del lodo.

Resta inteso che, se nel giudizio di impugnazione del lodo non si può sostenere una automatica coincidenza fra ordine pubblico e norme imperative, allo stesso modo non può escludersi che le due nozioni possano in parte sovrapporsi (anche se occorre tener presente che, in alcuni settori dell'ordinamento, esse appaiono distinte, perché operano contemporaneamente)⁴⁷⁴.

In questi settori, pertanto, la nozione di ordine pubblico non costituisce l'unico presidio dei principi e dei valori fondamentali dell'ordinamento e svolge una funzione distinta e residuale rispetto alle norme imperative.

Nel caso dell'impugnazione del lodo arbitrale, invece, le cose stanno diversamente: l'ordine pubblico costituisce l'unico possibile ostacolo alla validità del lodo, dal punto di vista del suo

⁴⁷³ Tale conclusione vale anche se la norma imperativa violata è di rango costituzionale, sovranazionale o penale. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 82.

⁴⁷⁴ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 279. L'A. analizza in maniera approfondita alcune ipotesi. Nell'art. 1343 c.c., per esempio, l'ordine pubblico è affiancato alla norme imperative e al buon costume, come possibile fonte dell'illiceità della causa del contratto e, ivi, svolge, necessariamente, una funzione complementare rispetto a quella rivestita dalle norme imperative, alle quali è accostato, con identica rilevanza, dal punto di vista della illiceità della causa. Analogamente, come sottolineato, l'ordine pubblico ha una funzione, residuale in molte disposizioni del codice civile, nelle quali esso compare sempre abbinato alle norme imperative: in materia di deliberazioni delle fondazioni (art. 25), di disposizioni testamentarie illecite (art. 634), di condizione illecita (art. 1354); di gestione degli affari altrui (art. 2031).

contenuto e dei suoi effetti, nel caso in cui le parti abbiano optato (con il silenzio sul punto) per l'incensurabilità dello stesso per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia⁴⁷⁵. In questa ipotesi, l'ordine pubblico non serve a colmare le lacune delle norme imperative, quanto a compensare l'impossibilità di invocarne il disposto.

La nozione di ordine pubblico va dunque ricavata, per l'impugnazione del lodo, procedendo con un metodo induttivo che ricavi dalle norme imperative vigenti alcuni principi comuni.

Ciò non significa che la nozione di ordine pubblico sia diversa nei settori dell'ordinamento sopra indicati e in materia di impugnazione del lodo: semplicemente, in quei settori, l'ordine pubblico ha, di fatto, una portata più circoscritta, perché la violazione delle norme imperative è sempre rilevante⁴⁷⁶.

L'ordine pubblico, nell'art. 829, III comma, c.p.c., può dunque definirsi come l'insieme dei principi ricavabile *“per implicito dal sistema legislativo: dai codici e dalle altre leggi ordinarie e, soprattutto, dalla Costituzione”*⁴⁷⁷.

Il passo successivo consiste nell'individuazione di questa nozione di ordine pubblico, che non coincide con l'insieme di tutte le norme imperative, ma ne comprende alcune, assumendo contorni più ampi di quelli che, di fatto, riveste nel diritto civile sostanziale e nel diritto internazionale privato.

⁴⁷⁵ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 278, secondo cui, in questo caso, l'ordine pubblico non può essere descritto come una nozione che completa le previsioni delle norme imperative.

⁴⁷⁶ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 279.

⁴⁷⁷ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 246.

A tal fine, l'art. 1343 c.c. può divenire, per l'interprete, un valido punto di riferimento; al punto di ritenere che, il contrasto con l'ordine pubblico sussiste tutte le volte in cui siano illeciti l'oggetto o l'effetto prodotto dal lodo⁴⁷⁸.

Seguendo questo orientamento, è contrario all'ordine pubblico il lodo che accerti, crei o modifichi rapporti giuridici, che, se regolati in un contratto, sarebbero illeciti. Così, il lodo in cui si accerti il diritto di proprietà su uno schiavo o la validità di atti dispositivi di beni sottratti al commercio⁴⁷⁹.

E' poi contrario all'ordine pubblico anche il lodo che condanni a porre in essere prestazioni vietate⁴⁸⁰. Va, altresì, censurato con il motivo di impugnazione in esame il lodo che condanni le parti ad eseguire prestazioni di per sé lecite, ma per causa illecita come, per esempio, un contratto vietato dalla legge⁴⁸¹.

Invece, il complesso delle norme imperative, la cui violazione può, ai sensi dell'art. 1418, I comma, c.c., comportare la nullità di un contratto non ricade necessariamente nella nozione di ordine pubblico. Si impone così l'elaborazione di un

⁴⁷⁸ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 281. L'A. ritiene che, in definitiva, la diversa e più severa sanzione comminata dal combinato disposto degli artt. 1343 e 1418, II comma, c.c., al contratto con oggetto e causa illeciti, rispetto al contratto contrario a norme imperative (nullo solo in alcuni casi per "nullità virtuale"), consente di ritenere il lodo annullabile per contrasto con l'ordine pubblico, ove esso presenti contenuto ed effetti che, se inseriti in un contratto, ricadrebbero nel campo di applicazione di quelle norme.

⁴⁷⁹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 53.

⁴⁸⁰ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 53, per questa ipotesi, l'A. porta ad esempio, l'affitto dell'utero o il pagamento di una somma di denaro non a titolo di risarcimento bensì con funzione affittiva (c.d. *punitive damages*).

⁴⁸¹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 52.

criterio da cui partire per selezionare, all'interno delle stesse, quelle di ordine pubblico.

Una dottrina sostiene che la violazione dell'ordine pubblico si ravvisi quando gli arbitri, nel decidere, non abbiano tenuto conto delle norme imperative. Secondo questo orientamento, la corte d'appello non può riscontrare una violazione dell'ordine pubblico qualora gli arbitri applichino erroneamente una norma imperativa, ovvero ritengano che essa non vada applicata alla fattispecie. Diversamente, la violazione può essere riscontrata se gli arbitri, in modo ingiustificabile, non si siano posti il problema dell'applicabilità di una norma imperativa⁴⁸². Questo orientamento è stato criticato da un'altra parte della dottrina, sia perché fa dipendere l'esito dell'indagine esclusivamente da quanto emerge dalla motivazione del lodo, sia perché pone tutte le norme imperative sullo stesso piano⁴⁸³.

Merita, invece, di essere condivisa la tesi, secondo cui, perché vi possa essere contrarietà all'ordine pubblico occorre valutare se le norme violate siano dettate a tutela di interessi generali ovvero individuali. Nel primo caso il lodo è contrario all'ordine pubblico sia se detta una disciplina valida per il futuro, sia se detta una disciplina relativa ad effetti già sorti; nel secondo caso, invece, la contrarietà all'ordine pubblico, per violazione di

⁴⁸² L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 653.

⁴⁸³ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 281.

norme di protezione, si ha se il lodo detta una disciplina per il futuro e non se regola effetti già sorti⁴⁸⁴.

Per verificare la contrarietà o conformità del lodo all'ordine pubblico occorre altresì considerare sia il comportamento che esso impone alle parti sia il risultato complessivo del lodo⁴⁸⁵.

Si pone, poi, la questione del lodo impugnato che presenti elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale, ovvero applichi una legge straniera.

In proposito, l'orientamento condivisibile è quello che tiene conto del principio che si fonda sul “*grado di intensità del collegamento della fattispecie con l'ordinamento del foro*”⁴⁸⁶.

Va poi soggiunto che il lodo potrà essere annullato per contrasto con l'ordine pubblico anche su rilievo d'ufficio da parte della corte d'appello e attuazione del contraddittorio sul punto, benché l'impugnazione sia stata proposta per altro motivo⁴⁸⁷.

L'ordine pubblico, cui fa riferimento l'art. 829, IV comma, c.p.c., è in linea di massima quello sostanziale. Infatti, il rispetto

⁴⁸⁴ F.P. LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 463 e segg.

⁴⁸⁵ F.P. LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 461 e segg. Come specificato dall'A., può essere il comportamento stesso ad essere contrario all'ordine pubblico oppure il comportamento, in sé neutro, come ad esempio il pagamento di una somma di denaro, può fondarsi su un titolo che viola l'ordine pubblico.

⁴⁸⁶ Si tratta del principio, che in Germania viene definito con il termine “*Binnenbeziehung o Islandsbeziehung*”. L'ordine pubblico, si sostiene, dovrebbe operare con un'intensità diversa secondo i contatti che il rapporto presenta con il sistema di riferimento: più stretto è tale contatto, più si allarga la sfera di principi riconducibili alla nozione di ordine pubblico. Si veda in proposito, Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna, a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 985. *Contra*, G. BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, cit., p. 97 e segg., che suppone che la nozione di ordine pubblico interno vada distinta da quella di ordine pubblico internazionale.

⁴⁸⁷ S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 197.

dell'ordine pubblico processuale (che attiene invece alla formazione del lodo) è previsto e garantito dall'art. 829, I comma, c.p.c., e cioè dalla disciplina dei vizi processuali⁴⁸⁸.

Secondo una parte della dottrina vi sono, tuttavia, almeno due casi, in cui si può ipotizzare che il lodo meriti di essere annullato, per contrasto con l'ordine pubblico processuale.

Il primo, ove si ritenga di non accedere alle tesi che legge nell'art. 831 c.p.c. la previsione, secondo la quale il lodo è assoggettabile alla revocazione sia ordinaria sia straordinaria si potrebbe riconoscere nell'errore di fatto revocatorio (ove non dia luogo ad un vizio di motivazione) una violazione dell'ordine pubblico processuale⁴⁸⁹.

Il secondo caso riguarda un lodo reso sulla base di una convenzione di arbitrato stipulata per effetto di una disposizione di legge, che obbliga alla soluzione arbitrale (che non sia stata dichiarata incostituzionale). Se, in questo caso, gli arbitri omettono di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità e pronunciano il lodo, quest'ultimo dovrebbe essere annullato per contrarietà con l'ordine pubblico processuale⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., cit., p. 441.

⁴⁸⁹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 287.

⁴⁹⁰ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 287.

7. *L'esito dell'impugnazione accolta ex art. 829, III comma, c.p.c.*

La corte d'appello, nel caso in cui accolga l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto o dell'ordine pubblico, decide nel merito la controversia (ai sensi dell'art. 830, II comma, c.p.c.).

In questo modo, il legislatore del 2006 ha confermato la disciplina previgente. In effetti, in entrambi i casi, il giudizio davanti alla corte d'appello costituisce un vero e proprio secondo grado di merito: il giudizio davanti agli arbitri ha avuto regolarmente luogo, ma è stata adottata, secondo il giudice togato, una decisione sbagliata⁴⁹¹.

La corte d'appello passa alla fase rescissoria (art. 830, II comma, c.p.c.), decidendo secondo diritto, anche nel caso in cui abbia annullato il lodo, perché gli arbitri hanno deciso secondo diritto anziché secondo equità. In questa ipotesi potrebbe quindi ravvisarsi una contraddizione, perché l'impugnante (che aveva chiesto agli arbitri una decisione secondo equità) non potrà comunque ottenere dalla corte d'appello una decisione equitativa, perché la medesima decide nel merito secondo diritto (al pari della decisione annullata). Tuttavia, ciò non significa che non si possa comunque ravvisare in capo alla parte un interesse ad impugnare (ovvero ad ottenere comunque, dopo l'annullamento

⁴⁹¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 288.

del lodo, una decisione sul merito a sé favorevole da parte della corte d'appello)⁴⁹².

Resta fra l'altro salva, per loro, la possibilità di imporre un esito meramente rescindente dell'impugnazione così come consente l'art. 830 c.p.c.

8. L'esito meramente rescindente dell'impugnazione voluto dalle parti.

L'esito rescindente del giudizio di impugnazione per nullità del lodo è espressamente previsto dal legislatore, quando ad imporlo è la comune volontà delle parti (art. 830, II comma, c.p.c.) *“nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo”*.

La portata precettiva di questa disposizione risulta assai ridimensionata dall'ampiezza dell'area in cui l'esito esclusivamente rescindente del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale è imposto dalla legge o da altre ragioni. Resta ferma, tuttavia, l'utilità o l'opportunità di questa norma, quando l'esito anche rescissorio del giudizio di impugnazione è ammesso.

E' chiaro il significato di questa disposizione. Chi opta per una soluzione arbitrale della controversia attribuisce, implicitamente ed automaticamente, alla corte d'appello nel cui

⁴⁹² E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, cit., p. 288.

distretto è la sede dell'arbitrato, il potere, una volta annullata quella pronuncia (*ex art. 829, I comma, nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, III, IV e V comma*), di sostituirla con una propria decisione. Solo un'espressa dichiarazione può sottrarre a quella corte d'appello la qualità di giudice naturale competente a giudicare sul merito, dopo l'annullamento del lodo.

La volontà delle parti può essere contenuta già nella convenzione di arbitrato, come oggi precisa l'art. 830, II comma, c.p.c. Nessun dubbio sussiste, dunque, sulla necessità che la manifestazione di volontà provenga da entrambe le parti, nessuna efficacia potendosi perciò riconoscere alla volontà manifestata da una sola di esse⁴⁹³. In secondo luogo, va condiviso il rilievo, secondo il quale, la manifestazione di volontà deve provenire dalle parti personalmente (o da un loro rappresentante), e non possa perciò essere manifestata dal difensore a meno che non sia munito di procura speciale.

D'altra parte, come già è stato sottolineato in dottrina, se le parti non potessero manifestare la volontà contraria alla fase rescissoria già nell'accordo di arbitrato, la disposizione in esame rischierebbe di restare lettera morta. Assai scarse infatti sono le possibilità che le parti si accordino dopo l'annullamento del lodo: la fase rescissoria davanti alla corte d'appello sarà auspicata da chi ha proposto vittoriosamente l'impugnazione e verrà invece scongiurata dall'altra parte⁴⁹⁴.

⁴⁹³ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., p. 246.

⁴⁹⁴ M. GIORGETTI, *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 730 e segg.

Deve invece ritenersi inderogabile l'art. 830, II comma, c.p.c., nella parte in cui impone l'esito rescindente dell'impugnazione ove essa sia accolta ex art. 829, I comma, nn. 1, 2, 3, 4, 10: le parti non possono in questi casi prevedere che la corte d'appello passi alla fase rescissoria decidendo il merito della controversia⁴⁹⁵. Come si è visto nel corso dei capitoli precedenti, questo esito dell'impugnazione è imposto da principi fondamentali di rango costituzionale, cui le parti non possono derogare.

L'art. 830, II comma, secondo periodo, c.p.c. stabilisce poi che *“tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta”*. Si è ribadita la disciplina già vigente prima della novella, secondo la quale in caso di annullamento del lodo reso in un arbitrato internazionale alla corte d'appello era preclusa la decisione nel merito della controversia, salva diversa volontà delle parti.

⁴⁹⁵ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., cit., p. 445.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005.
- AMEDEI D., *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 309 e segg.
- ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964.
- ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, 1959.
- BALENA G., *Contrasti ed incertezze circa la notifica dell'impugnazione per nullità del lodo*, in *Foro It.*, 2002, I, p. 448.
- BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 209 e segg.
- BARILE G., *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa madama*, 1988, p. 97 e segg.
- BELLA E., BARBIERI G., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2007.
- BERLINGUER A., *Ius dicere nell'arbitrato: note comparative sulla motivazione del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 316 e segg.
- BERLINGUER A., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999.
- BERNARDINI P., *Il diritto dell'arbitrato*, Roma - Bari, 1998.
- BERNINI G., *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992.
- BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996.
- BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005.
- BORGHESI D., *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 3 e segg.

- BORGHESI D., *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, su www.judicium.it
- BOVE M., *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)*, su www.judicium.it
- BOVE M., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione di arbitrato rituale*, in *Giusto processo*, 2006, p. 58 e segg.
- BOVE M., *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 541 e segg.
- BOVE M., *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 19 e segg.
- BOVE M. – CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006.
- BRIGUGLIO A., *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 267 e segg.
- BRIGUGLIO A., *Specifiche approvazione scritta della clausola arbitrale per relationem; manifestazione della volontà compromissoria, verifica della "internazionalità" in Cassazione*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 460 e segg.
- BRIGUGLIO A., FAZZALARI E., MARENGO R., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994.
- CALAMANDREI P., *Diritto ed equità nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 63 e segg.
- CANALE G., *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1215 e segg.
- CAPPONI B., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.* 2006, p. 1785 e segg.
- CARLEO R., *Compromesso*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 241 e segg.
- CARLEO R., *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997.
- CARNACINI T., voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 917 e segg.

- CARPI F., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato, Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2006.
- CAVALLINI C., *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005.
- CECCHHELLA C., *Il contratto di arbitrato*, in CECCHHELLA C. (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005.
- CECCHHELLA C., *Il processo e il giudizio arbitrale*, in C. CECCHHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005.
- CECCHHELLA C., *La impugnazione del lodo irrituale qualificato erroneamente come rituale e muto di esecutività*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 53 e segg.
- CECCHHELLA C., *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in CECCHHELLA C. (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005.
- CECCHHELLA C., *L'arbitrato delle controversie di lavoro*, Milano, 1990.
- C. CECCHHELLA, (a cura di) *L'arbitrato*, Torino, 2005.
- CHIARLONI S., *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 127 e segg.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923.
- COMOGLIO L.P., *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 692 e segg.
- COMOGLIO L.P., *Rappresentanza processuale e difesa tecnica nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 208 e segg.
- COMOGLIO L.P., *Voce contraddittorio (principio del)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. III, Roma, 1988.
- CONSOLO C., *Alcuni corollari applicativi e alquanto instabilità della nuova corrente giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Giust. Civ.*, 2005, p. 69 e segg.
- CONSOLO C., *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 432 e segg.

- CONSOLO C., *In tema di inefficace nomina degli arbitri da parte del difensore e dei modi della sua eventuale ratifica (rilevata direttamente in Cassazione)*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 1534 e segg.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II edizione, Padova, 2008.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, 6° ed., Padova, 2008.
- CONSOLO C., *Sul campo "dissodato" della compromettibilità per arbitri* in *Riv. arb.*, 2003, p. 241 e segg.
- CORSINI F., *L'arbitrato rituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 613 e segg.
- CORSINI F., *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it
- CRESPI REGHIZZI Z., *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna, a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 985 e segg.
- CRISCUOLO A., *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, a commento di Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Riv. arb.*, 1998.
- CRISCUOLO A., *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993.
- CRISCUOLO A., *Sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto*, in CATERINI-CHIAPPETTA, *L'arbitrato fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995.
- D'ALESSANDRO E., *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 570 e segg.
- DANOVI F., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999.
- DANOVI F., *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 38 e segg.

- DE CRISTOFARO M., *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, p. 57 e segg.
- DE CUPIS, A. *I diritti della personalità*, in *Trattato Cicu Messineo Mengoni*, Milano, 1982.
- DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939.
- DELLA PIETRA G., *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, su www.judicium.it
- DE NOVA G., *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 424 e segg.
- DE NOVA G., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 406 e segg.
- DITTRICH L., *Incompatibilità, astensione e ricusazione*, Padova, 1991.
- D'ONOFRIO P., *Transazione*, in AA. VV., *Anticresi, Transazione, Cessione dei beni ai creditori, Promesse unilaterali*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1974.
- FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975.
- FAZZALARI E., *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 1 e segg.
- FAZZALARI E., *La successione nel diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 527 e segg.
- FAZZALARI E., sub artt. 823, 829 c.p.c., in A. BRIGUGLIO – E. FAZZALARI – R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994.
- FERRI G.B., voce *Ordine pubblico (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1038 e segg.
- FERRO V., *Il compromesso*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, Milano, 2000, p. 571 e segg.
- FESTI F., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.
- FINOCCHIARO G., *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001.

- FUSILLO A., *L'impugnazione del lodo per mancanza di motivazione e per contraddittorietà di disposizioni*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 306 e segg.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le categorie generali. Le persone. La proprietà.*, vol. I, 1993.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato CICU-MESSINEO-MENGONI*, Milano, 1998.
- GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 385 e segg.
- GHIRGA M.F., sub art. 816 bis c.p.c., in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007.
- GIORGETTI M., *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 730 e segg.
- GIORGETTI M., sub art. 828 c.p.c., in A. BRIGUGLIO B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Milano, 2007.
- GIUDICEANDREA N., *Appunti su l'esistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. it.*, 1955, 4, p. 89 e segg.
- LA CHINA S., *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III ed., Milano, 2007.
- LAUDISA L., *Arbitrabilità della controversia internazionale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 230 e segg.
- LAUDISA L., *Arbitrato libero e corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 68 e segg.
- LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 641.
- LUIO F.P., *Diritto processuale civile*, II, IV, 4° ed., Milano 2007.
- LUIO F.P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.
- LUIO F.P., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 449 e segg.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, III, 16° ed., Torino, 2004.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, II, 18° ed., Torino, 2006.

- MARINUCCI E., *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 1327 e segg.
- MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009.
- MARINUCCI E., *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1177 e segg.
- MAZZARELLA F., *Arbitrato e processo*, Padova, 1968.
- MENCHINI S., *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006.
- MENCHINI S., *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito da omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 763 e segg.
- MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 e segg.
- MIRABELLI G. – GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, rist. agg., 1997.
- MONDINI A., *Validità della clausola arbitrale per relationem ai sensi dell'art. 2 della Convenzione del 1958*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 718 e segg.
- MONTELEONE G., *Eccesso di potere degli arbitri per inosservanza dei criteri di giudizio fissati dalle parti*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 125 e segg.
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2000.
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001.
- MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 93 e segg.
- MOTTO A., sub art. 806 c.p.c., in BRIGUGLIO A., CAPPONI B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Milano, 2007.
- MURONI R., *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008.

- NAZZINI R., *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 246 e segg.
- NEGRO F., *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro It.*, 1956, IV, p. 215 e segg.
- NELA P.L., *Il sindacato della Corte cassazione sul caso in cui un patto compromissorio irrituale ha dato vita ad un arbitrato rituale*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2277 e segg.
- NELA P.L., sub *art. 806, 829 c.p.c.*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007.
- PICARDI N., *La successione processuale*, Milano, 1964.
- PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Napoli, 1857.
- POLINARI J., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in CONSOLO C. e LUISO F.P. (a cura di), 3° ed. diretta da C. CONSOLO, Milano, 2007, p. 5892 e segg.
- PUNZI C., *Ancora sulla delega in tema di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 e segg.
- PUNZI C., *Arbitrato rituale ed irrituale*, in *Enc. Giuridica Treccani*, II, Roma, p. 28.
- PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2008.
- PUNZI C., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 2007, p. 430 e segg.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 652 e segg.
- REDENTI E., voce «*Compromesso (dir. proc. civ.)*», in *Novissimo Dig.*, III, Torino, 1959, p. 797 e segg.
- REDENTI E. – VELLANI M., *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, Milano, 1999.

- RICCI E.F., *Desnecessária Conexão Entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas*, in AA. VV., *Arbitragem Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*, In Memoriam, a cura di S.F. LEMES, C.A. CARMONA, P.B. MARTINS, São Paulo, 2007, p. 402 e segg.
- RICCI E.F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2003, p. 521 e segg.
- RICCI E.F., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 655 e segg.
- RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 e segg.
- RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in PUNZI C. e RICCI E.F. (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005.
- RICCI E.F., *La "natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259 e segg.
- RICCI E.F., *La never ending story della natura geoziale: ora la cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, p. 211 e segg.
- RICCI E.F., *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la riforma dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 810 e segg.
- RICCI E.F., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 408 e segg.
- RICCI E.F., *Sull'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Rass. arbitrato*, 1985, p. 243 e segg.
- RICCI E.F., voce «*Compromesso*», in *Novissimo Dig., App.*, II, Torino, 1980, p. 128 e segg.
- RICCI G.F., *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 256 e segg.
- RICCI G.F., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 759 e segg.
- RICCI G.F., sub art. 816 bis c.p.c., in F. CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- RONCO A., *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (breve rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*, in *Giur. It.*, 2004, p. 1394 e segg.
- ROSI F., *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 625.
- RUBINO-SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, V ed., Padova, 2006.
- RUFFINI G., *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 269 e segg.
- RUFFINI G., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 495 e segg.
- RUFFINI G., *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993.
- RUFFINI G., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 442.
- RUFFINI G., *Patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 711 e segg.
- RUFFINI G., sub art. 808 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, C. CONSOLO e F.P. LUISO (a cura di), 3° ed. diretta da C. CONSOLO, Padova, 2007.
- RUFFINI G. – BOCCAGNA S., sub art. 829 c.p.c., in CONSOLO C. e LUISO F.P. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, III, 3° ed., diretta da CONSOLO C., III
- SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999.
- SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.
- SALVANESCHI L., sub art. 816 quater c.p.c., in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 1280 e segg.
- SATTA S., *Commentario al c.p.c.*, IV, Milano, 1971.
- SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Milano, 1988.
- SIRACUSANO A., sub art. 830. *Decisione sull'impugnazione per nullità*, in VACCARELLA R. –VERDE G. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, p. 954 e segg.

- TARUFFO M., *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 508 e segg.
- TARZIA G., *L'intervento dei terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, p. 352 e segg.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., Milano, 1999.
- TARZIA G., sub art. 20 [art. 828 c.p.c.] *Impugnazione per nullità*, in TARZIA G. – LUZZATTO R. – RICCI E.F., *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995.
- TEDOLDI A., *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in *www.judicium.it*, 2004, par. 10.
- TENELLA SILLANI C., *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006.
- TETI R., *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 297.
- TOMMASEO F., *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 215 e segg.
- VACCARELLA R., *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2887 e segg.
- VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.
- VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., Milano, 2006.
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- VINCRE S., *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 465 e segg.
- VIOLANTE V., *Sulla competenza della corte d'appello a conoscere del merito, dopo l'esaurimento della fase rescindente, una volta dichiarata la nullità del lodo arbitrale per irrituale nomina degli arbitri*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 178 e segg.
- ZENO ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Digesto (disc. Priv.)*, 2, 1995, p. 437 e segg.
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 2005, p. 477.

BIBLIOGRAFIA

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in www.judicium.it

ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub *art. 806, 808, 829, c.p.c.*, in CARPI F. (diretto da), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub *art. 806 c.p.c.*, in MENCHINI S. (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007.