

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Dottorato di ricerca in Diritto dell'arbitrato interno e
internazionale – ciclo XX

PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E ARBITRATO

candidato: dr. Enrico Bernini

tutor: prof. Claudio Cecchella

a babbo e mamma

... vienes quemando la brisa
con soles de primavera
para plantar la bandera
con la luz de tu sonrisa ...

PARTE 1) L'ARBITRATO RITUALE. 1. Introduzione. Dalle radici storiche del principio del contraddittorio alla codificazione del 1865. 2. La codificazione del 1942 e l'art. 101 c.p.c. 3. L'interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 101 c.p.c. 4. Il contraddittorio come tratto distintivo del processo. 5. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. 6. Segue. Il rapporto tra contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio nell'ordinamento francese. 7. Segue. L'evoluzione di legislazione, dottrina e giurisprudenza francesi. 8. Segue. La dottrina italiana: tesi di C. Ferri. 9. Segue. La tesi di S. Chiarloni. 10. Segue. La posizione della giurisprudenza e di altra parte della dottrina. 11. Principio del contraddittorio e arbitrato rituale: la codificazione del 1865 e l'interpretazione dottrinale. 12. La codificazione del 1942 e l'art. 816, comma 3, c.p.c.: l'interpretazione dei primi commentatori. 13. L'interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 816, comma 3, c.p.c. 14. Le prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 816, comma 3, c.p.c. 15. Segue. L'art. 816, comma 3 (successivamente 4) c.p.c. nell'interpretazione della giurisprudenza. 16. Segue. Il rispetto del principio del contraddittorio in relazione ad aspetti specifici postisi all'attenzione della giurisprudenza. 17. Il rispetto del principio del contraddittorio in relazione ad aspetti messi in evidenza dalla dottrina. 18. La riforma dell'arbitrato. Introduzione. 19. Segue. La verbalizzazione dell'attività degli arbitri. 20. Segue. Gli effetti della violazione del contraddittorio. 21. Segue. L'art. 816-*sexies* c.p.c. Breve rassegna degli orientamenti antecedenti alla riforma relativamente all'art. 820 comma 3 c.p.c. 22. Segue. Il nuovo art. 816-*sexies* c.p.c. Introduzione. 23. Segue. Presupposti di applicazione della disposizione. 24. Segue. Il nuovo art. 43 comma 3 l.f. e la possibilità di applicare all'arbitrato l'istituto dell'interruzione in caso di fallimento di una delle parti. 25. Segue. Il nuovo art. 83-*bis* l.f. – 26. Segue. Gli effetti: l'assunzione da parte degli arbitri delle misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio. 27. Segue. Il potere di sospensione del procedimento. 28. Segue. La facoltà di rinuncia all'incarico.

1. Oggetto della presente indagine è l'individuazione degli aspetti salienti del principio del contraddittorio nell'ambito del processo arbitrale. Prima, però, di entrare *in medias res*, appaiono opportune alcune osservazioni introduttive, relative al principio del contraddittorio in generale e al suo sviluppo nell'ambito del processo civile, alla luce del rapporto tra le disposizioni codicistiche e i principi costituzionali. Sarà così possibile individuare i principi enucleati da dottrina e giurisprudenza in relazione al processo civile e vedere se e in quale modo gli stessi siano applicabili o applicati in ambito arbitrale.

Da un punto di vista storico, il principio del contraddittorio – la cui essenza veniva riassunta nel brocardo *audiatur et altera pars* – ha costituito, a partire dalle elaborazioni medievali, il perno del processo, costituendo, nell'antitesi delle ragioni delle parti, lo strumento più idoneo alla ricerca della verità. L'*ordo iudicarius* – cioè la procedura – era infatti fondato sul principio del contraddittorio, che lo pervadeva non solo in relazione all'atto introduttivo

ma anche al sistema delle prove, avendo il fine di assicurare l'eguaglianza delle parti tra loro e nei confronti del giudice.

La centralità del contraddittorio non veniva meno al momento del passaggio dall'età medievale a quella moderna, quando il principio veniva annoverato tra gli *iura naturalia*, in quanto tale inderogabile da parte del legislatore, civile o religioso che fosse.

Sebbene poi, nel corso dell'età moderna, si noti progressivamente un decadimento del contraddittorio¹ e tale fenomeno si rafforzi nell'ambito delle codificazioni del secolo XIX (in relazione alle quali – per quanto si continui a parlare di principio del contraddittorio – sembra farsi riferimento non più a un'istanza di tipo etico, esterna al processo e alle quali le norme dovrebbero ispirarsi, ma al risultato dell'astrazione delle norme particolari contenute nel sistema), si può comunque notare, ponendo l'attenzione in particolare alla codificazione avvenuta nel nostro paese a seguito dell'unificazione nazionale, come il legislatore si sia comunque richiamato alla matrice giusnaturalistica del principio².

Il codice di procedura civile del 1865 prendeva in considerazione il principio del contraddittorio all'art. 38, il quale stabiliva che «non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge».

Veniva messo in evidenza dai commentatori³ come il principio avesse due fondamenti, uno logico e uno pratico.

Il fondamento logico deriva dal fatto che all'interno del processo si fa valere un rapporto giuridico che «ha essenzialmente una struttura bilaterale, imperniata sulla correlazione tra potere e vincolo». E la bilateralità del rapporto (ma un analogo discorso vale quando all'interno del processo viene azionato uno *status* personale, che viene comunque fatto valere nei confronti di una persona determinata) comporta la bilateralità del processo, il quale si svolge tra due parti, delle quali colui che assume l'iniziativa (attore) fa valere una ragione nei confronti di un altro soggetto (convenuto), il quale ha per definizione interesse a contraddire la domanda proposta nei suoi confronti.

Il fondamento pratico del contraddittorio risiede nel fatto che il fine del processo (la giustizia della decisione) non potrebbe essere raggiunto se l'iniziativa processuale fosse lasciata a una sola delle parti, la quale, mossa dal proprio interesse, è naturalmente portata a prospettare i fatti di causa in modo parziale e incompleto, ponendo l'accento esclusivamente sui fatti a sé favorevoli (e magari simulandone l'esistenza) e tacendo quelli a sé sfavorevoli. Il rimedio a questo pericolo è costituito dal contraddittorio, in quanto il convenuto, mosso da

¹ In quanto «abbandonata la metodologia dialettica della ricerca, il contraddittorio tendeva ormai a risolversi in una meccanica contrapposizione di tesi ed, in ultima istanza, in una prova di forza»: N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*». *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 16.

² Si vedano, in tal senso, le parole usate nella Relazione al Governo sul progetto di codice di procedura civile dal guardasigilli Pisanelli, riportate da N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 674.

³ Si fa riferimento, in particolare, a E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2a ed., Roma, 1936, 87 ss.

opposti interessi, a sua volta è portato a prospettare i fatti di causa in modo parziale e incompleto, ponendo l'accento esclusivamente sui fatti a sé favorevoli (e magari simulandone l'esistenza) e tacendo quelli a sé sfavorevoli. In questo modo «per virtù del contraddittorio la esposizione di ciascuna parte si integra e si rettifica, in servizio della decisione giusta», dal momento che, attraverso il gioco delle parti, il giudice ha la possibilità di individuare e utilizzare gli strumenti utili per la decisione.

Tale meccanismo funziona però qualora il convenuto partecipi effettivamente al processo, cosa che non si verifica di necessità, dal momento che il convenuto non ha l'obbligo, ma solo la facoltà/onere di contraddire. Imporre un obbligo di partecipazione violerebbe infatti la libertà dei soggetti e, inoltre, non necessariamente la mancanza di contraddittorio incide sulla giustizia della decisione, dal momento che «il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando via sia fondamento nel contraddire: se non ce n'è, costituisce un ingombro». Posizioni sostanzialmente analoghe erano state espresse da Carnelutti⁴, il quale anch'egli pone l'accento sul principio del contraddittorio come espressione della bilateralità dell'azione e sui pericoli insiti nella prospettazione dei fatti di causa effettuata da una sola delle parti (naturalmente portata dal proprio interesse a inventare fatti a sé favorevoli e a nascondere fatti a sé sfavorevoli).

Il contraddittorio «rappresenta così il complemento e il correttivo dell'azione di parte nel processo» ma, ancora una volta, viene sottolineato come la scelta se contraddire o meno sia rimessa alla libertà del convenuto, il quale potrebbe anche non avervi interesse: «il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sono ragioni per contraddire; se non ve ne sono, è un ingombro».

Come è stato messo in evidenza⁵, le posizioni espresse dai predetti autori costituiscono «un completo ribaltamento della classica concezione giusnaturalistica», essendo ormai divenuto il contraddittorio un elemento accidentale all'interno degli atti che formano l'*iter* del processo.

E, d'altra parte, il confronto tra la struttura (possibilità per il giudice di statuire sulla domanda solo se la stessa è stata preventivamente portata a conoscenza del convenuto) e la funzione (che è non solo quella di garantire l'uguaglianza delle parti, ma anche quella di ricerca della verità e di realizzazione della giustizia) del contraddittorio porta a rilevare una «parziale discrepanza» tra le stesse, dal momento che la ricerca della verità e della giustizia

⁴ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, II, 154 ss.

⁵ N. PICARDI, «*Audiat et altera pars*» cit., 19.

richiederebbero in ogni caso l'effettiva attuazione del contraddittorio e non l'astratta possibilità dello stesso⁶⁷.

2. Dall'art. 38 del codice di procedura civile del 1865 si passa all'art. 101 del codice di procedura vigente, il quale – rubricato «Principio del contraddittorio» – prevede che «il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è stata proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa». La disposizione – la quale costituisce una trasposizione del vecchio art. 38 c.p.c.⁸ – si rifà a una concezione tradizionale del principio, cioè alla garanzia che il soggetto contro il quale è proposta la domanda sia stato ritualmente citato in giudizio, in modo che possa, qualora lo ritenga opportuno, spiegare le sue difese.

In tale concezione tradizionale, ispirata ai principi liberali dello stato di diritto, il bene che si intende garantire attraverso il principio del contraddittorio è l'uguaglianza delle parti nella fase iniziale del processo, «mentre non è rilevante (o, meglio, non lo è dal punto di vista costituzionale) un'esigenza di tutela ulteriore, la quale tenga conto dell'eventualità che l'uguaglianza, astrattamente assicurata «a priori», possa poi anche non tradursi in garanzie concrete, nel corso del giudizio»⁹. Si tratta, pertanto, di una visione formale e statica del principio¹⁰, intesa a garantire una parità dei punti di partenza tra le parti attraverso il momento informativo della *vocatio in ius* ma non una sua estensione dinamica, che sia in grado di assicurare una effettiva parità tra i contendenti durante tutto il corso del giudizio.

Tale garanzia non è, peraltro, assicurata in via assoluta, dal momento che è fatta salva la possibilità per la legge di prevedere che il giudice possa pronunciare sulla domanda di parte anche indipendentemente dalla citazione in giudizio del convenuto. Pertanto la regola, sulla base della lettera della norma, è quella dell'attuazione del contraddittorio prima che il giudice pronunci il proprio provvedimento; l'eccezione è che sia possibile una pronuncia indipendentemente dall'instaurazione del contraddittorio. Tali eccezioni – in relazione alle quali, nell'ottica del legislatore del 1942, era sufficiente che fossero fondate su disposizioni

⁶ In tal senso A. PROTO PISANI, Sub art. 101 c.p.c., in *Comm. Allorio*, Torino 1973, 1085-1086.

⁷ Tale «insufficienza» del principio di uguaglianza delle parti (e del contraddittorio, che ne costituisce espressione) al fine della ricerca della verità in assenza di un'effettiva partecipazione degli interessati è messa in evidenza da chi individua nella più evoluta regola di collaborazione tra le parti e il giudice il principio che dovrebbe regolare il processo: in tal senso E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 589 ss.

⁸ Fatto salvo il fatto che è espressamente prevista la dizione «Principio del contraddittorio» e che, dall'interpretazione letterale della stessa, sembrerebbe di doversi desumere che sia condizione necessaria per la decisione non solo la citazione in giudizio della parte ma anche la sua effettiva presenza in giudizio. La dottrina, peraltro, unanimemente ritiene l'insostenibilità dell'interpretazione letterale della disposizione: v., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1957, I, 282-283.

⁹ La definizione è di L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino 1989, 3.

¹⁰ Alla quale aderisce, per esempio, F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 738.

di legge e non di regolamenti o atti di autonomia privata, senza ulteriori limitazioni di ordine costituzionale – devono essere oggi sottoposte al vaglio della conformità con l’art. 24 comma 2, Cost., il quale impone il rispetto dell’inviolabile diritto della difesa in ogni stato e grado del processo. La deroga all’instaurazione preventiva del contraddittorio diviene allora ammissibile, in presenza di esigenze che meritino comunque tutela, purché l’esercizio del diritto di difesa – di cui il contraddittorio è espressione – venga comunque assicurato¹¹.

3. Vale peraltro la pena di sottolineare come l’interpretazione tradizionale dell’art. 101 c.p.c. sia ben presto stata superata a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la quale ha imposto una nuova lettura anche delle norme processuali.

In particolare, per quanto riguarda il principio del contraddittorio, si è ben presto fatta strada l’idea della necessità di un’interpretazione più ampia, che rendesse compatibile la disposizione dell’art. 101 c.p.c. con i principi costituzionali, non solo la mera esigenza della difesa tecnica garantita in prima istanza dall’art. 24 comma 2 Cost., ma anche con l’art. 3 Cost., così da interpretare il contraddittorio come una delle espressioni del principio di uguaglianza.

L’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, garantita in via generale dall’art. 3 Cost., ha come necessario corollario l’uguaglianza all’interno del procedimento che porta alla formazione dell’atto giudiziale; e lo strumento tecnico che informa la struttura del processo e attraverso il quale viene garantita tale eguaglianza è precisamente il contraddittorio¹².

Tale lettura, costituzionalmente orientata, ha messo in evidenza come la parità di condizioni di partenza tra le parti sia una condizione necessaria ma non sufficiente a tutelare le posizioni delle parti, le quali devono essere messe in condizione di far valere paritariamente le loro ragioni per tutta la durata del processo e in relazione a ogni tipo di attività che si svolge al suo interno.

Si è fatta allora strada, grazie anche all’opera di concretizzazione dei principi costituzionali svolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹³, una differente idea di contraddittorio, di tipo non formale ma sostanziale, «nel senso che le parti devono poter svolgere le loro difese in modo pieno e senza arbitrarie limitazioni: qualunque disposizione legale in contrasto con queste regole deve considerarsi incostituzionale e perciò invalida»¹⁴.

¹¹ Sul tema del rispetto del contraddittorio nell’ambito dei procedimenti speciali si fa rinvio, per maggiori informazioni, al noto saggio di V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577 ss.

¹² V. COLESANTI, *op. cit.*, 584.

¹³ La quale, in una serie di sentenze, ha eliminato le norme che non garantivano o comunque restringevano ingiustificatamente il diritto al contraddittorio, tra le quali, a mero titolo d’esempio, gli artt. 247 e 248 c.p.c.

¹⁴ In tal senso E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore - Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese 1968, 130-134.

Si è parlato così, in dottrina, di effettività del contraddittorio, intesa non tanto come effettiva partecipazione al giudizio della parte quanto come reale possibilità, per le parti, «di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice»¹⁵.

4. Particolare importanza nell'ottica di valorizzazione del principio del contraddittorio hanno assunto gli studi finalizzati a studiare la figura del processo e a enucleare le differenze tra gli schemi processuali e quelli meramente procedurali. Tali studi, prendendo spunto dalla progressiva diffusione del fenomeno della partecipazione degli interessati (*id est*: destinatari degli effetti) all'*iter* di formazione del provvedimento e alla fase di ricognizione dei presupposti dello stesso, erano e sono per l'appunto finalizzati a individuare quali siano i requisiti, in presenza dei quali un procedimento – termine con il quale si identifica una «determinata sequenza di “norme”, nonché degli “atti” da esse disciplinati e delle “posizioni soggettive” da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale»¹⁶ – assume le caratteristiche del processo.

A tal proposito la partecipazione al procedimento non solo dell'autore ma anche dei soggetti nella cui sfera giuridica il provvedimento finale è destinato a spiegare i suoi effetti costituisce un elemento necessario ma non sufficiente a qualificare il processo, dal momento che ciò che caratterizza il processo non è l'*an* della partecipazione ma le modalità con le quali questa si verifica (il *quomodo*).

E tale *quomodo*, che permette di distinguere le due *species* appartenenti a un unico *genus*, è «la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il contraddittorio»¹⁷.

In particolare, le caratteristiche di tale struttura consistono «nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione dell'atto); nella rilevanza delle medesime per l'autore dell'atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati»¹⁸.

In questo modo il ruolo del contraddittorio diventa centrale, tanto da divenire il tratto distintivo del processo.

¹⁵ Così G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino 1959, 460.

¹⁶ La definizione è di E. FAZZALARI, *Procedimento e processo. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, s.d., ma 1986, 819.

¹⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, 827.

¹⁸ *Id.*, *op. loc. ultt. citt.*

5. Prima di focalizzare l'attenzione sul problema del contraddittorio nell'arbitrato – pur esulando dalla presente indagine un'analisi puntuale delle problematiche che il contraddittorio pone nell'ambito del processo civile – appare opportuno mettere in evidenza una questione che da molti anni tiene desta l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, e cioè l'attuazione del principio del contraddittorio in relazione alle questioni rilevabili d'ufficio.

La norma di riferimento in relazione alla questione è costituita, all'interno del codice di procedura civile, dall'art. 183, comma 4 (ex comma 2), in base al quale il giudice «indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione». La disposizione, interpretata letteralmente, sembra lasciare al giudice la facoltà discrezionale di indicare le questioni rilevabili d'ufficio, senza che il mancato esercizio del potere di rilevare la questione possa in qualche modo incidere sulla validità della sentenza pronunciata tenendo conto di una questione in senso tecnico (preliminare o pregiudiziale) o comunque di un punto di fatto o di diritto sui quali le parti non abbiano potuto, anteriormente alla decisione, spiegare le proprie difese (cd. sentenza della terza opinione o della terza via).

La dottrina, nei suoi commenti alla norma, non mancava di mettere in evidenza come il codice non avesse dato seguito alle aspirazioni che aveva suscitato¹⁹ e, tuttavia, cercava di trovare delle soluzioni che permettessero di garantire il rispetto del principio del contraddittorio al di là dell'interpretazione letterale della disposizione.

In tal senso, si può ricordare la posizione di Grasso, il quale, partendo dalla propria concezione del processo fondata non tanto sul principio del contraddittorio (espressione della mera eguaglianza formale delle parti) quanto sul diverso concetto della collaborazione tra il giudice e le parti, ritiene che proprio in virtù di tale ultimo principio il giudice sia obbligato a sottoporre alle parti ogni questione rilevabile d'ufficio, prima della decisione della medesima²⁰.

Più articolata – in quanto espressa in un saggio avente espressamente a oggetto il rapporto tra le questioni rilevabili d'ufficio e il contraddittorio – la posizione espressa da Denti²¹.

Tale autore, partendo dal presupposto che l'obbligo di sollevazione, da parte del giudice, delle questioni rilevabili d'ufficio non possa trovare fondamento sull'interpretazione letterale dell'art. 183 c.p.c., rinviene l'esistenza di tale obbligo attraverso «una più comprensiva visione dei rapporti tra i poteri del giudice ed i poteri delle parti, che trova il suo fondamento nell'art. 101 cod. proc. civ., interpretato alla luce dello art. 24, 2° comma della Costituzione».

Il principio di cui all'art. 101 c.p.c., interpretato alla luce dei principi costituzionali e non secondo la lettera della disposizione (che ne limiterebbe l'applicazione al momento della costituzione del rapporto processuale), porta infatti a sostenere che il rispetto del principio

¹⁹ Si vedano, in tal senso, le osservazioni di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2a ed., Napoli 1956, II, 82.

²⁰ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 591-592 e 608.

²¹ V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.

del contraddittorio debba estendersi anche alle questioni rilevabili d'ufficio; e anzi una tale conseguenza si potrebbe ricavare anche indipendentemente dalla violazione della norma codicistica, essendo possibile costruire una categoria di nullità processuali derivanti dalla lesione diretta di disposizioni della Carta fondamentale e che hanno come conseguenza l'invalidità della sentenza pronunciata in violazione dei doveri ricavabili delle predette disposizioni²².

Andando poi a vedere in concreto quali sono, secondo l'autore, le questioni in relazione alle quali si pone l'obbligo di rilevazione e trattazione da parte del giudice, queste sarebbero limitate per definizione alle questioni pregiudiziali, in quanto sono le sole questioni su cui il giudice giudica e non si limita a conoscere, «poiché la garanzia del contraddittorio riguarda tipicamente l'attività decisoria degli organi giurisdizionali»²³.

6. L'elaborazione teorica relativa al problema del rapporto tra contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio si arricchisce, negli stessi anni, dell'esperienza maturata in altri ordinamenti in relazione al medesimo tema e, in particolare, nell'ordinamento francese. In Francia, pur in assenza di una norma di carattere costituzionale che garantisca espressamente il diritto di difesa, è principio acquisito in dottrina e giurisprudenza quello che considera fondamentale il diritto di difesa e il collegato principio del contraddittorio e, in particolare a partire dagli anni '60 del '900, si è posto all'attenzione degli studiosi il problema dell'obbligo o meno, per il giudice, di sottoporre alla preventiva discussione gli elementi rilevanti per la decisione non rilevati direttamente dalle parti.

Particolarmente importanti per lo studio e lo sviluppo del tema risultano gli studi di Henry Motulsky, il quale, in numerosi saggi²⁴, affermava il principio secondo il quale il giudice avrebbe non la mera facoltà ma l'obbligo di provocare la preventiva discussione tra le parti ogniqualvolta rilevi un elemento rilevante per la decisione. Tale opinione trovava peraltro sostegno, secondo l'autore, in numerose decisioni della giurisprudenza che avevano dichiarato l'annullabilità di sentenze pronunciate sulla base di elementi non discussi preventivamente tra le parti; l'autore, inoltre, riteneva che tale principio dovesse estendersi anche a quelle pronunce in cui il giudice decidesse la controversia o comunque qualificasse il rapporto controverso sulla base di norme differenti da quelle prospettate come applicabili dalle parti, qualora non avesse suscitato la discussione sulla differente qualificazione giuridica ritenuta corretta.

²² *Id.*, *op. cit.*, 222-223 e 226.

²³ *Id.*, *op. cit.*, 220.

²⁴ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Robier*, Paris, 1961, II, 175 ss., ora in *Ecrits*, I, *Etudes et notes de procédure civile*, Paris 1973, 60 ss.; *Id.*, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, in *Ecrits cit.*, 38 ss.; *Id.*, *La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, in *Etudes cit.*, 181 ss.

Le tesi di Motulsky erano destinate ad avere una profonda influenza non solo nel dibattito dottrinale, ma finirono per incidere sui numerosi interventi legislativi sul tema in questione. Un primo intervento venne attuato attraverso il decreto 13 ottobre 1965, il cui art. 82, prevedendo che «aucun moyen, même d'ordre public, non soulevé par les parties ne pourra être examiné d'office sans que celles-ci aient été appelés à présenter leur observation à cette égard», impone appunto al giudice di permettere alle parti di presentare le loro osservazioni su qualunque «moyen», pena l'impossibilità di esaminarlo d'ufficio.

Negli anni successivi veniva tuttavia avviata la complessiva riforma del codice di procedura civile attraverso una serie di decreti governativi, tra i quali riveste particolare importanza il decreto 9 settembre 1971 – recante i principi fondamentali del processo –, il cui art. 16 imponeva espressamente al giudice di rispettare il principio del contraddittorio e di sottoporre al dibattito tra le parti le questioni rilevabili d'ufficio (con l'unica eccezione dei *moyens d'ordre public*, rilevabili d'ufficio anche senza previo contraddittorio tra le parti), così come era previsto che dovessero essere sottoposte alla discussione delle parti le spiegazioni integrative che il giudice chiedesse a una di esse.

La scelta effettuata con il decreto 9 settembre 1971 viene confermata con il successivo decreto 20 luglio 1972, che anzi impone di stimolare il previo contraddittorio tra le parti anche in relazione ai *moyens d'ordre public* e prevede espressamente che il presidente dell'organo giudicante, a tal fine, debba riaprire la discussione²⁵.

Quando però poi i vari decreti di riforma vengono riuniti in un testo unitario, destinato a divenire il nuovo codice di procedura civile, si assiste a un rovesciamento delle originarie impostazioni, dal momento che l'art. 16 c.p.c. non prevede più né che il giudice sia tenuto a rispettare il principio del contraddittorio (ma solo che lo faccia rispettare alle parti) né che sia tenuto a suscitare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio; l'unica garanzia che continua a essere assicurata è il contraddittorio tra le parti (prevista dall'art. 15, che impone alle parti di portarsi vicendevolmente a conoscenza le ragioni di fatto e di diritto nonché i mezzi di prova richiesti in tempo utile per poter organizzare le proprie difese), mentre rimangono inalterati i poteri del giudice, non solo ai fini della qualificazione giuridica del rapporto controverso ma anche in relazione alla rilevazione delle questioni rilevabili d'ufficio, senza però che il loro esercizio sia subordinato alla preventiva attivazione del contraddittorio tra le parti.

7. A seguito dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si assiste a differenti tipi di reazione in dottrina e giurisprudenza.

²⁵ La giurisprudenza tuttavia non sempre dava seguito a quanto previsto dalle norme in modo coerente, continuando pertanto a sussistere delle decisioni in cui i giudici rilevavano «in segreto» le questioni. Si veda un elenco delle decisioni della Corte di Cassazioni in A. BÉNABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge*, JCP, 1977, I, 2849.

In dottrina, sebbene qualcuno salutasse con favore la novità, ritenendo che il principio del contraddittorio in effetti non potesse riguardare il rapporto tra parti e giudice ma esclusivamente il rapporto tra le parti tra loro²⁶, la maggioranza degli autori era invece fortemente critica nei confronti delle nuove disposizioni. Alcuni, tuttavia, pur ritenendo che il mancato obbligo di rilevazione e trattazione delle questioni rilevabili d'ufficio comportasse una violazione del principio del contraddittorio, si limitavano a prendere atto della situazione²⁷; altri, invece, pur prendendo atto dei mutamenti legislativi, non attribuivano agli stessi portata rilevante, ritenendo che le norme degli anni 1971/1972 (quelle, cioè, che espressamente prevedevano la necessità del rispetto del contraddittorio anche da parte del giudice) fossero mere esplicazioni di un principio generale e cogente, con la conseguenza che il venir meno delle norme positive di attuazione non avrebbe comportato il venir meno del principio presupposto, di cui tali norme sono espressione²⁸.

Differente invece la strada intrapresa dalla giurisprudenza, che distingueva il campo di estensione del dovere di rilevazione del giudice a seconda che la questione rilevabile d'ufficio fosse di puro diritto (*moyen de pur droit*) ovvero mista di fatto e di diritto (*moyen mélangé de fait et de droit*), intendendosi quest'ultima l'ipotesi in cui la sollevazione di una questione di diritto comporti la rilevanza di elementi di fatto precedentemente non considerati tra le parti.

In tale ultimo caso, infatti, a differenza del primo, si riteneva necessario che il giudice suscitasse il contraddittorio tra le parti prima della decisione della questione²⁹.

Sulla descritta situazione interveniva una decisione del Conseil d'État³⁰, il quale dichiarava l'annullamento dell'art. 16 del codice di procedura civile nella parte in cui dispensava il giudice dall'osservare il principio del contraddittorio, allorquando rilevasse d'ufficio una questione di puro diritto. La sentenza tuttavia operava una distinzione tra l'ipotesi in cui il giudice avesse l'obbligo di sollevare la questione rilevabile d'ufficio (*moyen d'ordre public*) e il caso in cui avesse invece meramente il potere (ma non l'obbligo): in quest'ultimo caso la previa discussione tra le parti sarebbe necessaria, nel primo caso no.

La decisione³¹, sebbene costituisse un passo in avanti nel senso dell'ampliamento del raggio di applicazione del principio, lasciava tuttavia delle perplessità, non solo perché fondava l'operatività del contraddittorio sulla distinzione – di non facile interpretazione – tra questioni che possono e questioni che debbono essere rilevate d'ufficio, ma soprattutto

²⁶ In tal senso A. BÉNABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge*, JCP, 1977, I, 2849.

²⁷ R. PERROT, *obs*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, 826.

²⁸ G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, D. 1978, chron. VIII, 36-38.

²⁹ Si vedano le decisioni giurisprudenziali riportate da J. NORMAND, *obs*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, 417 ss.

³⁰ Sentenza 18 ottobre 1979 *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, in *Dalloz* 1979, 606, note A. BÉNABENT; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 6, note P. JULIEN; JCP, 1980, II, 19288, concl. FRANC et note J. BORÉ, *RTD civ.* 1980, 145, *obs.* J. NORMAND.

³¹ Sostanzialmente rispettata dalla giurisprudenza: vedi le decisioni riportate da J. NORMAND, *obs*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, 598 ss. e 1981, 200 ss.

perché non era chiara la differenza tra i due tipi di questione in ordine al diritto di difesa, dal momento che il problema del rispetto del principio del contraddittorio si presenta, in relazione alla posizione delle parti, con le stesse caratteristiche per qualunque questione che il giudice abbia deciso senza preliminarmente rilevare, indipendentemente dal fatto che ne avesse l'obbligo o la semplice facoltà³².

Ma anche la situazione creatasi a seguito della ricordata sentenza del Conseil d'État era destinata ben presto a essere superata, a seguito sia di nuove pronunce giurisprudenziali che, soprattutto, di nuove modifiche apportate dal legislatore.

Quanto al primo punto, il nodo dell'art. 16 c.p.c. veniva affrontato dalla Chambre Mixte della Cour de Cassation con due sentenze del 10 luglio 1981³³, le quali stabiliscono, da un lato, che la necessità del preventivo rispetto del contraddittorio trova applicazione in ordine alle questioni processuali, rilevabili d'ufficio, che potrebbero dar luogo a una pronuncia di *fin de non recevoir*; dall'altro che l'obbligo di suscitare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio vale anche in relazione a qualsiasi *moyen d'ordre public*, indipendentemente dal fatto che il giudice abbia l'obbligo ovvero la facoltà discrezionale di rilevarlo. Nulla invece veniva detto in relazione ai *moyens nécessairement dans la cause* (cioè agli elementi già presenti all'interno del giudizio ma dei quali il giudice si appresti a dare una qualificazione differente da quella data dalle parti), ma in dottrina si è ritenuto³⁴ - pur criticando l'occasione persa dalla Cassazione per fare chiarezza sul punto - che le affermazioni di principio contenute nella sentenza avessero portata generale e che fosse quindi necessario il preventivo contraddittorio anche nel caso in cui il giudice voglia esclusivamente dare una differente lettura giuridica dei fatti o delle ragioni della controversia.

Quanto alle modifiche legislative, veniva approvata, in data 12 maggio 1981, una nuova modifica all'art. 16 c.p.c., che riaffermava definitivamente la necessità del previo contraddittorio di parte su qualunque questione rilevabile d'ufficio, prevedendo, al primo comma, che *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* (con una formula molto ampia, in quanto riferita a ogni possibile circostanza); al secondo comma, che *le juge ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* (sancendo pertanto l'estensione del principio a qualunque elemento - questioni, spiegazioni e documenti -, di fatto o di diritto - sia esso di puro diritto ovvero di diritto misto a fatto -, di rito o di merito, che il giudice è condotto a prendere in considerazione) e, al terzo comma, che *il [cioè le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* (con la definitiva previsione dell'obbligo per il

³² In tal senso J. NORMAND, *obs*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, 147.

³³ Riportate in *Dalloz*, 1981, 637.

³⁴ V. A. BENABENT, *L'art. 16 du nouveau code de procédure civile, version 1981*, D. 1982, *chron.*, 56.

giudice di permettere alle parti di presentare le loro osservazioni sulle questioni di diritto rilevate d'ufficio).

8. L'interessante parabola – a lieto fine, si potrebbe dire – del principio del contraddittorio all'interno del codice di procedura francese (e la notevole messe di interventi dottrinali e giurisprudenziali che hanno accompagnato le evoluzioni legislative)³⁵ ha finito per stimolare un rinnovato interesse per il problema del rapporto tra le questioni rilevabili d'ufficio e il contraddittorio anche nella nostra dottrina. Si fa riferimento, in particolare e innanzitutto, a un articolato saggio di Ferri del 1984³⁶, il quale si avvicina al tema anche attraverso un'approfondita analisi degli ordinamenti vicini al nostro (e appunto, in particolare, quello francese).

L'autore, partendo dall'art. 24, comma 2, Cost., ritiene che dalla norma «discenda la necessità dell'integrale attuazione del contraddittorio in ogni fase del procedimento ed in particolare la necessità che le parti siano poste in condizione di poter interloquire e difendersi preventivamente su ogni aspetto della decisione»³⁷. Conseguentemente a tale impostazione il problema diviene allora quello di comprendere quale debba essere l'oggetto del contraddittorio, ossia l'individuazione degli elementi/punti della controversia in relazione ai quali debba, precedentemente alla decisione, essere stata possibile la discussione delle parti, a pena di invalidità della sentenza.

A tal proposito non viene ritenuta soddisfacente la posizione espressa da Denti³⁸, sia perché la necessità di suscitare il contraddittorio solo quando il giudice decide (e non quando si limita a conoscere) la questione porterebbe a escludere la rilevanza del contraddittorio ogni qual volta in cui la questione sia risolta in modo da non decidere la controversia, sia perché – ed è questa la critica che appare più penetrante – al di là delle questioni pregiudiziali (e

³⁵ Per quanto riguarda le principali opere di dottrina successive al periodo di riforme del codice di procedura civile si vedano, in particolare: M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse Paris II, 1988; G. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *J.-Cl. de procédure civile*, 1991, fasc. 114; G. FLECHEUX, *Le droit de être entendu*, *Mélanges P. Bellet*, 1991, 149; O. SCHRAMECK, *Quelques observations sur le principe du contradictoire*, in *L'État de droit. Mélanges G. Braibant*, 1996, Dalloz, 629; G. WIEDERKEHR, *Les droits de la défense et le principe de la contradiction*, in *Procédures et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, Coll. "Droit et justice", 2003, 167; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, thèse Toulouse, déc. 2003; G. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *J.-Cl. de procédure civile*, 2003, fasc. 114; M.-A. FRISON-ROCHE, *V° Contradictoire*, in *Dictionnaire de la justice (publié sous la direction de L. CADIET)*, Paris, 2004, 236-243F. GUINCHARD ET ALII, *Droit processuel/Droit commun et droit comparé du procès*, 3e éd., Paris, 2005; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le juge et la contradiction*, in *Le NCPC (1975-2005)*, Économica, 2006, 295; F. GUINCHARD-F. FERRAND, *Droit processuel/Droit interne et droit comparé communautaire*, 28e éd., Paris, 2006; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, Thèse, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, 2006, préface L. CADIET.

³⁶ C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*, in *Studi Urbinati*, anno XLIX, N.s., n. 33, Città di Castello 1984.

³⁷ *Id.*, *op. cit.*, 50.

³⁸ Sulla quale vedi *supra*, § 6.

preliminari) in senso tecnico esistono una serie di elementi, di diritto o di fatto, che sono comunque idonei a incidere sul contenuto della decisione e sui quali, pertanto, si rende necessario lo sfogo del contraddittorio in modo da garantire il rispetto del principio di difesa³⁹.

Di conseguenza la possibilità di mancato rispetto del contraddittorio si pone, oltre che per le questioni pregiudiziali in senso proprio, in tutta una serie di ipotesi, nelle quali, attraverso l'esercizio dei propri poteri decisorii, il giudice introduce in qualsiasi modo degli elementi nuovi in relazione al giudizio di fatto ovvero di diritto.

Per esempio, in relazione alle questioni di diritto, problemi in ordine al rispetto del principio del contraddittorio possono presentarsi in relazione all'esercizio del potere, da parte del giudice, di interpretazione della domanda ai sensi dell'art. 112 c.p.c. (nel senso che è lesa il diritto di difesa della parte qualora l'ambito oggettivo della domanda sia fissato in sede di decisione anziché in precedenza), in relazione al potere di identificazione della norma applicabile e di qualificazione giuridica del rapporto controverso (qualora il giudice opti per l'applicazione di una norma o per una qualificazione differenti da quelle prospettate da una delle parti in giudizio), in caso di utilizzazione di fonti normative straniere (in quanto la difficoltà di interpretazione o anche di semplice corretto reperimento delle fonti rende assai probabile una decisione a sorpresa), in caso di giudizio di equità (qualora le parti non abbiano previamente conosciuto e discusso il criterio che il giudice utilizzerà ai fini della decisione).

Quanto, invece, agli elementi di fatto non allegati dalle parti che il giudice può porre a fondamento della decisione – e in relazione ai quali si può porre un problema di rispetto della garanzia del contraddittorio – si fa riferimento ai fatti notori ex art. 115, comma 2, c.p.c. (la cui «notorietà» non è di per sé sufficiente a escludere *a priori* l'esigenza del contraddittorio, dovendosi comunque garantire alle parti, prima della pronuncia della sentenza, la possibilità di eventualmente dedurre prove contrarie in relazione al fatto ritenuto notorio) nonché ai fatti secondari che, pur senza essere stati allegati o indicati dalla parte, emergano comunque in giudizio e che siano rilevanti come fonte indiretta di prova per i fatti principali.

Ma la necessità di garantire il rispetto del contraddittorio si può porre anche in relazione a elementi introdotti non *ex novo* dal giudice ma a opera delle parti, di nuovo in relazione sia al giudizio di diritto – per esempio in relazione a fatti secondari (allegati dalle parti ma non connessi a istanze probatorie o ad argomentazioni difensive), in caso di allegazione di fatti costitutivi con qualificazione giuridiche concorrenti, in caso di proposizione di domande alternative o subordinate – che al giudizio di fatto, qualora il giudice disponga di poteri discrezionali nell'accertamento del fatto stesso (quanto alla possibilità di utilizzare le risultanze di una prova precostituita non indicate come elementi di prova dalle parti nonché

³⁹ È la posizione espressa, per esempio, da L.P. COMOGLIO, sub art. 24, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA.

qualora il giudice utilizzi, ai fini della decisione, argomenti di prova, presunzioni semplici e prove atipiche, in relazione ai quali normalmente le parti non sono messe in grado di conoscerne anticipatamente l'utilizzazione e quindi di potersi difendere adeguatamente).

Quanto, infine, alle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio, in assenza di una norma specifica che preveda la sanzione, l'autore ritiene che il vizio dia origine a una nullità assoluta, inquadrabile tra gli *errores in procedendo* di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. e rilevabile in ogni stato e grado del processo, purché il punto della decisione sia effettivamente rilevante ai fini della stessa, in questo modo escludendo che la mancata attivazione del contraddittorio possa avere efficacia invalidante se relativa a un elemento che non ha inciso sul concreto contenuto della decisione.

9. Le tesi di Ferri, ispirate a una nozione ampia del contraddittorio, inteso quale regola generale che deve permeare lo svolgimento del processo al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto di difesa delle parti, venivano però fatte oggetto di serrate obiezioni in un saggio di Chiarloni⁴⁰, il quale, prendendo spunto dalla critica del fenomeno del «formalismo delle garanzie»⁴¹, affronta il problema del rapporto tra poteri officiosi del giudice e principio del contraddittorio da un differente angolo visuale rispetto a quello utilizzato da Ferri, ponendosi cioè «secondo un'ottica posteriore alla decisione».

A tal proposito, secondo l'autore, occorre distinguere tra l'ipotesi in cui, a seguito del mancato ottemperamento dell'obbligo di provocare il contraddittorio nell'esercizio dei propri poteri officiosi, il giudice abbia pronunciato una sentenza ingiusta dall'ipotesi in cui, invece, abbia pronunciato una sentenza corretta.

Nel primo caso, il problema del contraddittorio non si porrebbe, dal momento che rimarrebbe, per così dire, assorbito dall'errore compiuto dal giudice, da riparare nel successivo grado di giudizio.

Nel secondo caso, invece, il problema di un autonomo rilievo del vizio astrattamente si pone, ma l'analisi delle questioni rilevabili d'ufficio, che fanno parte del comune patrimonio non solo del giudice ma anche dei rappresentanti tecnici delle parti, porta a dire che il reale motivo della mancata attivazione del contraddittorio non è costituito dall'omissione del giudice, ma dalla scarsa attenzione dei difensori delle parti. Così che «l'inosservanza del dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio non mette in giuoco, contrariamente a ciò che alla superficie può apparire, il principio del contraddittorio ... Trattandosi del dovere di sollecitare la previa discussione su questioni che appartengono al *comune sapere* di tutti i soggetti del processo, il principio che viene in considerazione è un altro [cioè quello di reciproca collaborazione del giudice con le

⁴⁰ S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss. (attualmente in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995, 174 ss.).

⁴¹ Inteso come svilimento della cultura delle garanzie, anche costituzionali, «viste e celebrate per se stesse, con indifferenze sovrana verso il contesto e gli scopi».

parti al fine di garantire la leale condotta del processo e la giustizia del provvedimento] la cui trasgressione non comporta (e sarebbe irragionevole che comportasse) la nullità della sentenza»⁴².

E, secondo l'autore, la correttezza dell'impostazione che nega che il mancato rispetto del contraddittorio dia origine a un vizio di nullità della sentenza sarebbe confermata dal regime delle impugnazioni.

Infatti, per quanto riguarda l'appello, qualora il soccombente non lamenti, assieme alla violazione del contraddittorio, anche l'ingiustizia della sentenza, nell'impossibilità di ottenere la rimessione in primo grado in virtù della tassatività delle ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., si dovrebbe ritenere che l'appello sia viziato da inammissibilità per mancanza di interesse all'impugnazione.

Quanto invece al ricorso per cassazione, in particolare nell'ipotesi in cui il soccombente lamenti sia la violazione del contraddittorio che la soluzione sfavorevole della questione rilevata d'ufficio, se fosse data autonoma rilevanza alla violazione del contraddittorio si dovrebbe arrivare alla paradossale conseguenza che al giudice *ad quem* sarebbe inibito di decidere la questione rilevabile d'ufficio, sebbene di fronte a esso si sia potuto pienamente sviluppare il contraddittorio.

10. Come spesso accade, i divergenti orientamenti dottrinali si accompagnano a differenti orientamenti giurisprudenziali. In particolare, la giurisprudenza maggioritaria, almeno fino al 2005, riteneva che non fosse affetta da nullità, e pertanto non fosse censurabile, la sentenza che fosse fondata su una questione rilevata d'ufficio al momento della decisione e non sottoposta dal giudice al preventivo contraddittorio delle parti. In particolare, una nullità per inosservanza di atti del processo non potrebbe essere pronunciata se non espressamente prevista come sanzione dalla legge e, nel caso specifico, l'art. 183 c.p.c. non prevede alcuna sanzione per il mancato rispetto dell'obbligo di indicare alle parti le sanzioni rilevabili d'ufficio⁴³.

L'indirizzo non era tuttavia granitico, in quanto, almeno una volta, la Cassazione aveva abbracciato l'opposto orientamento⁴⁴, affermando in massima che «il giudice, che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio»; tale orientamento è stato successivamente confermato da Cass. 5 agosto

⁴² *Id.*, *op. cit.*, 183-184.

⁴³ In tal senso, da ultimo, Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747, nonché le sentenze in essa richiamate in motivazione.

⁴⁴ Si fa riferimento a Cass. 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611, con nota adesiva di F.P. LUISO e *Giur. it.*, 2002, 1363, con nota contraria di S. CHIARLONI.

2005, n. 16577⁴⁵, da Cass. 31 ottobre 2005, n. 31108⁴⁶, nonché, da ultimo, da Cass. 9 giugno 2008, n. 15194, secondo la quale «il giudice non può decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio senza averla previamente sottoposta alle parti, al fine di provocare sulla stessa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle rispettive difese in relazione al mutato quadro della materia del contendere, dovendo invece procedere alla segnalazione della questione medesima e riaprire su di essa il dibattito, dando spazio alle consequenziali attività delle parti. Infatti, ove lo stesso giudice decida in base a questione rilevata d'ufficio e non segnalata alle parti, si avrebbe violazione del diritto di difesa per mancato esercizio del contraddittorio, con conseguente nullità della emessa pronuncia».

Sembra, pertanto, ormai prevalere in giurisprudenza il più corretto indirizzo che ritiene necessaria la preventiva discussione sulla questione rilevabile d'ufficio al fine della validità della sentenza mentre, in dottrina, continuano a esistere voci contrastanti.

Per esempio, E.F. Ricci⁴⁷ ritiene che, qualora il giudice ometta di indicare alle parti la questione rilevabile d'ufficio, non si ponga un problema di rispetto del contraddittorio, che sarebbe in ogni caso garantito ogni qual volta la parte ha la possibilità di giovare di una difesa tecnica. L'art. 183 c.p.c. può invece essere collegato al principio del contraddittorio inteso non come garanzia di difesa, bensì nell'altro significato di mezzo attraverso il quale si può giungere a una migliore ricostruzione dei fatti e della loro interpretazione giuridica. La mancata attivazione del contraddittorio, peraltro, non si sostanzia necessariamente in un errore da parte del giudice, il quale potrebbe correttamente risolvere la questione non sollevata, con la conseguenza che occorre, di volta in volta, andare a vedere se la sentenza emessa sia giusta o ingiusta; mentre non si porrebbe, almeno in prima istanza, un problema di validità o invalidità della stessa, non essendo possibile attribuire al giudice la funzione di correggere gli errori dei difensori (che per avventura non si siano accorti dell'esistenza della

⁴⁵ In *Riv. dir. proc.*, 2006, 747.

⁴⁶ In *Giur. it.* 2006, 1456 e *Corr. giur.*, 2006, 507, con nota di C. CONSOLO, così massimata: «Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla a esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 comma quarto cod. proc. civ., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, terzo comma, cod. proc. civ., sia dato spazio alle attività processuali omesse. Eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione».

⁴⁷ E.F. Ricci, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750.

questione rilevabile d'ufficio). La violazione dell'art. 183 c.p.c., pertanto, come tutte le norme in cui il contraddittorio è preso in considerazione non come garanzia fondamentale ma per fini differenti, può portare alla dichiarazione di invalidità della sentenza solo se la finalità perseguita tramite il dibattito tra le parti è tanto importante da giustificare una sanzione così grave, con onere di dimostrazione a carico di chi la invalidità la sostiene.

Di senso diametralmente opposto la posizione espressa da Comoglio⁴⁸, il quale, nell'annotare le medesime sentenze di E.F. Ricci, afferma la necessità che la rilevazione di una questione da parte del giudice comporti l'obbligo per lo stesso di indicarla alle parti, con la conseguenza che, quando tale rilevazione avviene per la prima volta in sede di decisione, il giudice ha il dovere di riaprire la fase di trattazione. Tale potere-dovere del giudice discende direttamente dalle norme costituzionali (e, in particolare, dal principio di legalità, alla luce del quale deve essere interpretata la disposizione dell'art. 183 c.p.c.) e dalla sua violazione deriva come conseguenza la sanzione di nullità della sentenza.

11. Terminata la breve introduzione, con la quale si è inteso porre in evidenza alcune problematiche relative al principio del contraddittorio in generale, si passa ad analizzare più nello specifico il rapporto tra contraddittorio e arbitrato (rituale), iniziando a porre l'attenzione al codice del 1865 e all'elaborazione dottrinale sviluppatasi sotto la vigenza del medesimo.

Il codice del 1865, che regolava l'arbitrato nella propria parte iniziale, dedicava alla parte del procedimento arbitrale una disposizione di carattere generale, l'art. 17, e due disposizioni specifiche, gli artt. 14 e 15.

L'art. 17, in particolare, prevedeva la regola secondo la quale gli arbitri non sono obbligati, salvo disposizione contraria stabilita dalle parti, a seguire le norme previste dal codice di procedura. L'art. 14 – che è la norma che maggiormente interessa – stabiliva invece che «le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità di procedura. Alla parte che ritardi la trasmissione si intima di farla nel termine di giorni dieci, o in quello che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordare proroghe. Di tutto deve farsi menzione nel processo verbale» e l'art. 15 (stabiliva) che, scaduto il termine per la presentazione dei documenti, gli arbitri potevano giudicare sulla base di quelli trasmessi.

Pur non essendo prevista una norma che garantisse *expressis verbis* il contraddittorio, era opinione comune tra i commentatori che il principio dovesse essere rispettato anche all'interno del procedimento arbitrale.

In tal senso, si esprime, per esempio, Amar⁴⁹, secondo il quale la libertà di forme garantita dal codice non significa assenza di forme, in quanto «l'ordine pubblico vieterebbe che ogni forma fosse abolita; né si potrebbe chiamare giudizio quel fatto di arbitri che pronunziassero in una controversia senza avere precedentemente sentite le ragioni delle parti esposte od a

⁴⁸ L.P. COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755.

⁴⁹ M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2ª ed., Torino 1879, 224-225.

voce o nelle memorie scritte, e senza che fosse loro somministrato il mezzo di decidere con piena cognizione di causa».

Secondo Mortara⁵⁰, le disposizioni degli artt. 14 e 15 sono finalizzate a garantire la realtà e legalità del contraddittorio anche qualora le parti non abbiano stabilito nessuna regola sul procedimento nel patto compromissorio e la semplicità del metodo di istruzione della controversia (basata esclusivamente sul deposito di documenti e lo scambio di memorie) non imponga agli arbitri di stabilire una procedura. E, continua l'autore, «La norma sostanziale e indeclinabile che si raccoglie dagli artt. 14 e 15, la quale poteva anche essere formulata nettamente con maggiore semplicità, è questa: che in verun caso gli arbitri possono pronunciare la sentenza se non hanno udito la difesa di tutte le parti, o se non assegnato e lasciato trascorrere il termine conveniente per presentarla».

Di «elemento essenziale del procedimento», facendo riferimento al contraddittorio, parla Barbareschi⁵¹, il quale specifica che, «qualunque sia il metodo di procedimento che si vuole adottare, bisogna anzitutto assicurare il contraddittorio, e cioè dar modo a ciascuna delle parti di esporre le sue difese e di replicare a quelle dell'avversario»⁵².

Analoga opinione viene espressa da Carnacini e Vasetti⁵³, secondo i quali – sebbene la legge non lo dichiara espressamente – l'imprescindibilità dalle forme essenziali del giudizio, ivi compreso il contraddittorio, si può desumere non solo dai precitati artt. 14 e 15 c.p.c. ma, più in generale, «dalla considerazione che il giudizio arbitrale esige, come tutti i giudizi, l'imparzialità del procedimento nella ricerca di quanto è necessario per illuminare il giudice»⁵⁴. Vale, peraltro, la pena di sottolineare come l'opinione appena descritta – quella cioè che anche nell'arbitrato fossero necessariamente da rispettare le forme essenziali dei giudizi, tra i quali il contraddittorio –, sostanzialmente sostenuta in modo uniforme in dottrina, fosse invece messa in dubbio da parte della giurisprudenza, la quale, sulla scorta dell'interpretazione restrittiva dell'allora vigente art. 32, n. 5, c.p.c., che prevedeva che il lodo può essere impugnato «se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificamente nel compromesso», riteneva che tali forme potessero non essere rispettate nel procedimento arbitrale qualora nel compromesso le parti non ne avessero esplicitamente imposto l'osservanza⁵⁵. Lettura, quest'ultima, comunque criticata in dottrina⁵⁶, propensa a interpretare il predetto art. 32, n. 5, c.p.c. nel senso che l'inosservanza delle forme imposte dalle parti nel compromesso è ragione di nullità del lodo solo se si tratta di norme previste a

⁵⁰ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile*, Milano s.d., III, 144.

⁵¹ L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 127.

⁵² *Id.*, *op. cit.*, 131.

⁵³ T. CARNACINI- M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 658.

⁵⁴ *Id.*, *op. loc. cit.*

⁵⁵ In tal senso, per esempio, App. Catania 28 maggio 1923, in *Foro civ.*, 1923, 305; App. Genova 24 febbraio 1930, in *Giur. it.*, 1931, 13.

⁵⁶ *Id.*, *op. loc. cit.*

pena di nullità per i giudizi ordinari (e non nel senso che sia possibile trascurare le norme previste a pena di nullità per i giudizi ordinari se la loro osservanza non sia stata prescritta nel patto compromissorio).

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio, mentre secondo alcuni esso non comportava la nullità del lodo, essendo alle parti «consentito di affidarsi alla coscienza e alla lealtà degli arbitri che le stesse hanno scelto»⁵⁷, l'opinione prevalente⁵⁸ era nel senso della nullità del lodo pronunciato senza che fossero rispettate le esigenze del contraddittorio.

Altra norma collegata, almeno indirettamente, al principio del contraddittorio, era quella di cui all'ultimo capoverso dell'art. 14 c.p.c., che prevedeva la menzione dei vari atti compiuti dalle parti nel corso del procedimento in apposito «processo verbale». La norma aveva dato adito a discussioni, dal momento che, pur essendo in apparenza prevista la doverosità di redigere un verbale delle varie attività compiute, non era del pari prevista la sanzione di nullità per la mancata redazione, così che parte della dottrina, pur ritenendo auspicabile che gli arbitri redigessero in ogni caso un documento che attestasse le attività svolte durante il procedimento, era dell'opinione che non vi fosse alcuna nullità nella procedura seguita da arbitri che per avventura non avessero attestato le attività svolte⁵⁹. Di contrario avviso era tuttavia altra parte della dottrina, che optava, con opinione preferibile, per ritenere la disposizione di cui all'art. 14, ultimo comma, c.p.c., prevista a pena di nullità, sia in virtù della lettera della norma – nella quale è utilizzato l'ausiliare «deve» –⁶⁰ sia per i gravi inconvenienti che si sarebbero creati qualora la disposizione non fosse imperativa, potendo in tal caso gli arbitri scegliere una trattazione completamente orale ovvero limitarsi a prendere appunti personali delle operazioni compiute⁶¹.

12. Con l'approvazione del codice civile del 1942 vi è un mutamento del panorama normativo. A parte lo spostamento delle disposizioni relative all'arbitrato dalla parte iniziale del libro primo del codice a quella finale del libro quarto, dedicato ai procedimenti speciali, per quanto riguarda in particolare la norma relativa al rispetto del contraddittorio era stato previsto, all'art. 610 del progetto preliminare Solmi, che gli arbitri «devono in ogni caso assegnare alle parti un termine per la presentazione dei documenti e delle memorie». Successivamente, a seguito delle osservazioni critiche che la formulazione della disposizione aveva suscitato, proprio a maggiore garanzia del principio del contraddittorio, all'art. 747 del progetto definitivo fu espressamente previsto che un termine fosse concesso, oltre che per «documenti e memorie», anche per «repliche»: tale modifica è stata poi accolta

⁵⁷ L. BARBARESCHI, *op. cit.*, n. 202 in fine.

⁵⁸ Sostenuta, per esempio, da E. CODOVILLA, 404 ss.

⁵⁹ Così L. MORTARA, *op. cit.*, 145; L. BARBARESCHI, *op. cit.*, 159 ss.

⁶⁰ In tal senso E. CODOVILLA, *op. cit.*, 423.

⁶¹ T. CARNACINI- M. VASETTI, *op. cit.*, 660.

nel testo definitivo, in quanto l'art. 816, comma 3, c.p.c. affermava che «essi [gli arbitri] devono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche». La norma, nella sua formulazione letterale, non prevedeva una sanzione per il mancato rispetto della stessa, né una tale sanzione era prevista all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c., il quale si limitava a stabilire che l'impugnazione per nullità era ammessa «se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, quando le parti ne avevano stabilita l'osservanza a norma dell'art. 816 e la nullità non è stata sanata».

I primi commentatori non si attardarono a notare il difetto di coordinamento tra le due disposizioni, la cui interpretazione letterale avrebbe dovuto portare alla conclusione che la possibilità di dichiarare la nullità del lodo esistesse solo quando gli arbitri non avessero rispettato forme prescritte a pena di nullità per i giudizi, espressamente richiamate dalle parti e non sanate, ma non in caso di mancata fissazione dei termini per lo scambio di memorie e repliche. Ma tale conclusione fondata sulla lettera delle disposizioni non era condivisibile, dal momento che, innanzitutto, l'uso della locuzione «in ogni caso» e la stessa collocazione della norma imponevano la sua inserzione automatica tra le regole della procedura arbitrale (come clausola voluta dal legislatore anziché dalle parti) e, in secondo luogo, lo scambio di memorie e repliche era stato indicato come mezzo indispensabile per assicurare la garanzia del contraddittorio, essenziale per lo svolgimento del processo ai sensi dell'art. 101 c.p.c., all'interno dei lavori preparatori, così da ritenere la fissazione dei termini essenziale allo svolgimento della procedura arbitrale ai sensi dell'art. 156, comma 2 c.p.c.⁶². Ma anche da un punto di vista logico, sarebbe stato assurdo ritenere che la violazione della norma di cui all'art. 816, comma 3 (nonché di quelle eventualmente stabilite dagli arbitri per regolare la procedura) provocasse conseguenze meno gravi della violazione delle norme stabilite dalle parti: con la conseguenza che era giocoforza ritenere che il legislatore avesse detto meno di quanto avrebbe voluto⁶³.

Analoghe considerazioni vengono svolte da Garbagnati⁶⁴, il quale anch'egli sottolinea come il legislatore *minus dixit quam voluit*, dato che, nel momento in cui ha posto un limite al principio della libertà delle forme e ha sancito che anche quando le parti non stabiliscono alcunché circa lo svolgimento della procedura gli arbitri debbano concedere alle parti un termine per il deposito di memorie e repliche, è necessario ritenere che tale norma avesse, agli occhi del legislatore, un'importanza maggiore di quella delle norme che disciplinano, anche a pena di nullità, il processo ordinario e che siano eventualmente richiamate dalle parti, e fosse da pertanto da considerare inderogabile.

Tuttavia i primi commentatori non sembrano in grado di apprezzare l'effettiva portata del principio enucleabile dall'art. 816, comma 3, c.p.c. e, in particolare, dalla sua lettura

⁶² V. ANDRIOLI, *Nota a Cass. 23 maggio 1947, n. 805*, in *Foro it.*, 1948, I, 22-23.

⁶³ *Id.*, *op. loc. cit.*

⁶⁴ E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 261 ss.

«orientata» attraverso il rapporto con l'art. 24, comma 2, Cost. e rimangono ancorati a una interpretazione letterale della disposizione, come se potesse considerarsi in ogni caso rispettato il principio del contraddittorio qualora gli arbitri abbiano assegnato alle parti termini per il deposito di documenti e memorie e successive repliche all'esito dell'attività istruttoria.

È questa, per esempio, l'opinione di Vecchione⁶⁵, il quale – commentando una sentenza della Corte d'appello di Milano che aveva ritenuto sussistere una violazione del principio del contraddittorio nell'ipotesi in cui l'arbitro, facendo uso del potere attribuito al giudice ai sensi dell'art. 209 c.p.c., aveva disposto la chiusura di una prova per testi e poi successivamente respinto la domanda, non avendo l'attore fornito la prova del proprio assunto – afferma che l'art. 816, comma 3. c.p.c. «non enuncia la inderogabilità del principio del contraddittorio talché, attraverso la assimilazione della facoltà di proporre e produrre prove nuove, si possa far assurgere a violazione di tale norma anche la mancata assunzione di prove. Il 3° comma dell'art. 816 cod. proc. civ. stabilisce solo che gli arbitri devono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; e, quando la norma si interpreti con le comuni regole esegetiche e tenendo presente l'art. 12 delle preleggi, non è umanamente possibile ampliare il precetto al di fuori dell'obbligo di assegnazione dei termini per la presentazione di documenti, memorie e repliche». Se la soluzione offerta dall'autore può forse essere accettata in relazione al caso specifico (nel senso che l'utilizzazione da parte del giudice o dell'arbitro del potere assegnato dall'art. 209 c.p.c. non importa automaticamente la lesione del contraddittorio, dovendosi di volta in volta apprezzare in concreto l'operare del giudicante), ciò che non può essere approvata è l'interpretazione strettamente letterale della disposizione, come se neppure astrattamente potessero porsi problemi di rispetto del contraddittorio nell'ipotesi in cui il giudice, all'esito dell'istruttoria, abbia assegnato termini per il deposito di memorie, documenti e repliche.

Tale concezione del contraddittorio, al fine del rispetto del quale è necessario ma anche sufficiente che all'esito dell'attività istruttoria siano concessi termini per memorie e repliche, è peraltro ribadita dall'autore in altri scritti⁶⁶.

⁶⁵ R. VECCHIONE, *Violazione del principio del contraddittorio e nullità del lodo per mancata escussione di tutti i testi* (nota ad App. Milano 10 aprile 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 1209 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 291 ss.)

⁶⁶ V., per esempio, R. VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 178 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 297 ss.) oppure *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 523 ss., dove l'autore afferma che «è consentito agli arbitri assumere i mezzi di prova senza convocare le parti e i loro difensori, limitandosi ad annotare gli elementi probatori emersi, senza dare a questa documentazione la forma del verbale», dovendosi intendere sussistente la violazione del contraddittorio elusivamente nell'ipotesi in cui gli arbitri non abbiano dato alle parti notizia dell'avvenuta assunzione delle prove e dei risultati della compiuta istruttoria.

Analoga a quella di Vecchione è la posizione espressa da Furno⁶⁷, il quale, commentando Cassazione 15 ottobre 1954, n. 3732, afferma che la disposizione dell'art. 816, comma 3, c.p.c., per il rigore con la quale è redatta, è insuscettibile di interpretazione estensiva, con la conseguenza che è sufficiente che gli arbitri adempiano alle prescrizioni ivi previste perché si possa considerare rispettato il contraddittorio. Inoltre, in accordo con quanto affermato dalla sentenza, l'autore ritiene che l'art. 24, comma 2, Cost. non abbia «introdotto alcunché di nuovo o di diverso rispetto alla disciplina positiva del processo civile, e in particolare del procedimento arbitrale, dettata dal vigente codice di procedura civile», con la conseguenza che l'osservanza, da parte dell'arbitro, delle forme richieste dall'art. 816, comma 3, c.p.c., sarebbe sufficiente a garantire la contraddittorietà del giudizio e, pertanto, a escludere che la sentenza arbitrale possa essere riconosciuta viziata da nullità a motivo di un'asserita violazione del principio del contraddittorio. Anche per il citato autore rispetto del principio del contraddittorio, nell'ambito dell'arbitrato rituale, finisce per essere sinonimo di rispetto della disposizione di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c., con la conseguenza che sarebbe a tal fine necessaria e sufficiente la concessione di termini per la presentazione di documenti e memorie e successive repliche all'esito dello svolgimento dell'istruttoria.

Nello stesso senso si esprime Carnacini⁶⁸, secondo il quale «l'osservanza delle riportate prescrizioni [cioè quelle di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c.], in quanto rivolte a garantire la discussione e prima ancora la deduzione e la produzione di tutto ciò che le parti reputino opportuno di versare nel processo arbitrale nei limiti fissati con i quesiti, compendia ed esaurisce la tutela del contraddittorio, nulla aggiungendovi tra l'altro il disposto dell'art. 24, comma 2, Cost.»; e, soggiunge, non «sembra sia il caso di leggere nel 3° comma dell'art. 816 più di quello che v'è scritto».

E ancora nello stesso senso si esprime Andrioli⁶⁹, secondo il quale «la violazione delle regole interne dei singoli mezzi istruttori, pur ispirate alla garanzia del contraddittorio (ad es., art. 244), non rientrano nella più generica struttura del comma in esame, diretto, nella più ampia deduzione desumibile, ad assicurare la trattazione sui risultati dell'istruttoria».

13. L'interpretazione letterale della disposizione di cui all'art. 816, comma 3, c.p.c. viene però progressivamente superata, in particolare utilizzando come norma di riferimento l'art. 24 della Costituzione. Tale opzione interpretativa viene, tra i primi autori, valorizzata in relazione all'arbitrato da E.F. Ricci, il quale, ponendosi in ottica critica nei confronti della dottrina precedente, sottolinea come la stessa non fosse stata in grado di apprezzare il contenuto precettivo della norma costituzionale e della garanzia della difesa in essa sancita. L'applicazione della norma costituzionale impone invece il principio in base al quale «ogni

⁶⁷ C. FURNO, *Limiti di applicazione e tutela del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267.

⁶⁸ T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 887.

⁶⁹ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., IV, Napoli 1964, 828.

parte deve essere posta in condizione di conoscere tutte le iniziative avversarie, ed interloquire al loro proposito, durante l'intero corso del procedimento, incluso quanto si riferisce all'istruzione probatoria. Né dubbi sono consentiti sulla necessità che alle parti sia anche concesso di assistere al formarsi della prova nel processo»⁷⁰. Partendo dall'affermazione della necessità del più ampio rispetto del contraddittorio, l'autore afferma, tra l'altro, che non potrebbero assumere forma scritta la testimonianza, la risposta a interrogatorio formale o libero e il giuramento, proprio perché la forma scritta impedisce che le prove si formino in contraddittorio davanti all'arbitro⁷¹, che deve sussistere la possibilità non solo per la parte e il suo difensore di prendere parte all'istruttoria, ma anche di nominare un consulente tecnico ogni qual volta l'arbitro ritenga di giovare dell'ausilio di un consulente d'ufficio⁷², che non sarebbe sufficiente la formazione di un informale promemoria in luogo di una esaustiva documentazione dell'attività svolta di fronte agli arbitri⁷³ e infine, in applicazione dell'art. 3 Cost., che le suddette regole trovino applicazione in modo paritario per entrambe le parti⁷⁴.

Tale interpretazione del contraddittorio – da intendersi non come mera concessione di termini per presentare documenti, memorie e repliche, ma come più ampia possibilità di partecipare a tutte le attività, siano esse poste in essere dalla controparte che dagli arbitri, che si svolgono durante il procedimento arbitrale – troverà ampio seguito nelle opere della successiva dottrina⁷⁵. È, peraltro, messo in evidenza come non esistano, sul piano operativo, modi canonici per il rispetto della disposizione, essendo adatta ogni tecnica che permetta alle parti di dedurre, produrre e replicare all'avversario⁷⁶.

14. Per quanto riguarda la giurisprudenza, si possono notare, nei primi anni di vigenza della nuova disposizione, pronunce dal contenuto contrastante, di solito – ma non sempre –

⁷⁰ E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 117. I descritti concetti erano peraltro *in nuce* già stati delineati dall'autore nel saggio *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.

⁷¹ *Id.*, *op. cit.*, 117-118.

⁷² *Id.*, *op. cit.*, 118 ss..

⁷³ *Id.*, *op. cit.*, 121 ss.

⁷⁴ *Id.*, *op. cit.*, 123 ss.

⁷⁵ Tale idea «ampia» di contraddittorio è ormai sostenuta in dottrina sostanzialmente dalla totalità degli autori: in tal senso, a mero titolo esemplificativo, si vedano F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 196 ss. (ma tali idee sono sostenute dall'autore in precedenti opere: v., per esempio, *L'arbitrato*, Torino 1991, 134 ss.; *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 224 ss.); G.F. RICCI, sub *art. 816 c.p.c.*, in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna 2001, 278; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *art. 829 c.p.c.*, *ivi*, 641 ss.

⁷⁶ In tal senso G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., 235, il quale mette in evidenza come sarebbe corretta sia la fissazione di un doppio termine per lo scambio di comparse e documenti e per le eventuali repliche ovvero la fissazione di un unico termine per la prima attività con facoltà di replicare oralmente in udienza così come ogni altra opzione che garantisca il rispetto, non solo formale ma anche sostanziale, della disposizione di cui al (vecchio) art. 816, comma 4, c.p.c.

caratterizzate dall'affermazione della necessità del rispetto del principio del contraddittorio, seppur inteso nei limiti strettamente letterali della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 816; in altri casi, invece, della norma viene data una lettura ancor più riduttiva.

Si prenda, per esempio, App. Roma 7 ottobre 1946⁷⁷, la prima sentenza edita che tratta dell'applicazione del nuovo art. 816, comma 3, c.p.c. Nel patto compromissorio le parti non avevano stabilito le norme procedurali alle quali gli arbitri avrebbero dovuto uniformarsi, con la conseguenza di lasciare a questi ultimi la libertà di regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno. Gli arbitri non procedevano alla fissazione di termini per presentare memorie e repliche, limitandosi ad ascoltare separatamente e in contraddittorio le parti, a leggere le memorie e a prendere atto delle loro deduzioni difensive. I giudici si domandavano allora se la palese violazione dell'art. 816 c.p.c. avesse come conseguenza la possibilità di dichiarare nullo il lodo, ma rispondevano negativamente, sulla scorta di argomentazioni che non possono essere condivise. In particolare, la mancata possibilità di far valere la nullità del lodo per violazione dell'art. 816 c.p.c. risiederebbe nel fatto che il mancato rispetto della disposizione dell'art. 816 c.p.c. non è espressamente previsto tra le ipotesi tassative di nullità di cui all'art. 829 c.p.c. Del resto, argomenta la corte, l'importante sarebbe non tanto il fatto dell'assegnazione di termini per la presentazione di memorie e repliche, quanto che i giudicanti siano arrivati, in qualsiasi modo, a conoscere le rispettive ragioni delle parti. La debolezza di tale ragionamento veniva del resto posta in evidenza dalla difesa della parte soccombente, la quale sottolineava, tra l'altro, come la mancata fissazione di un esplicito termine per l'esposizione delle repliche avrebbe in sostanza reso lettera morta l'art. 817 c.p.c., che obbliga le parti di far valere, a pena di decadenza nel corso del procedimento, l'esorbitanza delle conclusioni della controparte dai limiti del patto compromissorio. Così da imporre alla corte d'appello – al fine di salvare la coerenza della propria costruzione – di ritenere che il vizio di extra compromesso sarebbe stato rilevabile per la prima volta in sede di impugnazione, qualora la parte non fosse venuta a conoscenza in modo tempestivo delle conclusioni della controparte.

Anche la prima sentenza della Corte di Cassazione successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942⁷⁸, pur affermando la necessità del rispetto del contraddittorio, presenta degli aspetti criticabili. Nel caso di specie la Corte di appello di Catania aveva confermato la validità di un lodo rituale nonostante che l'arbitro, nel corso del procedimento, avesse assunto prove testimoniali, disposto perizie di stima, effettuato un inventario e raccolto il giuramento estimatorio di una delle parti, senza dare preavviso alle parti e senza comunicare alle medesime i risultati dei mezzi di prova assunti e degli accertamenti compiuti. Secondo la Corte d'appello tale comportamento sarebbe stato pienamente legittimo, essendo stato l'arbitro, nel patto compromissorio, autorizzato a decidere secondo giustizia ed equità le controversie pendenti tra le parti, con dispensa

⁷⁷ In *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 248 ss., con nota critica di E. GARBAGNATI, cit.

⁷⁸ Si fa riferimento a Cass. 23 maggio 1947, n. 805, in *Foro it.*, 1948, I, 22, con nota di V. ANDRIOLI.

dall'obbligo di osservare formalità procedurali e con facoltà di procedere agli atti di istruzione necessari. La parte soccombente impugnava la sentenza di fronte alla Cassazione, in quanto, secondo quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, «la facoltà di prescindere da determinate forme non può significare l'assoluzione dell'obbligo di rispettare la necessità del contraddittorio e l'uguaglianza delle parti, e ciò per il presupposto fondamentale in tema di assunzione di prove, del diritto di ciascuna delle parti di concorrere alla elaborazione delle stesse nella triplice fase della costituzione delle prove, assistenza alle medesime, conoscenza e possibilità di utilizzazione del materiale raccolto». La Cassazione accoglie il motivo di impugnazione, riformando la sentenza, con una motivazione che è tuttavia non del tutto convincente. Infatti secondo la Corte la lesione del contraddittorio si sarebbe verificata esclusivamente nel momento in cui, compiuti gli atti di istruzione, l'arbitro non ha messo le parti in grado di esercitare i propri diritti di difesa con l'assegnazione di termini per la presentazione di memorie e repliche, allo scopo di poter dimostrare la fondatezza delle proprie ragioni. Ma, come si diceva, tale tesi è solo in parte condivisibile, nel senso che, fermo l'assunto che le parti devono essere poste in grado di far pienamente valere le loro ragioni successivamente alla fine della fase istruttoria, non è parimenti accettabile l'affermazione che «l'arbitro aveva la facoltà di regolare l'assunzione delle prove ed ogni altro accertamento nel modo da lui ritenuto più opportuno» (*id est*: anche all'oscuro di una delle parti), dal momento che la piena esplicazione del principio del contraddittorio presuppone altresì che le parti siano poste in grado di partecipare, tramite i loro difensori, anche alla fase di costituzione e assunzione delle prove.

Di poco successiva è Cass. 9 agosto 1948, n. 1447⁷⁹, la quale afferma il principio secondo il quale «la violazione della disposizione del terzo comma dell'art. 816 c.p.c., che tutela il principio del contraddittorio nei giudizi arbitrali, stabilendo una forma del procedimento vincolante gli arbitri e le parti, importa nullità che trova la sua correlativa sanzione nell'art. 829 n. 7 stesso codice e però è sanabile ai sensi dell'art. 157 comma 2 del codice medesimo».

Anche tale sentenza suscita dei dubbi, sia in relazione al principio affermato in massima che, poi, in relazione al contenuto della motivazione. Quanto al primo punto, è discutibile il principio dell'applicabilità, alla nullità legata della lesione del contraddittorio, della norma di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c., che prevede la possibilità di rilevare il vizio di nullità esclusivamente per la parte nel cui interesse è stabilito un requisito ed esclusivamente nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso, dovendosi invece ritenere che la violazione del contraddittorio possa essere rilevata da qualunque parte (non essendo il requisito posto nell'interesse di una parte specifica) e non necessariamente nella prima difesa successiva alla violazione, come se si trattasse di una nullità formale e non attinente a

⁷⁹ In *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 267, con nota di M. ELIA.

un presupposto processuale⁸⁰. Quanto alla motivazione, si desume che gli arbitri avevano concesso un termine per depositare memorie e documenti fino al giorno antecedente a un'udienza, durante la quale la controparte avrebbe dovuto prendere posizione – con un termine a difesa, pertanto, palesemente inidoneo allo scopo – in ordine ai documenti depositati e al contenuto della memoria.

15. In generale, viene comunque sottolineato in giurisprudenza, sulla scorta della dizione letterale dell'art. 816 c.p.c., commi 1 e 2, c.p.c. come le parti siano libere di stabilire, nel patto compromissorio ovvero con atto scritto successivo purché anteriore all'inizio del giudizio, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e, in subordine, che sia rimesso agli arbitri di regolare la procedura nel modo che ritengono più opportuno.

Libertà di forme non è però sinonimo di completa assenza di regole⁸¹, dal momento che, anche qualora l'arbitro sia autorizzato a decidere senza rispettare formalità di procedura, è comunque necessario il rispetto delle norme di ordine pubblico, il cui rispetto si impone al di là della volontà delle parti⁸² e degli arbitri. Tali norme sono dalla giurisprudenza collegate ai motivi di nullità tassativamente indicati dall'art. 829 c.p.c. e tra queste deve essere senza dubbio annoverata la disposizione dell'art. 816, comma 3, c.p.c., che tutela il contraddittorio. Tuttavia, come già accennato, nelle più risalenti pronunce della giurisprudenza, vi è una interpretazione letterale della disposizione, nel senso che, essendo stabiliti espressamente gli adempimenti ai quali gli arbitri sono tenuti, il rispetto degli stessi è considerato necessario ma sufficiente per ritenere soddisfatto il rispetto del principio del contraddittorio, essendo invece nullo il lodo qualora gli arbitri abbiano pronunciato lo stesso immediatamente dopo la chiusura dell'istruttoria, senza concedere alcun termine⁸³. Di

⁸⁰ Intorno alla necessità di rilevare il difetto di contraddittorio nella prima difesa utile successiva al verificarsi del vizio si veda, per quanto riguarda le novità apportate dalla riforma, *infra*, § 20.

⁸¹ V., in tal senso, le osservazioni di E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Dir. arb.*, 1993, 1 ss.

⁸² È stato infatti correttamente messo in evidenza che il rispetto del principio del contraddittorio si pone come limite invalicabile anche per il potere regolamentare delle parti: così, per esempio, R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova 1957, 324-325; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 478.

⁸³ In tal senso App. Genova 26 novembre 1949, in *Rep. Giur. it.*, 1950, n. 49, secondo il quale «la libertà degli arbitri di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno è limitata in ogni caso dall'osservanza delle norme sulla garanzia del contraddittorio secondo il terzo comma dell'art. 816 codice di procedura civile»; Cass. 22 aprile 1950, n. 1076, secondo la quale «è nulla la pronuncia dell'arbitro quand'egli abbia pronunciato il lodo immediatamente dopo la chiusura dell'istruttoria, senza aver dato alle parti un termine per sottoporli le loro osservazioni e difese, quand'anche queste ultime lo abbiano autorizzato a pronunciare secondo equità e senza l'osservanza di formalità di procedura»; Cass. 6 giugno 1951, n. 1444, in *Mass. Foro it.*, 1951, 348, secondo la quale «gli arbitri, qualora le parti non abbiano fissato le norme da osservare nel procedimento, possono regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, anche per quanto riguarda l'assunzione delle prove, con il solo obbligo di assegnare alle parti termini per le loro difese dopo la chiusura dell'istruttoria»; Cass. 22 dicembre 1951, n. 2878, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Arbitramento*, n. 71, secondo la quale «è nulla la pronuncia arbitrale per violazione del principio essenziale del contraddittorio se l'arbitro, dopo l'espletamento di mezzi istruttori, abbia provveduto ad

emettere il lodo senza aver assegnato alle parti un termine, per consentire loro, sulla base della istruttoria medesima, di sottoporli le proprie osservazioni e difese, e ciò anche quando l'arbitro sia stato autorizzato a giudicare secondo equità e le parti non abbiano imposto alcuna formalità di procedura»; App. Milano 16 ottobre 1952, in *Foro pad.*, 1953, I, 32; Cass. 14 marzo 1953, n. 611, in *Giust. civ.*, 1953, 581 e *Giur. it.*, 1953, I, 1, 880, secondo la quale è nullo per violazione del principio del contraddittorio il lodo che sia stato emesso dagli arbitri senza l'assegnazione di un termine a difesa alla chiusura dell'istruttoria; Cass. 11 agosto 1954, n. 2940, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, n. 87, secondo la quale «nell'arbitrato rituale la dispensa dalla osservanza delle formalità di procedura ordinaria, compatibile con la natura dell'istituto (art. 816), non esime dall'obbligo di ottemperare a quanto prescrive inderogabilmente l'art. 816, 3° comma c.p.c. Onde non può desumersi da quella dispensa la volontà di derogare a questa norma, e dedurre una diversa natura dell'arbitrato»; Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 176, con nota di R. VECCHIONE e *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267, con nota di C. FURNO; Cass. 29 marzo 1956, n. 919, in *Mass. giur. it.*, 1956, 201, secondo la quale l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816 comma 3 c.p.c., il quale impone che alle parti siano in ogni caso assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; App. Cagliari 18 maggio 1957, in *Giust. civ., mass. app. Cagliari*, 1957, 15, secondo il quale «gli arbitri, anche se autorizzati a pronunciare secondo equità e benché dispensati da formalità di procedura, hanno in ogni caso l'obbligo inderogabile di rispettare il principio essenziale del contraddittorio, e in virtù dell'art. 816 comma 3 c.p.c., sono quindi tenuti, quando abbiano espletato mezzi di prova e prima di emettere la pronuncia, ad assegnare alle parti congruo termine nel quale esse possano sottoporre all'esame degli arbitri le osservazioni e difese alla luce della compiuta istruttoria probatoria. Conseguentemente, quando gli arbitri non si uniformino a tale precetto, viene posta in essere una violazione del principio del contraddittorio la cui inosservanza attiene all'ordine pubblico, dalla quale violazione, ai sensi dell'art. 829 comma 7, consegue la nullità del lodo»; Cass. 5 luglio 1957, n. 2638, in *Mass. giur. it.*, 1957, 586, secondo la quale «a norma dell'art. 816 comma 3 l'arbitro, per non incorrere nella violazione del principio del contraddittorio, deve, a istruttoria compiuta e prima di emettere la sua pronuncia, assegnare alle parti un termine per consentire loro, sulla base delle risultanze istruttorie, di sottoporli le rispettive osservazioni e difese, e ciò anche quando le parti abbiano autorizzato l'arbitro a giudicare secondo equità e non abbiano stabilito alcuna formalità di procedura»; App. Napoli 19 maggio 1958, in *Giust. civ., mass. app. Napoli*, 1958, 96, secondo il quale l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816 comma 3 c.p.c., il quale impone che alle parti siano, in ogni caso, assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche; App. Torino, 23 giugno 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 364, in base al quale «gli arbitri, anche se dispensati dall'osservanza delle norme di procedura, hanno l'obbligo inderogabile di assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche. Quando a tale precetto essi non si uniformino, è posta in essere una violazione del principio del contraddittorio che determina la nullità del lodo»; App. Genova 18 luglio 1958, in *Foro it., rep.*, 1958, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 108 e *Giust. civ., mass. app. Genova*, 1958, 45, secondo il quale non basta, perché il principio del contraddittorio venga rispettato, che le parti si siano scambiate scritti difensivi nel corso del giudizio arbitrale ma, ove siano stati esperiti mezzi di prova, occorre a esse sia stata data la possibilità di esaminare il materiale probatorio raccolto e di svolgere, in relazione allo stesso, le opportune istanze; App. Firenze, 9 luglio 1959, in *Giur. tosc.* 1959, 621, secondo il quale «gli arbitri autorizzati a decidere secondo equità e senza formalità di procedura non sono dispensati dall'osservanza delle norme di ordine pubblico - ivi compreso il rispetto del principio del contraddittorio ex art. 816 comma 3 c.p.c. -, che sono quelli la cui violazione dà luogo a uno dei motivi di nullità tassativamente elencati dall'art. 829 c.p.c. Pertanto è nullo il lodo pronunciato dagli arbitri che abbiano ommesso di assegnare, a una delle parti, un termine per la presentazione di deduzioni, repliche o difese»; Cass. 17 marzo 1960, n. 540, in *Rep. Giur. it.*, 1960, n. 92 così massimata: «l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale va inteso nei limiti prescritti dall'art. 816, 3° comma, c.p.c., il quale impone che alle parti siano in ogni caso assegnati i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche, e non nel senso che, esposte le reciproche difese e ragioni, gli arbitri siano

conseguenza, vi sono sentenze che, in ossequio a un'interpretazione letterale del principio secondo il quale gli arbitri possono, in assenza di vincoli imposti dalle parti, regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno anche in relazione all'assunzione dei mezzi di prova, finiscono per attribuire agli arbitri il potere di gestire la fase istruttoria senza la necessità di rispettare il contraddittorio. Paradigmatica in tal senso è Cass. 24 maggio 1968, n. 1583⁸⁴, che non ha ritenuto sussistere una violazione del contraddittorio in un'ipotesi in cui gli arbitri avevano assunto mezzi di prova senza convocare le parti e i loro difensori, avevano ridotto la documentazione dei mezzi assunti alla semplice annotazione degli elementi emersi senza procedere alla redazione di un verbale e avevano, nel corso della fase decisoria, provveduto a effettuare nuovi esperimenti istruttori senza successivamente concedere alle parti un termine per spiegare le loro osservazioni, in virtù della considerazione che all'espletamento di tali mezzi istruttori avevano avuto la possibilità di partecipare anche dei tecnici incaricati dalle parti. Ma principi analoghi vengono espressi anche in sentenze più recenti, come Cass. 29 gennaio 1992, n. 923⁸⁵, secondo la quale in un arbitrato rituale, secondo equità e senza obbligo di osservanza delle formalità procedurali, non sussiste violazione del principio del contraddittorio con riferimento alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio, allorché gli arbitri, dopo il deposito della relazione peritale, concedono alle parti termine per predisporre, in relazione alle risultanze della stessa, note e deduzioni, senza però aver permesso alle parti di nominare un consulente tecnico di parte e formulare quesiti prima della redazione della consulenza tecnica⁸⁶.

Sono invece rare, almeno nei primi anni di vigenza del codice del 1942, le sentenze che, in senso più ampio, affermano che il rispetto del contraddittorio non imponga soltanto dei termini a difesa successivi all'espletamento dell'istruttoria, ma altresì che le parti siano ascoltate in tutto il corso del procedimento e quindi anche durante la fase di trattazione/istruzione. Tale principio si affermerà progressivamente⁸⁷ e andrà comunque di

vincolati a disporre tutti i mezzi istruttori proposti dalle parti, anche quando ritengono che, per i risultati raggiunti, ogni ulteriore indagine probatoria sia superflua»; App. Trieste 11 dicembre 1963, in *Rep. Giur. it.*, 1964, voce *Arbitrato*, n. 18, così massimata: «non sussiste violazione del principio del contraddittorio, onde non si verifica nullità della sentenza arbitrale, quando assunti atti istruttori gli arbitri danno notizia dei risultati con possibilità alle parti di deduzioni»; Cass. 29 ottobre 1968, n. 3614, in *Rep. Giur. it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 65.

⁸⁴ In *Riv. dir. proc.*, 1969, 703, con nota di E.F. RICCI e *Giust. civ.*, 1968, 2013, con nota redazionale di R(OMANO) V(ACCARELLA).

⁸⁵ In *Foro it.*, 1992, I, 1385.

⁸⁶ Sul problema del rispetto del contraddittorio nella consulenza tecnica v., *infra*, § 17.

⁸⁷ In tal senso, per esempio, App. Caltanissetta 11 luglio 1949, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 491; Cass. 29 gennaio 1953, n. 244, la quale nella parte motiva afferma che l'assegnazione di termini «diretta ... a garantire l'osservanza dell'inderogabile principio del contraddittorio, deve aver luogo sia nella fase iniziale del giudizio che nel corso di esso, tutte le volte in cui gli arbitri avvertono la necessità di compiere determinati atti di istruzione. Infatti sia nell'uno che nell'altro stadio del processo, le parti hanno il diritto di avere conoscenza delle avverse deduzioni, di confutarle e di proporre le loro osservazioni in ordine agli assunti mezzi di prova al fine di dimostrare, anche in relazione ad essi, la fondatezza delle spiegate richieste» (sulla base dell'enunciata

pari passo con l'affermazione della necessità di fissare in ogni caso alle parti, alla fine dell'istruttoria, un termine per la produzione di memorie e la produzione di documenti al fine di illustrare le proprie ragioni⁸⁸. In tale ottica, è stata dichiarata la nullità, per violazione del principio del contraddittorio, di un lodo pronunciato dagli arbitri in quanto, dopo l'espletamento dell'istruttoria (nella specie: consulenza tecnica e richiesta, al consulente, di chiarimenti integrativi), era stato concesso alle parti termine per il deposito di eventuali memorie conclusionali ma, prima della scadenza di tale termine, l'ordinanza che disponeva la concessione di tale termine era stata revocata su reclamo di una delle parti e il lodo era stato reso immediatamente⁸⁹. In senso analogo, si è ritenuto che abbia violato il principio del contraddittorio un collegio arbitrale che, pur se autorizzato a decidere secondo equità, aveva concesso alle parti un unico termine per presentare documenti e memorie, e per esporre le repliche, atteso che la facoltà di replica, per poter essere concretamente esercitata, postula che le parti, dopo la chiusura dell'istruttoria (orale o documentale che sia), abbiano a disposizione un lasso di tempo, in aggiunta a quello concesso per l'espletamento dell'istruttoria, per valutare gli elementi raccolti e (eventualmente) controdedurre⁹⁰. In un'altra pronuncia, la Cassazione ha affermato che, nel caso in cui, successivamente al deposito delle memorie, autorizzato dagli arbitri, vengano esperiti incombenti istruttori di qualsiasi tipo, la verifica del rispetto del principio del contraddittorio esige l'accertamento che le parti siano state poste non solo in condizione di partecipare alle prove, ma anche che siano state rese edotte del fatto che gli arbitri consideravano chiusa l'istruttoria e siano state inoltre poste in grado di formulare le proprie conclusioni e difese definitive, anche in

motivazione, la sentenza cassa quella emessa dalla Corte d'appello, la quale non aveva ritenuto sussistere violazione del contraddittorio nel fatto che gli arbitri non avessero concesso alcun termine a difesa alle parti, nonostante l'assunzione di un mezzo di prova, in quanto le parti sarebbero state sufficientemente rappresentate ciascuna dal proprio arbitro); Cass. 4 febbraio 1959, n. 331, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 128; Cass., 29 settembre 1964, n. 2475, in *Foro it.*, 1964, I, 2050, secondo la quale gli arbitri, per il rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, devono sempre «dare la possibilità alle parti di svolgere le ragioni in tutto il corso del giudizio e particolarmente, quando siano stati assunti mezzi di prova e sia stata espletata una istruttoria, far conoscere alle parti i risultati dell'istruttoria medesima e concedere loro termine per le loro conclusioni, deduzioni e difese a seguito dell'istruttoria espletata»; Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato e compromesso*, n. 28, la quale, peraltro, afferma anche che, al fine di accertare se vi sia stata o meno violazione del contraddittorio, deve aversi riguardo agli argomenti sui quali si è fondata la decisione, con una valutazione, quindi, *ex post* e non *ex ante* della violazione; Cass. 4 febbraio 1972, n. 269, in *Mass. Giur. it.*, 1972, 99.

⁸⁸ V., per esempio, Cass. 18 marzo 1981, n. 1596, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Arbitrato*, n. 94; Cass. 16 maggio 2000, n. 6288; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1496; App. Roma 6 novembre 2003, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 62; Cass. 26 settembre 2007, n. 19949.

⁸⁹ Così Cass. 27 ottobre 2004, n. 20828, in *Foro it.*, 2005, 1, 1768, nota di R. CAPONI; nell'analogo senso della necessità dell'assegnazione di termini al termine dell'attività istruttoria svolta nel corso del procedimento arbitrale vedi anche Cass. 21 settembre 2004, n. 18918.

⁹⁰ Così Cass. 1° aprile 1996, n. 3006.

relazione all'istruttoria espletata⁹¹. Vi sono comunque decisioni che, pur affermando la necessità del rispetto del contraddittorio, finiscono per dare soluzioni concrete discutibili, come App. Firenze 2 aprile 1999⁹², il quale ha ritenuto non sussistere violazione del diritto alla difesa in un'ipotesi in cui gli arbitri, al termine dell'istruttoria, concedevano alle parti un termine di quattro giorni per la presentazione di memorie e di ulteriori due giorni per la preparazione della discussione orale successiva, tenuto conto che i temi in contestazione erano stati già ampiamente trattati e discussi tra le parti in precedenza. In senso contrario, è stato invece ritenuto che sussista violazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui, avendo un collegio arbitrale fissato un termine per memorie e produzioni, lo stesso venga fatto decorrere non dall'effettiva conoscenza del termine a opera delle parti, ma da quella di invio del provvedimento⁹³.

Occorre però notare che, accanto a sentenze che affermano la necessità non solo del rispetto del contraddittorio nel corso dell'intero procedimento arbitrale ma anche della concessione di termini per memorie e repliche all'esito dell'istruttoria, ve ne sono altre che affermano che il rispetto del contraddittorio debba essere riguardato in concreto, in relazione al tipo di attività difensiva effettivamente svolta dalle parti, e non sotto l'aspetto formale della concessione di termini, con la conseguenza che il lodo sarebbe valido anche nell'ipotesi in cui, in assenza della concessione di termini a difesa, le parti siano comunque messe in condizione di difendersi. Tale tipo di approccio è stato peraltro oggetto di critiche di una parte della dottrina, che ha sottolineato come «la tassatività del dettato dell'art. 816, 3° comma c.p.c. non solo impone il costante rispetto del contraddittorio nel corso del processo arbitrale, bensì anche la forma in cui questo deve essere attuato, ovvero attraverso la concessione di termini per memorie e documenti, onde equipollenti non sembrano consentire il rispetto del principio, nonostante il diverso orientamento prevalso in dottrina»⁹⁴.

È quindi possibile notare una evoluzione di parte della giurisprudenza, nel senso dell'allontanamento dall'interpretazione strettamente letterale della disposizione dell'art. 816, comma 3, c.p.c. e con l'affermazione del principio secondo il quale «in materia d'arbitrato la prescrizione dell'art. 816, 3° comma, c.p.c., richiede solo che si assicuri in modo idoneo il contraddittorio delle parti; pertanto non è indispensabile, a tal fine, che

⁹¹ V. Cass. 12 aprile 2001, n. 5498, in *Foro it.*, 2001, I, 1, 2524. Nel caso di specie, gli arbitri espletarono due sopralluoghi dopo la scadenza dei termini concessi per memorie e repliche. Impugnato il lodo per nullità, la Corte d'appello aveva escluso la nullità ai sensi dell'art. 829, n. 9, c.p.c., ritenendo che, essendo stati i sopralluoghi effettuati dal collegio arbitrale nel contraddittorio delle parti informate tempestivamente, alla presenza dei rispettivi consulenti tecnici, non era necessario concedere un ulteriore termine per memorie. Sulla base del principio enunciato veniva cassata la sentenza della Corte d'appello.

⁹² In *Foro it.*, 1999, I, 2, 1408.

⁹³ v. Cass. 22 gennaio 1996, n. 464, in *Riv. arb.*, 1996, 295 ss.: nel caso di specie il provvedimento di fissazione del termine era stato comunicato tramite il servizio postale e la tardiva ricezione dello stesso aveva consumato circa due terzi del termine a svantaggio di una delle parti.

⁹⁴ Così C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 137.

vengano assegnati termini per presentare documenti e memorie, purché, con altre modalità, l'arbitro abbia provveduto a mettere le parti in condizione di presentare le loro osservazioni o di fare le richieste ritenute opportune». Ecco allora che la concessione di termini per presentare documenti e memorie ed esporre successive repliche diventa una – ma non la unica – delle possibili modalità di svolgimento del contraddittorio⁹⁵.

Quanto alla valutazione della violazione del contraddittorio, in dottrina⁹⁶ è stato correttamente messo in evidenza che questa deve essere fatta *a priori*, prescindendo dal contenuto del lodo e dagli argomenti in fatto e diritto in esso contenuti, dal momento che le parti devono poter contraddire su ciascuna questione rilevante al fine di offrire agli arbitri un quadro completo degli elementi di fatto e di diritto da valutare ai fini della pronuncia. Tale impostazione non era però fatta propria da almeno una parte della giurisprudenza, che invece riteneva sussistere la validità del lodo qualora le parti avessero avuto la possibilità di interloquire sulle questioni di fatto e di diritto effettivamente utilizzate dagli arbitri ai fini dell'emissione del lodo, sebbene su altre questioni non fosse stato assicurato il contraddittorio⁹⁷. Le pronunce più recenti, tuttavia, sembrano essere ispirate all'opposto e più corretto principio, così che si afferma che «nel giudizio arbitrale, allorché il lodo venga pronunciato immediatamente dopo la chiusura della istruzione, senza che venga offerta alle parti la possibilità di esaminare ed analizzare le prove, specificare le istanze conclusive ed esplicitare le rispettive difese, esso è nullo per violazione del principio del contraddittorio, a nulla rilevando l'indagine “*ex post*” se le parti stesse abbiano o meno potuto discutere su quei fatti e quelle circostanze dal cui esame critico è scaturita la decisione. Il principio del contraddittorio costituisce, infatti, una regola processuale inderogabile di ordine pubblico, il cui rispetto va verificato “*ex ante*”, non apparendo ammissibile far dipendere la valutazione

⁹⁵ Cass. 22 ottobre 1970, n. 2095, in *Foro it.*, 1970, I, 1, 2683 e *Giust. civ.*, 1971, I, 782, secondo la quale non viola il principio del contraddittorio la disposizione, da parte di arbitri dispensati dall'osservazione di modalità di procedura, di un'ispezione alle quali le parti avevano potuto assistere, senza che però fosse loro comunicato il verbale né fosse data loro la possibilità di presentare documenti e memorie e di esporre repliche; Cass. 23 novembre 1973, n. 3171, in *Giust. civ.*, 1974, 437; Cass. 22 novembre 1974, n. 3760, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato e compromesso*, n. 26; App. Roma 23 maggio 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, 202; Cass. 18 marzo 1981, n. 1595, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1981, II, 102, secondo la quale in tema di arbitrato rituale, scopo della disposizione del 3° comma dell'art. 816 c. p. c. (che stabilisce l'obbligo degli arbitri di assegnare in ogni caso alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche) è quello di dare ai contendenti la possibilità di svolgere completamente le loro difese; tale norma, pertanto, deve ritenersi violata qualora gli arbitri decidano immediatamente dopo la chiusura dell'istruzione oppure dopo un tempo così breve da precludere alle parti l'illustrazione delle rispettive ragioni e la confutazione di quelle avversarie, ma non anche, soprattutto ove gli arbitri siano stati svincolati dall'osservanza di formalità procedurali, in una situazione in cui, nonostante la mancata fissazione di un apposito termine, le parti abbiano comunque avuto la possibilità di provvedere alla tutela dei loro interessi mediante l'applicazione della attività difensiva suddetta.

⁹⁶ C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 137-138.

⁹⁷ V., per esempio, Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 28; Cass. 4 febbraio 1972, n. 269, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Arbitrato*, n. 28.

della sua osservanza dal contenuto concreto della decisione adottata»⁹⁸. È stato peraltro recentemente affermato in una sentenza della Cassazione⁹⁹ che «la previsione di nullità del lodo per violazione del contraddittorio, di cui all'art. 829, n. 9, c.p.c., ha un'autonoma valenza allorquando le parti, nella libertà di plasmare le forme di svolgimento dell'arbitrato, hanno posto un limite al rilievo giuridico delle nullità formali. Per l'inverso, non può farsi discorso di autonoma configurabilità del vizio in questione quando, nel fissare le regole processuali del giudizio arbitrale con il compromesso, le parti hanno previsto l'applicazione delle rigorose forme del processo ordinario, essendo evidente, già da questa scelta delle forme attraverso cui condurre gli arbitri al giudizio, che, ai fini di una declaratoria di nullità del lodo, ha rilievo la violazione di tutte quelle prescrizioni formali del codice di rito civile che in varia guisa tutelano e garantiscono il principio del contraddittorio, venendo per tale via sanzionate da quel tipo di effetto». Tale sentenza, inoltre, afferma che la nullità di cui all'art. 829, comma 1, n. 9, soggiace alla regola della sanatoria del vizio per il raggiungimento dello scopo.

16. Un problema che più volte si è posto all'attenzione della giurisprudenza e sicuramente collegato al rispetto del principio del contraddittorio (per quanto non direttamente rientrante in quella che è la formulazione letterale dell'art. 816, comma 3, c.p.c.) è quello relativo al potere degli arbitri di dichiarare chiusa l'assunzione della prova quando ravvisino l'inutilità di proseguirla in virtù dei risultati già raggiunti. In particolare, il problema del rispetto del contraddittorio sembra porsi nell'ipotesi in cui gli arbitri, dopo aver ritenuto superflua la continuazione dell'istruttoria, abbiano poi in seguito respinto la domanda ritenendola non sufficientemente provata.

Il problema è stato per la prima volta affrontato (e correttamente risolto) da una sentenza della Corte d'appello di Milano¹⁰⁰, la quale – essendo stato impugnato un lodo emesso da un arbitro unico per aver quest'ultimo rigettato la domanda dopo aver ritenuto superflua l'escussione di alcuni testimoni indicati dall'attore – accoglieva l'impugnazione e dichiarava la nullità del lodo per violazione del principio del contraddittorio, sulla scorta dell'argomentazione che la parte si difende anche attraverso la presentazione di istanze istruttorie e l'aver impedito alla parte di utilizzare pienamente i mezzi istruttori richiesti integrava una menomazione del diritto di difesa e, conseguentemente, del contraddittorio.

La sentenza della corte milanese veniva a sua volta impugnata e la Cassazione, con la sentenza 15 ottobre 1954, n. 3732¹⁰¹, riformava la pronuncia della Corte d'appello, ritenendo, in particolare, che tra le norme di ordine pubblico, cogenti anche in relazione al

⁹⁸ In tal senso Cass. 23 giugno 2000, n. 8540.

⁹⁹ Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201.

¹⁰⁰ App. Milano 10 aprile 1953, in *Foro pad.*, 1953, I, 1209, con nota contraria di R. VECCHIONE.

¹⁰¹ In *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 176, con nota di R. VECCHIONE e *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267, con nota di C. FURNO.

procedimento arbitrale, vi fossero esclusivamente quelle che tassativamente si riallacciano ai motivi elencati all'art. 829 c.p.c. Tra tali norme, secondo la Cassazione, rientrava sicuramente il principio del contraddittorio, il quale però poteva ritenersi rispettato qualora gli arbitri avessero adempiuto a quanto stabilito dalla lettera dell'art. 816, comma 3, c.p.c., mentre l'art. 24, comma 2, Cost., espressamente definito «norma programmatica», nulla aveva aggiunto alla portata del predetto articolo, con la conseguenza che, anche qualora l'arbitro non avesse rispettato altre disposizioni eventualmente dirette a tutelare il principio del contraddittorio, il lodo non avrebbe in ogni caso potuto essere dichiarato nullo per la violazione del principio. Del resto, secondo la Cassazione, la sentenza riformata aveva commesso un ulteriore errore, ritenendo che la norma di cui all'art. 209 c.p.c. potesse essere annoverata tra quelle che sono comunque relative alla violazione del principio del contraddittorio.

Ma concetti analoghi la Cassazione aveva espresso anche in una precedente sentenza¹⁰², nella quale, addirittura, aveva in sostanza affermato l'insindacabilità dell'utilizzo, da parte dell'arbitro, della facoltà di cui all'art. 209 c.p.c., dal momento che l'indagine sul presupposto di applicazione della norma – cioè la sufficienza dell'istruzione svolta fino al momento in cui il giudicante dichiara chiusura dell'istruttoria – avrebbe presupposto l'apprezzamento delle risultanze della prova: cosa, nel caso specifico, sottratta al giudice della nullità, avendo le parti dichiarato il lodo inappellabile¹⁰³.

L'interpretazione dell'art. 209 c.p.c. offerta dalla Cassazione non può che essere criticata, dal momento che, come viene messo in evidenza in dottrina, una prova può essere considerata superflua, e quindi può essere lecitamente esclusa dall'assunzione, solo nel caso in cui i risultati già raggiunti siano sufficienti per la decisione ed essa sia totalmente conforme al convincimento del giudice sui fatti del giudizio: in caso contrario si avrebbe una palese violazione delle garanzie di difesa di quella parte che si vedesse preclusa la possibilità di supportare la propria posizione a mezzo delle prove in suo possesso¹⁰⁴.

Altra questione affrontata dalla giurisprudenza e collegata al principio del contraddittorio è quella relativo alla necessità del rispetto delle preclusioni, sancite ai sensi dei (vecchi) artt. 183 e 184 c.p.c.: ossia, in altri termini, della possibilità per le parti di proporre nuove domande nel corso del procedimento. Problema di non poco conto, se si considera il numero

¹⁰² Si fa riferimento a Cass. 17 luglio 1953, n. 2368, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, II, 66, con nota di R. R., *Poteri degli arbitri in tema di prove e delle parti circa il lodo che abbiano dichiarato "non appellabile"*.

¹⁰³ Sentenze di analogo tenore vengono peraltro alla luce anche negli anni successivi: si veda, per esempio, Cass. 6 agosto 1964, n. 2245, in *Mass. Giur. it.*, 1964, 758, secondo la quale «l'esercizio del potere previsto dall'art. 209 c.p.c., di dichiarare chiusa l'assunzione delle prove quando per i risultati già raggiunti, venga ravvisata superflua l'ulteriore assunzione di mezzi istruttori, deve ritenersi consentito anche agli arbitri ed il giudizio espresso in ordine alla superfluità della prova, si sottrae ad ogni sindacato da parte del giudice dell'impugnazione di nullità del lodo».

¹⁰⁴ In tal senso M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 30 (ma già in *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 429 ss.); specificamente in relazione al procedimento arbitrale v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub. art. 829 c.p.c., in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna 2001, 645.

di sentenze che progressivamente lo affrontano¹⁰⁵, ma sostanzialmente risolto in modo univoco, nonostante le modifiche nel tempo intervenute in ordine al regime delle preclusioni, con l'affermazione del principio secondo il quale, qualora le parti non abbiano imposto agli arbitri l'obbligo di osservare la procedura ordinaria, non vi è alcuna preclusione nel proporre domande nuove nel corso del procedimento, finanche negli atti conclusivi, purché però sulle nuove domande e conclusioni la controparte sia messa in grado di svolgere pienamente le sue difese, così da rispettare il principio del contraddittorio. Vale, peraltro, la pena di sottolineare come alcune sentenze sembrano subordinare la possibilità di domande nuove all'accettazione, anche implicita (cioè avvenuta attraverso l'adozione, a opera della controparte, di difese nel merito), del contraddittorio¹⁰⁶ e, di conseguenza, affermano che, in caso di modificazione della domanda nel corso del giudizio di primo grado, non accettata da

¹⁰⁵ In tal senso Cass. 6 giugno 1951, n. 1444, in *Rep. Foro it.*, 1952; voce *Arbitramento*, n. 69; App. Firenze 3 aprile 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 69; Cass. 29 gennaio 1952, n. 250, in *Foro it.*, 1952, I, 439; Cass. 12 febbraio 1953, n. 364; Cass. 24 ottobre 1955, n. 3470; Cass. 12 gennaio 1956, n. 27, in *Giust. civ.*, 1956, 210; *Giur. it.*, 1956, I, 1, 1131, con nota di F. FERRI; Cass. 19 maggio 1956, n. 1730; App. Catanzaro 16 aprile 1959, in *Mass. Giur. it.*, voce *Arbitrato*, n. 108; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 1962, n. 323, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Arbitrato*, n. 28, secondo la quale non trovano applicazione nel giudizio arbitrale, che le parti non abbiano vincolato al all'osservanza delle norme del codice di rito, le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., né eccedono dai limiti delle loro attribuzioni gli arbitri che rispondono non solo ai quesiti loro posti nella loro formulazione originaria, ma anche a quelli più lati che la successiva discussione, svoltasi tra le parti in regolare contraddittorio tra loro, ha reso necessari e ampliati per la decisione, così tenendo presenti anche le successive circostanze, difese e precisazioni formulate dalle parti nel corso del giudizio arbitrale; lodo arbitrale 13 luglio 1964, in *Rep. Giur. it.*, 1966, voce *Arbitrato*, n. 30; App. Roma 31 maggio 1966, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitrato*, n. 36; Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, in *Giust. civ.*, 1968, 2013, con nota redazionale di R(OMANO) V(ACCARELLA) e in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703, con nota di E.F. RICCI; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 620; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 635; Coll. arb. 7 maggio 1990, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 1416; Coll. arb. 22 dicembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 487, secondo il quale nella procedura arbitrale rituale il divieto della *mutatio libelli* deve essere visto con maggiore elasticità, risultando sufficiente che le parti abbiano rispettato il principio del contraddittorio, con la conseguenza che non costituisce domanda nuova la proposizione della domanda di condanna rispetto a quesiti nei quali si era introdotta soltanto la domanda di accertamento; App. Napoli 9 gennaio 1997, in *Rass. Avv. Stato*, con nota di G. ARPAIA, il quale, dopo aver affermato il principio della ammissibilità di domande nuove in corso di procedimento arbitrale purché sia rispettato il principio del contraddittorio, accoglie l'impugnazione per nullità avverso un lodo in quanto gli arbitri, a seguito della proposizione di domande nuove, non avevano fissato nuovi termini per il deposito di documenti e memorie e per le successive repliche; Cass. 17 dicembre 1993, n. 12517, in *Riv. arb.*, 1995, 439, con nota di E. VULLO, che dichiara inammissibile la domanda proposta per la prima volta con un atto depositato per la prima volta in una fase del processo arbitrale che non consenta alla controparte di replicare, in quanto tale circostanza costituisce una violazione del principio del contraddittorio; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1620; Cass. 4 luglio 2000, n. 8937; Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472, in *Arch. civ.*, 2003, 1338; Cass. 26 marzo 2003, n. 4463, in *Foro it.*, 2003, I, 1, 2083; Cass. 11 luglio 2003, n. 10910, in *Guida al diritto*, 2003, 36, 74, che afferma la possibilità di presentare una domanda riconvenzionale anche in memorie successive alla prima, in deroga a quanto previsto dall'art. 167 c.p.c.; Cass. 8 aprile 2004, n. 6950, in *Guida al diritto*, 2004, 23, 61; Cass. 3 maggio 2004, n. 8320, in *Gius.*, 2004, 3389; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2531, in *Guida al diritto*, 2005, 12, 52; Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717.

¹⁰⁶ In tal senso, per esempio, Cass. 24 gennaio 1966, n. 302, in *Mass. Giur. it.*, 1966, 120; Cass. 17 gennaio 1985, n. 107.

controparte, si ha violazione del contraddittorio ove il collegio arbitrale non abbia tenuto conto della eccezionale novità della domanda stessa, decidendo sul punto¹⁰⁷; mentre nel caso in cui, essendo stata proposta una nuova domanda in una fase del procedimento in cui esisteva la possibilità di opporsi tempestivamente ma la parte non l'ha fatto, quest'ultima non può poi lamentare la tardività della domanda in sede di impugnativa, esistendo a suo carico un onere di eccezione tempestiva¹⁰⁸. È stata, infine, negata la possibilità di presentare nuove domande quando il procedimento è giunto in uno stadio in cui è solo possibile illustrare le pretese e le richieste già presentate e non sarebbe pertanto possibile per la controparte replicare¹⁰⁹.

Situazione analoga a quella attinente alla proposizione di nuove domande si verifica in relazione alla possibilità, per le parti, di sollevare eccezioni, depositare memorie e produrre documenti. A tal proposito, è stato deciso che, qualora gli arbitri concedano a una parte la possibilità di depositare memorie e documenti oltre il termine già fissato per tale adempimento, deve ritenersi violato il principio del contraddittorio se all'altra parte non sia data comunicazione dell'avvenuto deposito, né venga assegnato un termine per eventuali osservazioni¹¹⁰, mentre nell'ipotesi in cui vi è produzione di documenti oltre il termine all'uopo fissato dagli arbitri ma questa avviene prima dell'udienza di discussione, se la controparte, che pure ne aveva avuto conoscenza, non ha richiesto la concessione di un nuovo termine per produrre a sua volta ulteriore documentazione, non può ritenersi sussistente alcuna violazione del contraddittorio¹¹¹. È stata inoltre ritenuta tempestiva l'eccezione di incompetenza per connessione con una causa pendente dinanzi al giudice ordinario formulata in una memoria di replica dopo lo spirare del termine concesso dagli arbitri per le difese, atteso che tale termine non è dichiarato perentorio dalla legge¹¹². In senso analogo, si è ritenuto, in tema di impugnazione del lodo per motivi attinenti alla nomina degli arbitri (art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c.), che l'ammissibilità dell'impugnazione

¹⁰⁷ App. Torino 16 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 90.

¹⁰⁸ In tal senso Cass. 14 febbraio 1997, n. 1404, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Arbitrato*, n. 182.

¹⁰⁹ V., in relazione all'impossibilità di porre nuovi quesiti con la comparsa conclusionale, Cass. 2 ottobre 1980, n. 5354, in *Rep. Giur. it.*, 1980, voce *Arbitrato*, n. 61; App. Messina 29 giugno 1981, in *Giur. merito*, 1982, 851, per il quale è inammissibile, per violazione del principio del contraddittorio, l'istanza di dichiarazione di incompetenza per connessione del giudizio arbitrale con altro promosso davanti al giudice ordinario se proposta dopo la chiusura della discussione davanti al collegio, dato che da quel momento resta preclusa ogni ulteriore attività delle parti.

¹¹⁰ V. Cass. 29 agosto 1997, n. 8177, in *Rep. Giur. it.*, 1997, voce *Arbitrato*, n. 182; in termini analoghi Cass. 13 luglio 1994, n. 6579, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Arbitrato*, n. 119, che dichiara la violazione del contraddittorio nel caso in cui, concessa ad una parte la facoltà di depositare memorie e documenti anche dopo la chiusura dell'istruttoria, non sia data comunicazione all'altra parte del deposito né assegnato termine per eventuali osservazioni; Cass. 7 marzo 2007, n. 5274, che afferma che il deposito di documenti ad opera di una delle parti in sede di memoria illustrativa non comporta una violazione del contraddittorio, se alla controparte viene consentito di prenderne visione e di svolgere al riguardo opportune difese.

¹¹¹ V. Cass. 6 novembre 2006, n. 23670, in *Impresa*, 2007, 492.

¹¹² V. Cass. 15 luglio 1996, n. 6403, in *Contratti*, 1997, 66 e *Giust. civ.*, 1997, I, 1923.

stessa sia condizionata alla deduzione della relativa nullità nell'arco dell'intero giudizio arbitrale, senza che possa, conseguentemente, porsi alcuna questione di limiti temporali nell'ambito dello stesso giudizio che non derivi dal necessario rispetto del principio del contraddittorio, restando, per l'effetto, irrilevante che la relativa deduzione sia sollevata non nella prima difesa della parte eccipiente, ma in una memoria successiva¹¹³.

Analogamente, in applicazione del principio secondo il quale può verificarsi nullità della sentenza arbitrale soltanto quando non siano state osservate le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, la giurisprudenza univocamente ha sostenuto che l'omessa fissazione, da parte degli arbitri, di un'udienza per la precisazione delle conclusioni definitive, anche quando questa sia stata prescritta dalle parti nel patto compromissorio, non può determinare – qualora sia stato rispettato dagli arbitri il principio del contraddittorio e sia stata garantita l'applicazione delle altre norme di carattere cogente – la nullità del lodo e non può legittimare l'impugnazione dello stesso ai sensi dell'art. 829 c.p.c., proprio in virtù del fatto che nel procedimento ordinario, dove è prevista la fissazione di un'udienza per la precisazione delle conclusioni, l'inosservanza di tale norma non è, di per sé sola, causa di nullità del processo o della sentenza, non essendo la nullità prevista dalla legge¹¹⁴. Discorso analogo può essere fatto in relazione alla mancata fissazione dell'udienza finale di discussione¹¹⁵.

Altra questione affrontata a più riprese dalla giurisprudenza e collegata al rispetto del principio del contraddittorio è quella relativa alla necessità di verbalizzazione dell'attività compiuta nel corso del procedimento arbitrale. Tradizionalmente la giurisprudenza sul punto ha dimostrato di non saper cogliere, a parte alcune eccezioni¹¹⁶, lo stretto collegamento esistente tra la verbalizzazione dell'attività svolta di fronte agli arbitri (e in particolare l'attività istruttoria) e l'effettività dei principi del contraddittorio e di difesa, i quali potranno ritenersi garantiti soltanto se le parti siano in grado di ricostruire in modo completo ed esauriente quanto avvenuto nel corso del procedimento, anche al fine di un'eventuale

¹¹³ V. Cass. 14 febbraio 2003, n. 2208, in *Arch. civ.*, 2003, 1338 e *Impresa*, 2003, 694.

¹¹⁴ V. Cass. 23 settembre 1964, n. 2405, in *Mass. Giur. it.*, 1964, 812; Cass. 10 novembre 1999, n. 12453, in *Contratti*, 2000, 170; App. Roma 28 aprile 2003, in *Guida al diritto*, 2003, 38, 83; Cass. 1° febbraio 2005, n. 1988, la quale nella parte motiva ribadisce il principio secondo il quale «l'omessa fissazione dell'udienza di discussione e di precisazione delle conclusioni non è causa di nullità del lodo di per se stessa ma solo se tale omissione abbia effettivamente inciso, limitandolo, sul diritto di difesa delle parti o anche di una sola delle stesse, valutazione che va effettuata riportandosi alla situazione processuale antecedente alla pronunzia».

¹¹⁵ V. Cass. 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695, con nota di A. LEVONI; App. Roma 21 settembre 1998, in *Gius*, 1998, 3419.

¹¹⁶ V., per esempio, App. Firenze 16 gennaio 1958, in *Rep. Foro it.*, voce *Arbitrato*, n. 41, secondo il quale «la mancata o incompleta verbalizzazione dell'attività istruttoria svolta nell'arbitrato incide sostanzialmente sui presupposti di un valido contraddittorio».

impugnazione del lodo¹¹⁷. La necessità di procedere alla verbalizzazione dell'attività compiuta di fronte agli arbitri, già affermata dalla dottrina anteriormente all'attuazione della riforma, deve a maggior ragione essere affermata a seguito dell'espressa previsione del contraddittorio come elemento fondamentale della procedura arbitrale¹¹⁸.

Sempre legato al rispetto del contraddittorio è il problema relativo all'introduzione della causa e alla formulazione della domanda arbitrale. Al tema dell'introduzione della causa nel processo ordinario di cognizione sono dedicati gli artt. 163 ss. c.p.c. In particolare, il processo di cognizione si introduce attraverso l'atto di citazione, il quale assolve a una duplice funzione: è infatti finalizzato, da un lato, all'individuazione dell'oggetto del processo, cioè della situazione sostanziale di cui si chiede la tutela, del tipo di lesione da essa asseritamente subita e del tipo di tutela richiesta al giudice e, dall'altro lato, a portare a conoscenza della controparte (e del giudice) la domanda giudiziale¹¹⁹. Il rispetto del diritto di difesa presuppone sia che la domanda giudiziale sia completa in tutti i suoi elementi (per permettere alla controparte di poter prendere conoscenza delle richieste *ex adverso* spiegate) sia, naturalmente, che la predetta domanda sia portata a conoscenza della controparte, in tempo utile per poter apprestare le proprie difese (a tale ultimo fine l'art. 163-bis c.p.c. stabilisce, sempre al fine di tutelare il diritto di difesa della parte, i termini minimi che devono intercorrere tra la notificazione della citazione e l'udienza di comparizione delle parti).

Passando al procedimento arbitrale, occorre nuovamente richiamare il principio di cui al (vecchio) art. 829, comma 1, n. 7, per il quale le forme previste a pena di nullità per i giudizi possono essere causa di nullità del lodo qualora le parti ne avessero stabilito l'osservanza e la stessa non fosse sanata. Come è stato messo correttamente in evidenza¹²⁰, in applicazione di tale principio il mancato rispetto di uno degli elementi di contenuto o di forma, richiesti

¹¹⁷ Si vedano, tra le sentenze che negano la necessità di redigere il verbale dell'attività svolta, Cass. 18 novembre 1967, n. 2772, in *Mass. Giur. it.*, 1967, 1045, secondo la quale «la mancata redazione del verbale di ispezione dei luoghi, eseguita in sede di giudizio, non importa nullità del lodo allorché il compromesso non imponga agli arbitri l'osservanza di determinate facoltà procedurali»; Cass. 8 ottobre 1969, n. 3212, in *Rep. Giur. it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 68: «quando le parti non abbiano vincolato gli arbitri a determinate formalità, l'omissione della verbalizzazione di attività istruttoria non costituisce motivo di nullità»; Cass. 9 agosto 2004, n. 15353, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2557, la quale, in tema di arbitrato contrattuale, respinge il ricorso della parte che si lamentava della violazione del contraddittorio a causa dell'omissione, da parte degli arbitri, della verbalizzazione dell'attività compiuta; Cass. 8 settembre 2004, n. 18049, in *Foro it.*, 2005, 1, 1768, la quale, in tema di arbitrato contrattuale, in virtù del principio in base al quale «nell'arbitrato irrituale il contraddittorio si realizza assicurando alle parti la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia», ha respinto il ricorso con il quale una delle parti si doleva della mancata redazione di un verbale delle operazioni e della mancata comunicazione delle attività compiute.

¹¹⁸ Sul punto vedi *infra*, § 19.

¹¹⁹ Sul tema vedi, in generale, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, 4a ed., Milano 2007, II, 6 ss.

¹²⁰ V. C. CECHELLA, *Mancata formulazione della domanda e violazione del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1991, 848.

per l'atto di citazione, potrebbe incidere sulla validità del lodo soltanto nell'ipotesi in cui il vizio sia stato espressamente richiamato dalle parti nel patto compromissorio. Tuttavia, anche quando ciò non avvenisse, la mancanza di uno degli elementi necessari a precisare l'*editio actionis* sarebbe parimenti in grado di inficiare la validità del lodo per il diverso motivo della violazione del contraddittorio, dal momento che la corretta identificazione dell'oggetto del processo è elemento indispensabile per permettere al convenuto di difendersi correttamente¹²¹.

17. Problemi attinenti al rispetto del principio del contraddittorio si pongono anche in relazione a questioni non prese in particolare considerazione da parte della giurisprudenza – nel senso che sono dalla stessa date come «scontate» - ma messe in evidenza dalla dottrina. Una di queste è quella della fissazione delle regole del procedimento arbitrale a opera delle parti ovvero degli arbitri. Come noto, le regole del procedimento arbitrale – a meno che le parti non abbiano deciso di rimettersi a un regolamento d'arbitrato predisposto da un'apposita istituzione – possono essere stabilite dalle parti stesse ovvero, in subordine, dagli arbitri. Ai sensi dell'art. 816-*bis*, comma 1 (vecchio art. 816, comma 2) c.p.c., le parti, se vogliono utilizzare la facoltà loro concessa, debbono farlo nel patto compromissorio ovvero in altro atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale. L'anteriorità della fissazione delle regole del procedimento rispetto al suo inizio a opera delle parti serve a tutelare non soltanto la posizione degli arbitri (i quali, per poter accettare con cognizione di causa la proposta contrattuale formulata attraverso gli atti di nomina, devono essere a conoscenza delle regole che dovranno essere applicate nel corso del procedimento), ma in primo luogo le parti stesse, in quanto la possibilità di difendersi pienamente rispetto alle iniziative della controparte e degli arbitri presuppone la conoscenza delle regole del gioco, con un principio che si impone come regola di ordine pubblico, strettamente legato al contraddittorio¹²².

Discorso analogo dovrebbe essere fatto per l'ipotesi in cui le parti non fissino alcuna regola, entrando in gioco il potere vicario degli arbitri di regolare il procedimento nel modo che ritengono più opportuno. Ma in quest'ultima ipotesi la situazione è più delicata, dal momento che non esiste una regola che imponga espressamente agli arbitri l'obbligo di fissare le regole di procedura entro un determinato termine.

¹²¹ In giurisprudenza, il principio secondo il quale la mancanza di uno degli elementi individuatori della domanda è idonea, qualora le parti non abbiano richiamato le prescrizioni dell'art. 164 c.p.c., a inficiare la validità del lodo per violazione del principio del contraddittorio, è affermato da Coll. arb. 3 luglio 1984, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1985, 876 e Coll. arb. 13 giugno 1985, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 1215; in senso contrario Coll. arb. Roma 22 novembre 1990, in *Riv. arb.*, 1991, 847, secondo il quale «deve escludersi la violazione del contraddittorio in una fattispecie in cui manchi del tutto una domanda agli arbitri, essendo l'eventualità sanzionabile con una pronuncia di nullità» e Coll. arb. Catania 1° febbraio 1996, in *Riv. arb.*, 1997, 559, con nota di G. BASILICO.

¹²² V. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 148.

È stato peraltro messo in evidenza in dottrina come il rispetto del principio del contraddittorio imponga anche agli arbitri di determinare le regole del procedimento *in limine litis*, in quanto solo in tal modo le parti avranno la possibilità di programmare la loro linea di difesa¹²³. Così, per esempio, non sarebbe possibile per gli arbitri stabilire nel corso del processo dei termini decadenziali senza che le parti ne fossero a conoscenza fin dall'inizio del processo, come, all'opposto, non potranno modificare termini stabiliti all'inizio come decadenziali¹²⁴. Tale tipo di esigenza è avversata da altra parte della dottrina, la quale sostiene che gli arbitri non siano tenuti, prima dell'instaurazione del giudizio, a elencare le regole procedurali che intendono applicare, purché di volta in volta sia rispettato il principio del contraddittorio¹²⁵. Quest'ultima opzione interpretativa suscita tuttavia dei dubbi, dal momento che un compiuto rispetto del principio del contraddittorio non richiede soltanto che le parti siano messe in grado di difendersi in relazione alle singole attività di volta in volta poste in essere dalla controparte o dagli arbitri, ma che sia possibile conoscere anticipatamente le regole della procedura e di conseguenza poter organizzare la propria difesa. Occorre peraltro sottolineare come la seconda delle interpretazioni descritte sia abbracciata in pieno dalla giurisprudenza, la quale non ritiene sussistere in capo all'arbitro un dovere di fissare le regole della procedura una volta per tutte all'inizio della stessa, ma gli riconosce un potere discrezionale di provvedere di volta in volta, a seconda delle esigenze che man mano si palesano¹²⁶. Tale impostazione vulnera però, come detto, il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, il rispetto dei quali presuppone una fissazione delle regole nella fase iniziale e il loro mantenimento durante tutto il corso del processo¹²⁷. All'esito delle predette osservazioni, occorre pertanto trovare un punto di

¹²³ In tal senso R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 303; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 213 ss.; E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637; E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 3-4.

¹²⁴ L'esempio è tratto da C. CECHELLA, *L'arbitrato* cit., 150; ma vedi nello stesso senso, in precedenza, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 108 ss.

¹²⁵ In tal senso, per es., C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 476.

¹²⁶ V., in tal senso, Cass. 13 agosto 1999, n. 8637, in *Riv. arb.*, 1999, 699, secondo la quale «il giudizio arbitrale è caratterizzato dal principio dell'assoluta libertà di forme, nel cui ambito gli arbitri adottano le regole da seguire, regole che possono, ritenutane l'opportunità, modificare, espressamente o implicitamente, ampliandole o restringendole, con l'unico ineludibile limite dell'assoluto rispetto del principio del principio del contraddittorio, e sempre che le regole del giudizio non siano state previste e determinate direttamente dalle parti»; in senso analogo Cass. 21 settembre 1999, n. 10192, in *Riv. arb.*, 1999, 701; Cass. 15 luglio 1996, n. 6403; Cass. 7 marzo 1995, n. 2657.

¹²⁷ Problema differente, seppur sempre legato al rispetto del contraddittorio, è quello dell'estensione del potere discrezionale degli arbitri nello stabilire le regole della procedura. A tal proposito la giurisprudenza ritiene che gli arbitri, a differenza delle parti, possano esclusivamente fissare le regole primarie, ma non le conseguenze della loro inosservanza (in tal senso, tra le altre, Cass. 8637/1999 cit.); in senso contrario parte della dottrina (v., per es., E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 109). In generale, il potere degli arbitri deve essere esercitato nei limiti della «ragionevolezza», con la conseguenza che potrebbero

equilibrio tra il potere degli arbitri di regolare il procedimento nel modo che ritengono più opportuno e la necessità di rispettare principi cogenti anche nella disciplina arbitrale, quali sono quelli del diritto alla difesa e del contraddittorio. E tale punto di equilibrio non pare che possa essere rinvenuto se non nell'apprestare alle parti un sistema di regole alle quale le stesse possano fare sicuro riferimento, nell'ipotesi in cui gli arbitri non abbiano stabilito diversamente prima dell'inizio del procedimento: sistema di regole che deve essere rinvenuto nella disciplina del processo di cognizione statale¹²⁸.

Altro problema collegato al rispetto del principio del contraddittorio è quello legato all'ipotesi in cui le parti abbiano attribuito agli arbitri il potere di risolvere la controversia attraverso l'applicazione dell'equità anziché dello *strictum ius*. Ai sensi dell'art. 822 c.p.c. le parti possono infatti disporre, in *limine litis*¹²⁹, che gli arbitri pronuncino secondo equità, allo stesso modo in cui, ai sensi dell'art. 114 c.p.c., le parti possono attribuire al giudice di primo grado o di appello di decidere secondo equità le controversie aventi a oggetto diritti disponibili. Quando ciò avvenga, si pone un problema di rispetto del contraddittorio non solo nel senso, già evidenziato, che le parti devono conoscere preventivamente le regole processuali che governeranno l'arbitrato ma anche nel senso della preventiva conoscenza del criterio equitativo che gli arbitri intendono adottare, in quanto, in difetto di esso, «le parti non hanno modo di svolgere nel corso del processo le loro difese, nell'impossibilità di identificare le fattispecie rilevanti e gli oneri di allegazione e di prova che fanno loro carico (perché conseguenza della regola giuridica applicabile)»¹³⁰. Anche in relazione a tale aspetto occorre tuttavia notare come la giurisprudenza non sembra porsi alcun tipo di problema, dando per scontato che l'identificazione della norma applicabile al caso concreto possa essere indicata anche successivamente alla fase iniziale del procedimento ovvero direttamente al momento dell'emissione della decisione.

Altro aspetto del quale vale la pena accennare è quello relativo al rapporto tra contraddittorio e consulenza tecnica. Essendo un punto fermo quello dell'ammissibilità dell'istituto all'interno dell'arbitrato¹³¹, si tratta di vedere quali siano le concrete modalità attraverso le quale la consulenza tecnica viene effettuata. A tal proposito, la giurisprudenza si è attestata sulla posizione che il principio del contraddittorio può ritenersi rispettato

infiare la validità del lodo l'imposizione di regole che finissero per limitare eccessivamente il diritto delle parti alla prova dei fatti rilevanti.

¹²⁸ In tal senso, tra gli altri, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 56; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 304.

¹²⁹ In quanto l'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro deve essere consapevole; contrariamente, nel senso che la determinazione per la via equitativa sarebbe possibile in corso di causa, facendo sorgere in capo agli arbitri il diritto di recedere per giusta causa: C. PUNZI, *Disegno sistematico cit.*, II, 50.

¹³⁰ Così C. CECHELLA, *L'arbitrato cit.*, 164. In generale, sul tema del rapporto tra principio del contraddittorio e identificazione della regola equitativa v. C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice cit.*, 74 ss.

¹³¹ In verità nessuno metteva in dubbio la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica nell'arbitrato; dopo la riforma del 2006, la possibilità per gli arbitri di farsi assistere da uno o più consulenti tecnici è stata espressamente sancita dall'art. 816-ter c.p.c.

quando gli arbitri, una volta terminati gli accertamenti tecnici effettuati dal consulente, permettano alle parti di esporre le loro osservazioni sulle risultanze dell'attività istruttoria. Pertanto, a meno che le parti non richiamino espressamente le disposizioni del codice di procedura civile relative alla consulenza tecnica nel processo di cognizione, occorre ritenere che «gli arbitri ... hanno la facoltà di regolare l'assunzione delle prove e di qualsiasi accertamento nel modo ritenuto più opportuno, ma devono, dopo il compimento dell'istruttoria e prima di emettere la pronuncia, assegnare alle parti un termine, onde consentire loro, sulla base delle risultanze istruttorie, la presentazione delle rispettive osservazioni e difese; essi devono far conoscere alle parti i risultati dell'istruttoria a concedere termine per le loro deduzioni e difese a seguito della istruttoria espletata»¹³². In particolare, poi, la Cassazione sottolinea che il rispetto delle disposizioni codicistiche relative alla consulenza tecnica non è ricompreso nel nucleo essenziale del rispetto del contraddittorio, inderogabile anche quando gli arbitri sono dispensati dall'osservanza delle regole del processo davanti al giudice ordinario, essendo sufficiente che gli arbitri facciano conoscere alle parti le risultanze dell'istruttoria successivamente all'espletamento della stessa. Con la conseguenza che non è obbligatoria la concessione della facoltà di affiancare all'attività del consulente d'ufficio quella del consulente di parte, ai sensi dell'art. 201 c.p.c. e 91 disp. att. c.p.c. purché, ovviamente, non sia preclusa alle parti la facoltà di discutere le risultanze della C.T.U. anche tramite propri tecnici di fiducia. Con l'ulteriore conseguenza che nessuna nullità colpirebbe il lodo né nell'ipotesi in cui alle parti non sia stato possibile partecipare personalmente alle operazioni peritali né nell'ipotesi in cui non sia stato concesso un termine per la nomina di un proprio consulente.

La posizione della giurisprudenza era condivisa da una parte della dottrina¹³³, ma fortemente criticata, anche prima della riforma del 1994, da altri autori¹³⁴. La dottrina più recente, in modo corretto, ha sottolineato con forza come il canone del contraddittorio debba informare l'intero procedimento e, pertanto, anche la fase delle operazioni tecniche¹³⁵. In particolare, si è messo l'accento sul fatto che il diritto delle parti di interloquire deve essere rispettato durante tutto il corso delle operazioni tecniche e non può ricevere, nel procedimento arbitrale, una tutela inferiore a quella che ottiene nel procedimento di fronte al giudice dello stato¹³⁶. Anche nell'arbitrato, pertanto, da un lato deve essere consentito alle parti di

¹³² Cass. 29 gennaio 1992, n. 923, in *Foro it.*, 1992, I, 1385; *Foro pad.* 1993, I, 40.

¹³³ V., per esempio, V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.; L. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1683.

¹³⁴ V. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 120-121.

¹³⁵ E anche chi, come F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Milano 2005, 313 ss., sembra astrattamente accettare l'ipotesi della concentrazione del contraddittorio a un momento successivo alla chiusura delle operazioni del consulente d'ufficio, sottolinea come deve essere in ogni caso assicurata «la capacità di condizionare effettivamente gli esiti istruttori ai quali gli arbitri hanno preordinato la consulenza».

¹³⁶ G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 7.

nominare dei consulenti di parte e, dall'altro lato, il consulente d'ufficio deve avvertire le parti non solo dell'inizio delle operazioni, ma anche del loro prosieguo, conformemente a quanto la giurisprudenza ritiene necessario anche per il processo di fronte al giudice statale, senza che possa in proposito richiamarsi la disposizione del (vecchio) art. 829, comma 1, n. 7, dal momento che il meccanismo di sanatoria è relativo esclusivamente alle nullità formali ma non a quelle sostanziali, quale è appunto quella relativa alla violazione del contraddittorio¹³⁷.

Quanto alle modalità concrete di svolgimento del contraddittorio, l'apporto dei tecnici di parte deve essere effettivo, cioè in grado di poter incidere sia sull'opinione del consulente d'ufficio che sulla formazione del convincimento del giudicante. A tal fine è necessaria non solo la partecipazione delle parti (o dei consulenti di parte) alle operazioni peritali, ma anche la verbalizzazione delle operazioni stesse, in modo tale da poter mettere in evidenza eventuali ragioni di dissenso, delle quali il consulente d'ufficio dovrà tenere conto, anche al solo fine di motivare la ragione del proprio disaccordo con esse.

La necessità del rispetto del principio del contraddittorio in caso di consulenza tecnica, in primo luogo attraverso la fissazione di un termine per poter nominare i propri consulenti di parte, è messa in evidenza anche dopo la recente riforma dell'istituto arbitrale¹³⁸.

Infine appare opportuno spendere due parole in ordine al rapporto tra contraddittorio e motivazione.

Come mette in evidenza la migliore dottrina «il carattere distintivo del contraddittorio – per cui i suoi risultati possono essere disattesi dall'autore del provvedimento, ma non obliterati – stabilisce una biunivoca corrispondenza tra «contraddittorio» e «motivazione» del provvedimento, nel senso che questa deve dar conto di quei risultati e del loro impiego»¹³⁹. Tuttavia tale corretto inquadramento del rapporto tra contraddittorio e motivazione non è spesso coerentemente interpretato dalla giurisprudenza, come si può desumere, per esempio, da Cass. 21 settembre 2001, n. 11936, la quale, partendo dal corretto assunto che il giudizio circa l'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova non è incompatibile con il rispetto del principio del contraddittorio, non censura il comportamento di un collegio arbitrale che, a fronte della richiesta di una parte di ammettere una prova testimoniale e di richiamare un consulente tecnico per chiarimenti, rigettava le richieste della parte senza alcuna motivazione, imputando oltretutto alla parte ricorrente di non aver specificato, sotto il profilo del nesso causale, in che modo l'esperimento dei predetti mezzi avrebbe influito sulla decisione. Ma, come viene sottolineato da Fazzalari nella nota in commento alla

¹³⁷ ID., *op. loc. cit.* Secondo l'autore, peraltro, la nullità ha carattere relativo, così che la stessa deve essere rilevata nella prima difesa utile immediatamente successiva al verificarsi del vizio.

¹³⁸ In tal senso vedi, per esempio, F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 30; G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3ª ed., Milano 2007, III, 5876.

¹³⁹ E. FAZZALARI, *Contraddittorio e motivazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 687.

sentenza, il problema si trova a monte, dal momento che il rispetto del contraddittorio avrebbe imposto all'arbitro di motivare il provvedimento di rigetto avverso le richieste istruttorie.

18. Quello descritto nei paragrafi precedenti è il quadro sul quale è intervenuta la riforma del titolo VIII del libro IV del c.p.c., da inserirsi all'interno del più generale fenomeno di riforma che ha investito ampi settori del processo civile nel corso degli anni 2005/2006.

Serie di riforme iniziata dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante «Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. 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 delle procedure concorsuali», poi convertito con modifiche nella legge 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 1, comma 2, conteneva la delega al governo per la riforma dell'istituto arbitrale, successivamente attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, recante «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80».

Per quanto riguarda, in particolare, il principio del contraddittorio in tema di arbitrato, come è stato possibile vedere nei paragrafi precedenti, gli articoli del codice a esso relativi erano, in particolare, l'art. 816, comma 3 (successivamente comma 4) c.p.c. e l'art. 829, comma 1, n. 7 (e, successivamente alla riforma del 1994, n. 9) c.p.c. Entrambe le disposizioni sono state, seppur in misura differente, interessate dall'intervento novellatore del legislatore. Del tutto innovativa è stata invece la previsione di una disciplina relativa alla morte, estinzione e perdita di capacità della parte del procedimento arbitrale, cioè di quegli eventi che provocano l'interruzione del processo, istituto che – come è noto – è finalizzato a garantire l'effettività del contraddittorio.

In relazione alla norma generale di cui all'art. 816, comma 4, c.p.c., a seguito dell'intervento riformatore la vecchia disposizione, che prevedeva che «[gli arbitri] debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche», è stata sostituita da una nuova disposizione, contenuta nel primo comma del nuovo art. 816-*bis* c.p.c. e applicabile in tutti i procedimenti arbitrali per i quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente al 2 marzo 2006, in base alla quale «[gli arbitri] debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa».

Come è stato messo in evidenza in dottrina¹⁴⁰, il confronto tra la vecchia e la nuova dizione della disposizione fa avvertire immediata «la sensazione di un salto qualitativo», dal momento che ora viene espressamente dichiarato un principio, prima ricavabile esclusivamente in via interpretativa da una disposizione relativa all'assegnazione di termini

140 V. P. L. NELA, Sub art. 816-*bis* c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI), II, Bologna, 2007, 1723.

per produrre documenti e memorie. In realtà già da tempo la dottrina, a differenza della giurisprudenza – a maggior ragione dopo l'introduzione, a seguito della novella del 1994, della disposizione che sanciva la nullità del lodo che fosse stato emesso in violazione del principio del contraddittorio – aveva messo in evidenza come dall'art. 816, comma 4, c.p.c. dovesse trarsi un principio più ampio di quello desumibile dalla lettera della disposizione; ma attraverso la nuova formulazione si può apprezzare pienamente come «rispetto del contraddittorio non significa infatti solo attribuire alle parti tutto lo spazio possibile per presentare memorie e repliche, ma significa privilegiare il loro potere anche in riferimento ad attività non strettamente difensive, come ad esempio la partecipazione a tutto il complesso svolgimento dell'*iter* istruttorio e della formazione del giudizio di fatto»¹⁴¹.

E l'espresso richiamo, in una disposizione relativa al procedimento arbitrale, del principio del contraddittorio, non può che essere salutata con favore, dal momento che potrebbe finalmente favorire il superamento di certe posizioni della giurisprudenza, la quale, nonostante l'introduzione del numero 9 dell'art. 829 c.p.c., non sembrava fino a oggi di aver tratto le opportune conseguenze in ordine a quella che dovrebbe essere la reale estensione del contraddittorio¹⁴².

A tali angustie interpretative fa fronte la nuova formulazione della disposizione, dalla quale sarà per i giudici possibile trarre la base per una applicazione rigorosa e completa del principio.

La nuova formulazione della norma permette peraltro, secondo alcuni, di ritenere che nell'arbitrato il rispetto del contraddittorio non debba necessariamente articolarsi mediante prefissione di termini, neppure per quanto riguarda il potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, «essendo sufficiente che alle parti sia consentito di esporre i rispettivi assunti, di conoscere in tempo utile le domande, le istanze istruttorie, le produzioni documentali e le memorie avversarie, di presentare istanze istruttorie e documenti, e di svolgere dialetticamente le proprie deduzioni e controdeduzioni al termine dell'istruttoria»¹⁴³.

Ma è da salutare con favore anche l'espresso richiamo alla necessità che siano concesse «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»¹⁴⁴; con tale espressione il legislatore ha

141 Così G. F. RICCI, *Sub art. 816-bis c.p.c.*, in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), 2a ed., Bologna, 2008, 375.

142 Si prenda, a titolo d'esempio, App. Roma 28 aprile 2003, in *Guida dir.*, 2003, 38, 83 secondo il quale la garanzia del contraddittorio «è assicurata pienamente quando ciascuna delle parti sia stata messa in condizione di svolgere le proprie difese ... nel pieno rispetto della simmetria processuale delle parti stesse», anche qualora attore e convenuto non siano stati posti in grado di «esporre, prima della pronuncia del lodo, le proprie valutazioni sui risultati delle attività compiute nel corso del processo arbitrale e, segnatamente, dei mezzi istruttori assunti durante il suo svolgimento».

143 In tal senso G. RUFFINI, *sub art. 816-bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO e F. P. LUIO, 3a ed., III, Milano 2007, 5865.

144 La nuova formulazione della disposizione è valutata positivamente, tra gli altri, da G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova 2006, 100 e M.F. GHIRGA, *sub art. 816-bis*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Nuove leggi civili commentate*, 2007, 1258 ss.

sottolineato come il rispetto del contraddittorio sia tale, agli effetti della disposizione, solo se la difesa sia contrassegnata dal principio di effettività. Da ciò si desume che non è sufficiente il semplice fatto che le facoltà attribuite alle parti siano paritarie, ma è necessario che a tale uguaglianza si accompagni una reale possibilità di difendersi pienamente e adeguatamente. In tal senso, non sarebbe sufficiente che le parti siano poste in grado di svolgere, sullo stesso piano, identiche attività, ma anche che i poteri attribuiti alle parti siano effettivi¹⁴⁵.

In particolare, l'espressa necessità del rispetto del contraddittorio potrà permettere di trasferire, anche nell'ambito del procedimento arbitrale, gli stessi principi elaborati nell'ambito del processo civile.

In primo luogo, così come è stato già possibile mettere *supra* in evidenza, ogni volta in cui l'arbitro – alla pari del giudice – individua una questione di fatto o di diritto rilevante ai fini della decisione e non previamente sollevata e discussa tra le parti, ha l'onere di rilevarla in modo di poter permettere alle parti di fare deduzioni ed eventualmente allegare fatti e chiedere mezzi istruttori, così da evitare di dar vita a un lodo *cd.* della terza via o della terza opinione. Qualora, pertanto, ai fini della decisione che l'arbitro intende adottare sia rilevante una questione, si deve ritenere che gravi in capo allo stesso l'obbligo di suscitare il contraddittorio sul punto di fatto o di diritto rilevato d'ufficio, anche qualora la rilevazione avvenga al momento della decisione e quindi a istruttoria conclusa. E un discorso analogo può essere fatto qualora l'arbitro ammetta d'ufficio dei mezzi di prova, in quanto, anche in questo caso, dovrà essere data la possibilità alle parti di difendersi adeguatamente e, in particolare, di dedurre mezzi istruttori in controprova.

Ma, in generale, è necessario sottolineare come l'interessa dell'attività istruttoria debba essere ispirata al principio del contraddittorio, in modo da evitare che il giudice possa trarre il proprio convincimento attraverso elementi sottratti al controllo delle parti.

Il che equivale a dire che non solo la fase di ammissione delle prove, ma anche il momento della formazione e quello successivo della valutazione debbono essere svolti nel rispetto del principio del contraddittorio.

Una tale, corretta, impostazione, aveva spinto parte della dottrina a dubitare della legittimità costituzionale del vecchio art. 819-*ter* c.p.c., disposizione introdotta a seguito della novella del 1994 e che permetteva agli arbitri, in considerazione dell'assenza di forme di assistenza giudiziaria che consentissero di assumere la prova testimoniale, di richiedere al testimone di fornire per iscritto risposte ai quesiti nei termini stabiliti. In particolare, è stato messo in evidenza che la testimonianza scritta viola non solo i principi dell'oralità e

145 Così, per esempio, non sarebbe sufficiente ad assicurare il rispetto del contraddittorio che le parti abbiano avuto termini identici per svolgere le proprie attività difensive (è chiaro, infatti, che l'assegnazione di facoltà non paritarie, tali da rendere l'attività di una parte più disagiata rispetto a quella della controparte, è di per sé sintomo della lesione del contraddittorio), ma è altresì necessario che tali termini siano in concreto idonei allo scopo.

dell'immediatezza, ma soprattutto il principio del contraddittorio in ordine all'assunzione della prova, con diretta violazione dell'art. 24, comma 2, Cost.¹⁴⁶, così da indurre parte della dottrina, al fine di sottrarre la norma a censure di incostituzionalità, ad attribuire alla testimonianza scritta un valore differente rispetto alla prova testimoniale, nel senso di prova atipica¹⁴⁷ ovvero di argomento di prova¹⁴⁸.

Il legislatore della riforma ha conservato in vita la controversa disposizione, trasferita al comma 2 dell'art. 816-ter c.p.c.; tuttavia il mantenimento della predetta norma si è accompagnato alla previsione, al comma 3 del medesimo articolo, della possibilità per gli arbitri, qualora lo ritengono opportuno, di chiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato di ordinare la comparizione del testimone riottoso di fronte agli arbitri stessi. Pertanto, sebbene l'articolo 816-ter c.p.c. non dica alcunché al riguardo e indipendentemente dal valore probatorio che possa essere attribuito alla testimonianza scritta, è opportuno ritenere che la richiesta di rispondere per iscritto ai capitoli di prova testimoniale possa essere utilizzata dagli arbitri come *extrema ratio*, proprio in virtù della lesione del principio del contraddittorio che è in grado di provocare in ordine alla mancata partecipazione delle parti alla formazione della prova.

Ma il problema sollevato in relazione alla testimonianza scritta si pone in generale per tutte le prove cd. atipiche, la cui utilizzazione al posto delle prove tipiche, tradizionalmente avallata dalla giurisprudenza, ha come conseguenza la violazione del contraddittorio. Le prove atipiche infatti consistono normalmente in elementi di prova risultanti da documenti atipici (prove assunte in altri processi anche tra parti diverse, documentazioni amministrative, perizie stragiudiziali, documenti provenienti da terzi etc.); tali documenti di solito vengono assunti nel processo attraverso la produzione di una delle parti, ma il fatto che, in questo modo, siano resi conoscibili anche alla controparte, non è idoneo a garantire il rispetto del contraddittorio. Infatti, da un lato, le parti non sono in grado di sapere né quali circostanze il giudice riterrà rilevanti né rispetto a quali fatti da provare (con l'ovvia conseguenza di non essere, in pratica, in grado di dedurre prove contrarie a quelle che saranno utilizzate dal giudice in sede di decisione) e, d'altro lato, ogni qual volta le prove sono formate fuori dal processo e, addirittura, senza la partecipazione di entrambe le parti, viene meno il rispetto della regola secondo la quale le prove debbono essere formate nel contraddittorio tra le parti.

L'espresso richiamo alla necessità di attuazione del principio del contraddittorio, anche all'interno del procedimento arbitrale, può allora costituire un argomento valido per sostenere che, anche ammettendo la possibilità di utilizzare le prove cd. atipiche, l'arbitro

146 V. G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova 1995, 117; ma, già in precedenza, contro la possibilità di ammettere la testimonianza scritta si era pronunciato E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 118.

147 V., per esempio, F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 673.

148 V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano 1999, 449.

sia in ogni caso tenuto a suscitare il previo contraddittorio sulle stesse, essendo invece vietata l'utilizzazione della prova «a sorpresa», cioè in sede di decisione e in modo nascosto alle parti¹⁴⁹.

Analogo discorso può essere fatto in relazione agli argomenti di prova e alle presunzioni.

Quanto ai primi, sebbene si riferiscano a circostanze – come le risposte date in sede di interrogatorio non formale, il rifiuto a consentire un'ispezione ovvero il generale contegno delle parti – che si verificano nel corso del processo e che sono quindi note sia al giudice che alle parti, il problema del rispetto del contraddittorio si pone in quanto solo in sede di decisione il giudice trae gli argomenti di prova, senza che sia in qualche modo possibile per le parti conoscere preventivamente quella che sarà la valutazione del giudice e quindi difendersi adeguatamente¹⁵⁰.

Quanto alle presunzioni – che si distinguono dagli argomenti di prova, che possono integrare il convincimento del giudice già formatosi sulla base di altri elementi probatori, in quanto idonee a fornire la prova piena del *factum probandum* –, il giudice crea la prova al momento della decisione, nel momento in cui sceglie, tra la mole dei dati acquisiti al processo, quelli da utilizzare come mezzo di cognizione mediata e indiretta dei fatti controversi. Non potendo, pertanto, le parti conoscere in anticipo se il giudice trarrà delle presunzioni dagli elementi di fatto a sua disposizione, né quali siano gli elementi che utilizzerà al fine del ragionamento presuntivo e neppure in relazione a quali *facta probanda* saranno utilizzati, la conseguenza è l'oggettiva esclusione della garanzia del contraddittorio. Tuttavia, ancora una volta, la nuova ampia dizione dell'art. 816-bis c.p.c. potrebbe costituire la base per una differente impostazione, anche all'interno dell'arbitrato, del problema, in modo tale da ritenere esistente, a carico dell'arbitro, un obbligo di segnalare alle parti le risultanze sulle quali intende fondare il proprio convincimento, in modo da permettere alle parti di potersi difendere adeguatamente (e pertanto rimandando il processo alla fase istruttoria qualora la necessità di utilizzare tali elementi sia emersa, come di solito accade, al momento della decisione).

Altro aspetto sul quale può positivamente incidere la nuova formulazione dell'art. 816-bis c.p.c. si ha in caso di giudizio di equità, dal momento che l'effettivo rispetto del contraddittorio anche in tale tipo di arbitrato presuppone che gli arbitri rendano preventivamente noti alle parti i criteri equitativi ai quali intendono ispirarsi.

149 Naturalmente anche qualora il giudice/arbitro susciti il contraddittorio sulla prova atipica che intende utilizzare rimarrebbe sempre il problema della lesione del contraddittorio in ordine alla formazione della prova stessa; proprio la formazione *inaudita altera parte* di tali prove ha suscitato dubbi sulla loro ammissibilità, in particolar modo nell'ipotesi in cui siano sostitutive di prove costituenti: in tal senso G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 641.

150 V. C. FERRI, *Contraddittorio cit.*, 107.

19. Argomento strettamente legato al tema del contraddittorio – e suscettibile di nuova interpretazione in considerazione della disposizione dell’art. 816-*bis* c.p.c. – è quello della verbalizzazione delle attività che si svolgono durante il procedimento arbitrale.

Prima della riforma, era possibile in sostanza evidenziare due differenti orientamenti.

Il primo, più obsoleto, riteneva che la verbalizzazione delle attività compiute dagli arbitri non fosse obbligatoria¹⁵¹, ferma restando la facoltà per le parti di imporre agli arbitri di verbalizzare le operazioni compiute, attraverso una clausola specifica ovvero più genericamente stabilendo l’obbligo di osservare le forme prescritte a pena di nullità per i giudizi¹⁵². Ovvìa conseguenza di tale impostazione era che la mancata verbalizzazione non avesse alcun tipo di effetto in ordine alla nullità del lodo.

Tuttavia la maggior parte degli autori, anche prima dell’espressa previsione, sancita dalla novella del 1994, della possibilità di impugnare il lodo per violazione del contraddittorio, era di contrario avviso, ritenendo che la verbalizzazione delle attività compiute dagli arbitri fosse obbligatoria (e quindi sottratta alla possibilità di un’opzione differente a opera delle parti o degli arbitri), proprio in virtù del rispetto del principio del contraddittorio, il quale non può esprimersi pienamente se le parti non hanno piena conoscenza delle risultanze fattuali e istruttorie¹⁵³.

Nonostante la dottrina maggioritaria sostenesse, pertanto, la necessità della verbalizzazione delle attività del procedimento, la giurisprudenza era invece di avviso contrario, ritenendo che spettasse alle parti ovvero, in subordine, agli arbitri, decidere sul punto, senza che la mancata verbalizzazione potesse comunque influire sulla validità del lodo.

Tale posizione, non sostenibile neppure sotto la vigenza della precedente disciplina, deve a maggior ragione essere rivista a seguito dell’espressa previsione della necessità del rispetto del contraddittorio e dell’assegnazione alle parti di ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa. La possibilità di una difesa ragionevole (ed effettiva) ha infatti come necessario presupposto che le parti siano in grado di ricostruire nei minimi dettagli tutto ciò che è avvenuto nel corso del procedimento, così che occorre ritenere che non sia sufficiente, a tal fine, la semplice annotazione degli elementi emersi¹⁵⁴, ma sia necessaria una vera e propria verbalizzazione.

151 Tale tesi è sostenuta, per esempio, da T. CARNACINI, *Arbitrato rituale* cit., 884, il quale, pur ritenendo «opportuna e consigliabile» la pratica della verbalizzazione delle attività arbitrali, non la ritiene imposta dalla legge; in senso parzialmente analogo G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano 1958, 280 ss., secondo il quale «nonostante i gravi inconvenienti che dalla non necessaria tenuta di verbali possono derivare è, tuttavia, nello spirito della legge di non imporre la necessità della forma scritta nel procedimento arbitrale». Sempre nel senso della facoltatività della verbalizzazione anche R. VECCHIONE, *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 508-509.

152 G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 281.

153 In tal senso, tra gli altri, E.F. RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, Milano 1974, 121 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova 2000, I, 488 ss.; C. CECHELLA, *L’arbitrato*, Torino 2005, 199-200.

154 In tal senso D. SIRACUSANO, sub art. 816 c.p.c., in *Codice di procedura civile* (a cura di N. PICARDI), Milano 2004, 2408.

20. Altro aspetto che occorre prendere in considerazione è quello relativo agli effetti della violazione del contraddittorio e, in particolare, se la violazione del principio abbia necessariamente come conseguenza la nullità del lodo ovvero se sia suscettibile di sanatoria qualora il vizio non sia tempestivamente rilevato. Il problema non sembrava porsi nella vigenza del vecchio art. 829 c.p.c., dal momento che – a differenza delle ipotesi di *errores in procedendo* di cui al n. 7 dell'articolo, per le quali era ed è espressamente prevista la possibilità di sanatoria – il mancato richiamo del meccanismo della sanatoria al n. 9 dell'art. 829 imponeva di ritenere che la violazione del contraddittorio determinasse la nullità del *dictum* arbitrale indipendentemente dalla tempestiva eccezione a opera delle parti¹⁵⁵.

Tale impostazione deve oggi essere rivista sulla base del nuovo secondo comma dell'art. 829 c.p.c., in base al quale «la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo».

Secondo alcuni commentatori¹⁵⁶, in tal modo il legislatore avrebbe qualificato il vizio relativo al contraddittorio come nullità relativa, sulla scia di una posizione già sostenuta da parte della giurisprudenza¹⁵⁷, con la conseguenza della sanatoria della nullità in caso di mancata rilevazione della stessa nella prima difesa utile successiva alla sua verifica o comunque alla sua scoperta.

Tuttavia sembra preferibile una lettura più sfumata, che tenga conto delle singole ipotesi di nullità che possono verificarsi e della distinzione tra nullità formali (cioè afferenti a singoli atti del processo) e nullità extraformali (cioè relative a un presupposto processuale, qual è appunto il contraddittorio). Ecco allora che è possibile distinguere tra i casi in cui alla violazione del contraddittorio consegua la nullità formale di uno o più atti del procedimento da quella in cui dalla suddetta violazione, a causa della sua gravità, derivi la nullità dell'intero giudizio.

155 In tal senso v., per esempio, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub. art. 829 c.p.c., in *Arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna 2001, 646. In senso contrario v., già prima della riforma, G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005, il quale distingue in due categorie i vizi riconducibili alla violazione del contraddittorio, a seconda che si sostanzino in vizi formali, per i quali sarebbe necessaria la tempestiva eccezione della parte interessata, ovvero nella irregolare citazione in giudizio, per la quale non occorrerebbe la preventiva eccezione in corso di causa. Nello stesso senso della possibilità dell'operare del meccanismo della sanatoria per i vizi formali C. PUNZI, *Disegno cit.*, II, 233-234.

156 V. P.L. NELA, *op. cit.*, 1724.

157 V., per es., App. Firenze 27 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1631, con nota di R. MURONI, secondo la quale «l'eccezione relativa ad una asserita violazione del principio del contraddittorio, riferita nella specie al corso di un procedimento arbitrale, è da ritenere preclusa ex art. 157 comma 2 c.p.c. se non è stata svolta dalla parte interessata in pendenza del procedimento, nella prima istanza o difesa successiva all'atto nullo o alla notizia di esso; di conseguenza deve essere respinta l'impugnazione del lodo per mancato rispetto dei diritti di difesa che si fondi su detta eccezione, se questa fu proposta tardivamente nel corso del giudizio arbitrale»

In relazione alla prima ipotesi, la lettera del nuovo art. 829, comma 2, c.p.c. senza dubbio impone alla parte che intenda impugnare il lodo di sollevare l'eccezione di violazione del principio del contraddittorio nel corso del procedimento, pena l'impossibilità di impugnare il lodo per avvenuta sanatoria del vizio.

Nel caso invece di violazione che sia in grado di inficiare non solo un singolo atto, ma l'intero giudizio, la regola che impone di rilevare la nullità nella prima istanza o difesa successiva non sembra invece applicabile, dovendosi ritenere il vizio idoneo a essere rilevato in qualunque momento¹⁵⁸.

21. Una delle novità previste dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 è consistita nell'introduzione, all'interno del corpo delle disposizioni dedicate alla regolamentazione del procedimento arbitrale, di un apposito articolo dedicato alla "*Morte, estinzione o perdita di capacità della parte*".

La materia era in precedenza toccata *en passant* dall'art. 820 comma 3 c.p.c., il quale, trattando in generale dei "*Termini per la decisione*", prevedeva, in modo laconico, che in caso di morte di una delle parti gli arbitri disponessero di una proroga di trenta giorni per la pronuncia del lodo.

Proprio l'eccessiva sinteticità della norma previgente aveva reso necessaria – fermo restando che, secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie¹⁵⁹, la disciplina dell'interruzione non potesse applicarsi all'arbitrato proprio in virtù del dato testuale dell'art. 820 comma 3 c.p.c., il quale faceva riferimento esclusivo a una proroga del termine per la pronuncia del lodo – l'attività interpretativa della dottrina, al fine di individuare quali fossero le

158 È la lettura proposta da S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 856. Anteriormente alla riforma, per una lettura analoga, che distingue tra violazione del contraddittorio che abbia comportato la mancata conoscenza del giudizio arbitrale da parte del convenuto e violazione del contraddittorio che si risolve in nullità formale, v. G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005, 436 ss.

19 In giurisprudenza, si veda Cass. 9 settembre 2004, n. 18191, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 23, 87, la quale, affermando il principio dell'inapplicabilità degli artt. 299 e ss. c.p.c. in virtù dell'esistenza di una norma specifica di segno contrario, cassa la sentenza impugnata che aveva ritenuto applicabile, anche in arbitrato, la disciplina sull'interruzione del processo, in quanto l'art. 820 comma 3 c.p.c. sarebbe venuto in considerazione solo nella fase di decisione ma non nella precedente fase del giudizio arbitrale. In tal senso, in dottrina, *ex multis*, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 573; G.F. RICCI, "*Svolgimento del procedimento*", in *L'arbitrato* (a cura di F. CARPI), Bologna, 2001, 324; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 126; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale* (a cura di C. CECHELLA), Milano, 2006, 99. In senso contrario vedi però R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 312; *Id.*, *Processo arbitrale*, *ivi*, 2005, 807, secondo il quale l'applicabilità della disciplina dell'interruzione in arbitrato sarebbe non solo possibile ma addirittura necessaria – cioè non escludibile neppure in caso di volontà concorde delle parti o degli arbitri – in virtù della funzione che l'istituto svolge rispetto al principio del contraddittorio.

conseguenze del verificarsi, nel corso del procedimento arbitrale, di quegli eventi che, oltre alla morte della parte, provocano l'interruzione del processo¹⁶⁰.

A tal proposito, se era ragionevole ritenere che alla morte della parte potesse essere equiparata quella del suo rappresentante legale¹⁶¹, maggiori problemi si ponevano in relazione agli altri eventi interruttivi (perdita della capacità di stare in giudizio della parte o del rappresentante legale ovvero cessazione della rappresentanza).

In dottrina infatti si contrapponevano diverse posizioni, dato che alcuni autori¹⁶², sulla base della lettera della legge, ritenevano che il verificarsi dei predetti eventi non solo non determinasse l'interruzione del processo, ma neppure la proroga *ex lege* di 30 giorni, mentre altri¹⁶³ ritenevano che spettasse agli arbitri fissare un termine per la sanatoria del difetto sopravvenuto e altri¹⁶⁴ ancora ammettevano invece l'estensibilità dell'art. 820 comma 3 c.p.c. anche alle ipotesi non espressamente contemplate.

Allo stesso modo differenti opinioni erano riscontrabili in ordine all'eventualità che gli eventi previsti ex art. 301 c.p.c. colpissero l'avvocato della parte, nell'ipotesi in cui quest'ultima si fosse, per l'appunto, giovata di un difensore tecnico. Mentre alcuni autori¹⁶⁵ erano dell'opinione che nessun effetto fosse ricollegabile a eventi che colpissero il difensore, altri¹⁶⁶ ritenevano invece che l'art. 820 comma 3 c.p.c. si applicasse anche ai suddetti eventi. Tuttavia era sostanzialmente condivisa da parte degli interpreti la funzione da attribuire alla norma: la proroga del termine di 30 giorni per il deposito del lodo aveva ragione di essere esclusivamente nell'ottica di permettere al successore della parte colpita dall'evento interruttivo di prendere parte al procedimento in corso, in modo da potersi difendere nei confronti di un lodo che gli sarebbe stato in ogni caso opponibile¹⁶⁷. Per questo motivo – al

160 Sull'interruzione del processo, si veda: C. CALVOSA, *Interruzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino 1962, 926-935; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano 1963; A. FINOCCHIARO, *Interruzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Varese, 1972 428-454; A. SALETTI, *Interruzione del processo*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1989, §§ 1.-10. (pp. 1-12 dell'estratto); A. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 71-112; DEL SARTO, *Sub. artt. 299-305 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), II, Torino, 1997, 595-636; G.P. CALIFANO, *Sub. artt. 299-305 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato (aggiornamento)* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), I, Torino, 2001, 540-582; ID., *L'interruzione del processo civile*, Napoli, 2004.

161 Espressamente di «ragionevolezza» in ordine a tale equiparazione parla G. RUFFINI, *Sub art. 820 c.p.c.*, in *Codice di procedura commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), II, 2a ed., Milano 2000, 3464.

162 C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

163 G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. VERDE), 3a ed., Milano, 2005, 259; C. Punzi, *Disegno cit.*, I, 575 ss.

164 In tal senso E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 62.

165 A. BRIGUGLIO, *Sub art. 820 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE) cit., IV, 883; C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

166 E. FAZZALARI, *op. loc. cit.*; G.F. RICCI, *Svolgimento del procedimento cit.*, 346.

167 Non era infatti in discussione che, in caso di morte della parte, fosse possibile succedere non solo nel patto compromissorio, ma anche nel processo arbitrale, una volta che questo fosse iniziato, dato che il lodo era ritenuto opponibile al successore a titolo universale del *de cuius*: in tal senso, tra gli altri, T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 896; E. FAZZALARI, *op. loc. cit.* Differenti soluzioni

fine di tutelare il diritto di difesa dei successori – il verificarsi dell'evento era causa, in primo luogo, della nascita in capo agli arbitri dell'obbligo di non porre in essere alcun atto processuale finché non fosse trascorso il predetto termine.

Il semplice spirare del termine era, tuttavia, condizione necessaria ma non sufficiente per la corretta ripresa del procedimento: il processo sarebbe potuto correttamente proseguire solo nel caso in cui la parte non colpita dall'evento interruttivo, eventualmente invitata a ciò dagli arbitri, avesse dimostrato di aver portato il successore a titolo universale della controparte a conoscenza dell'evento occorso. *Nulla quaestio* se il successore, debitamente informato, avesse deciso di non prendere parte al procedimento. Qualora, invece, all'assenza del successore a titolo universale si fosse accompagnata l'impossibilità, a opera della parte non colpita dall'evento, di dimostrare di aver portato l'evento a conoscenza dello stesso, gli arbitri non avrebbero potuto far altro che emanare un lodo di rito per la mancata integrazione di un presupposto processuale¹⁶⁸. Con l'ovvia conseguenza che, qualora gli arbitri avessero emesso un lodo di merito, quest'ultimo sarebbe stato impugnabile da parte del successore a titolo universale.

22. Proprio l'insoddisfacente formulazione della norma previgente¹⁶⁹ – sebbene la legge n. 80 del 2005 non contenesse alcuna specifica delega in relazione alla materia in questione¹⁷⁰, salvo ritenere che la disposizione possa trovare la propria giustificazione nella generale esigenza di «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato», di cui parla l'art. 1 comma 3 lett. b)¹⁷¹ – ha indotto il legislatore delegato a dettare una disciplina che, nello stesso tempo, fosse maggiormente attenta al rispetto del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo ma non pedissequamente ricalcata su quella di cui agli artt. 299 ss. c.p.c.

venivano, invece, prospettate nell'ipotesi in cui il rapporto giuridico oggetto dell'arbitrato fosse relativo a un bene oggetto di legato. In quest'ultimo caso, secondo alcuni autori l'applicazione dei principi generali in tema di successioni escluderebbe l'applicabilità dell'art. 111 comma 2 c.p.c., in quanto norma derogatoria – e per questo motivo eccezionale – ai predetti principi, che prevedono il trasferimento diretto del bene (e quindi delle pretese a esso relative) in capo al legatario: così C. PUNZI, *Disegno* cit., I, 560 ss. Nel senso invece dell'individuazione, in ogni caso, del successore a titolo universale come prosecutore del processo: R. MARENGO, *Successione nel processo*, in *Enc. dir.*, LXIII, Milano, s.d. ma 1990, 1393 ss.; Id., *Processo arbitrale*, cit., 807.

168 A meno che, naturalmente, non avessero provveduto gli arbitri stessi ad avvertire i successori.

169 In relazione alla quale G. DELLA PIETRA, *Il procedimento* cit., 256-257 aveva sollevato dubbi di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 24 Cost., dal momento che, mentre il lodo era opponibile ai successori a seguito della successione nel patto compromissorio, mancava un meccanismo di informazione, così che era possibile che il procedimento proseguisse nella incolpevole ignoranza degli stessi successori, con la conseguente lesione del loro diritto di difesa.

170 In tal senso E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 256.

171 Così come suggerisce P.L. NELA, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI), II, Bologna, 2007, p. 1758, in nota.

Nulla avrebbe vietato al legislatore di prevedere l'estensione *tout court* all'arbitrato della disciplina dell'interruzione prevista per il processo di fronte al giudice dello stato¹⁷², anche in considerazione del fatto che tale estensione è espressamente prevista in ordinamenti vicini al nostro, tradizionalmente molto attenti al rispetto del principio del contraddittorio¹⁷³. Si è deciso invece di lasciare nelle mani degli arbitri l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare il contraddittorio, in modo da permettere, di volta in volta, all'organo giudicante di prendere le misure che, nel caso concreto, siano idonee a garantire il rispetto del diritto di difesa nel minore tempo possibile.

Né, del resto, la scelta di rimettere agli arbitri un così importante potere appare suscettibile di tradursi in un reale pericolo di mancato rispetto delle esigenze difensive delle parti. Gli arbitri saranno infatti tenuti ad adottare soluzioni ragionevoli e, qualora queste ultime abbiano in concreto provocato una lesione del principio del contraddittorio, il lodo conseguente sarà impugnabile ai sensi dell'art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c..

23. In base al tenore letterale, la disposizione dell'art. 816-*sexies* c.p.c. si applica qualora la parte venga meno per morte o altra causa ovvero perda la capacità legale; nulla viene detto in relazione ad altri eventi che possono occorrere alla parte e, soprattutto, in relazione ad altri soggetti (rappresentante legale e difensore tecnico) che possono partecipare al procedimento.

È pertanto necessario integrare e specificare il dettato normativo, prendendo le mosse dal dibattito relativo ai presupposti di applicazione dell'interruzione nel processo ordinario.

Quanto a eventi ulteriori a quelli presi in considerazione dalla norma e idonei a menomare il diritto di difesa della parte, in relazione alle persone fisiche, alla morte naturale dovranno equipararsi le situazioni di mancata conoscenza di permanenza in vita, ossia la dichiarazione di morte presunta, la scomparsa e l'assenza, mentre, per quanto riguarda le persone giuridiche (alle quali si riferisce l'inciso "altra causa"), all'estinzione¹⁷⁴ dovranno

172 Secondo alcuni autori (R. MARENGO, *op. loc. ult. cit.*) l'applicabilità della disciplina dell'interruzione in arbitrato sarebbe non solo possibile ma addirittura necessaria – cioè non escludibile neppure in caso di volontà concorde delle parti o degli arbitri – proprio in virtù della funzione che l'istituto svolge rispetto al principio del contraddittorio.

173 Il riferimento è all'ordinamento francese e in particolare all'art. 1465 NCPC, che, trattando della *interruption de l'instance arbitrale*, si limita ad affermare che la stessa *est régie par les dispositions des articles 369 à 376*, in questo modo rinviando *in toto* alla disciplina dell'interruzione del processo di fronte al giudice statale.

174 Se non vi sono dubbi in dottrina e in giurisprudenza che in relazione all'equiparazione dell'estinzione alla morte della persona fisica, non è altrettanto pacifico quale sia il momento in cui la fattispecie si perfezioni. Per una rassegna delle diverse posizioni si rinvia ad A. CAVALAGLIO, *Interruzione cit.*, 76-77.

equipararsi la fusione, la scissione e, limitatamente alla società incorporata, l'incorporazione¹⁷⁵.

Per quanto riguarda invece la perdita della capacità legale della parte¹⁷⁶, vengono in considerazione l'interdizione e l'inabilitazione, mentre l'incapacità naturale non ha effetto fintanto che non venga pronunciato provvedimento di interdizione o inabilitazione, peraltro sussistendo in capo al giudice un potere-dovere di trasmettere al p.m. gli atti di causa affinché possa assumere le iniziative eventualmente necessarie per la tutela dell'incapace¹⁷⁷. Qualora, peraltro, si dovesse ritenere che gli arbitri non siano dotati di un potere di trasmissione degli atti al p.m. analogo a quello del giudice, si potrebbe profilare una lesione del diritto di difesa della parte che si trovi in stato di incapacità naturale.

È altresì causa di interruzione attinente alla perdita di capacità, per le persone sia fisiche che giuridiche, il fallimento¹⁷⁸.

Passando alla figura del rappresentante legale, il legislatore delegato non ha speso parola in relazione alla posizione dello stesso. Non sembrano peraltro sussistere argomenti ostanti all'applicazione della norma anche nell'ipotesi in cui gli eventi descritti colpiscano il rappresentante legale¹⁷⁹.

Anche per quanto riguarda il rappresentante tecnico, attraverso il quale la parte abbia eventualmente deciso di costituirsi all'interno del processo, la disposizione in commento tace.

Ma il silenzio del legislatore appare maggiormente criticabile¹⁸⁰, in virtù dei differenti orientamenti che, sul punto, si erano manifestati in dottrina¹⁸¹. Appare tuttavia maggioritaria, tra i primi commentatori della riforma, l'interpretazione estensiva della norma, così che, correttamente, l'art. 816-*sexies* c.p.c. dovrà ritenersi applicabile anche qualora gli eventi interruttivi colpiscano il difensore¹⁸².

175 Fanno espresso riferimento all'incorporazione C. PUNZI, *L'interruzione* cit., 222 e ss. e A. SALETTI, *Interruzione* cit., 5; in senso contrario S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano 1959-1960, 401.

176 Da intendersi come parte in senso processuale, cioè come soggetto in grado di porre in essere validamente atti all'interno del processo.

177 Si veda in tal senso Corte costituzionale 19 novembre 1992, n. 468, in *Foro it.*, 1993, I, 1043, con nota di G. COSTANTINO.

178 Per una succinta disamina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale nonché della portata del nuovo art. 83 bis l.f., si veda *infra*.

179 Ritiene ragionevole l'equiparazione degli effetti degli eventi che possono occorrere alla parte e di quelli che possono occorrere al rappresentante legale G. RAMPAZZI, Sub art. 816-*sexies* c.p.c., in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), Padova 2006, 2204. Nello stesso senso L. SALVANESCHI, Sub art. 816-*sexies* c.p.c., in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1299.

180 Si vedano in tal senso le osservazioni di M. BOVE (- C. CECHELLA), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 78 e P.L. NELA, Sub art. 816-*sexies* c.p.c. cit., 1759.

181 Vedi, *supra*, § 21.

182 Così G. RAMPAZZI, *op. loc. cit.*; P.L. NELA, *op. loc. cit.*; L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

Nulla infine viene detto circa l'eventualità che venga meno o sia colpito da incapacità uno degli arbitri¹⁸³.

24. Come accennato nel paragrafo precedente, occorre trattare brevemente di un altro tema legato alla perdita di capacità della parte, ovvero l'assoggettamento al fallimento di una delle parti del processo arbitrale; tema, quest'ultimo, interessato dall'entrata in vigore del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha introdotto, da un lato, il terzo comma all'art. 43 l.f. (che stabilisce espressamente l'interruzione del processo in caso di apertura della procedura fallimentare) nonché, dall'altro, il nuovo art. 83-*bis* l.f., che prevede – nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria acceda a un contratto sciolto, a seguito della sentenza di fallimento, ai sensi degli artt. 72 ss. l.f. – la «non proseguibilità» del procedimento arbitrale. Quanto alla prima questione, era opinione comune – in relazione agli effetti della dichiarazione di fallimento di una delle parti del processo ordinario – che lo spossamento del fallito avesse come conseguenza la perdita della capacità di disporre anche processualmente dei propri beni: da ciò derivando, ai sensi dell'art. 43 comma 1 l.f., il subentro del curatore nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti patrimoniali e l'interruzione del processo in corso.

Tuttavia la giurisprudenza della Suprema corte distingueva tra l'ipotesi in cui il fallimento fosse dichiarato prima della costituzione in giudizio del fallito (nel qual caso l'interruzione era automatica¹⁸⁴) e l'ipotesi in cui, invece, il fallimento fosse dichiarato successivamente alla costituzione in giudizio. In quest'ultimo caso, infatti, partendo dal presupposto che la perdita della capacità processuale fosse relativa e non assoluta, la giurisprudenza riteneva che tale mutato *status* potesse essere fatto valere esclusivamente dal difensore del fallito ovvero dal curatore, ma non dal giudice d'ufficio ovvero dalla controparte¹⁸⁵.

Pertanto, qualora non si fosse attivato il difensore del fallito, il curatore aveva la possibilità di scegliere se proseguire il giudizio (potendo però, in questo caso, disconoscere gli atti processuali posti in essere dal fallito) ovvero disinteressarsi dello stesso. In quest'ultimo caso, il processo proseguiva tra le parti originarie, dando origine a una sentenza opponibile al fallito nel momento in cui fosse tornato *in bonis*¹⁸⁶, mentre il curatore avrebbe potuto giovare della sentenza in caso di esito positivo senza che, nell'ipotesi inversa, la stessa fosse opponibile alla massa creditoria.

183 Secondo P.L. NELA, *op. loc. cit.*, è comprensibile che non sia stata presa in considerazione dalla norma l'ipotesi di eventi occorsi agli arbitri, sia perché le parti e gli altri arbitri hanno la piena possibilità di procedere oltre, previa nomina di un nuovo arbitro, sia perché in tale evenienza sarebbe sufficiente quanto previsto dall'art. 820 comma 4 lett. d), che prevede – qualora si verificano modifiche della composizione del collegio arbitrale ovvero la sostituzione dell'arbitro unico - la proroga *ex lege* del termine del deposito del lodo.

184 Si veda, per esempio, 16 dicembre 2004, n. 23435, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 18, 89, con nota di MULLER e *Corr. giur.*, 2005, 1210.

185 In tal senso, tra le ultime, si vedano Cass. 12 maggio 2006, n. 11068 e Cass. 24 febbraio 2006, n. 4235.

186 In tal senso, Cass. 30 agosto 2004, n. 17418, in *Foro it.*, 2005, I, 3148.

A seguito della nuova disposizione, qualora sia in corso un processo avente a oggetto diritti patrimoniali ricompresi nel fallimento l'interruzione si verifica automaticamente¹⁸⁷ all'avverarsi dell'evento ed è rilevabile d'ufficio, indipendentemente dalla dichiarazione fatta in udienza dal difensore ovvero dalla sua notifica alle altre parti. Resta peraltro dubbio, qualora il procedimento prosegua, se la sentenza possa essere considerata affetta da nullità ovvero sia semplicemente inopponibile alla massa.

Occorre a questo punto domandarsi quali siano gli effetti della dichiarazione di fallimento di una delle parti del procedimento arbitrale e se la nuova disposizione sia applicabile allo stesso.

In virtù della lettera del "vecchio" art. 820 comma 3 c.p.c., era sostanzialmente pacifico in dottrina che il fallimento di una delle parti non comportasse l'interruzione del processo arbitrale: essendosi anzi sostenuto, da parte di alcuni autori¹⁸⁸, che non si potesse in questo caso applicare analogicamente la disciplina prevista dalla stessa disposizione, con la conseguente esclusione anche della proroga di 30 giorni per permettere al curatore di subentrare nel procedimento in sostituzione del fallito¹⁸⁹.

A tal proposito, dal momento che il nuovo art. 43 comma 3 l.f. è entrato in vigore successivamente all'art. 816-*sexies* c.p.c. e, come si accennava *supra*, non esiste alcuna ragione che rende incompatibile con l'arbitrato la disciplina dell'interruzione prevista per il processo ordinario, potrebbe ritenersi applicabile in via analogica l'art. 43 comma 3 l.f. in caso d'arbitrato, quanto meno nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria non acceda a un contratto che si sciogla a norma delle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l.f.¹⁹⁰.

Tuttavia è più corretto ritenere non applicabile all'arbitrato la disposizione di cui all'art. 43 comma 3 l.f., in quanto non possono sussistere dubbi sul fatto che il fallimento costituisca

187 Nonostante che, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., gli eventi che colpiscono la parte costituita e difesa da un rappresentante tecnico determinino l'interruzione del processo non in via automatica ma solamente a seguito della dichiarazione in udienza o notifica alle altre parti dell'evento da parte del procuratore, non sorgono dubbi che l'interruzione si verifichi automaticamente, anche in virtù di quanto afferma espressamente la Relazione introduttiva del d.lgs. n. 5 del 2006: "In sintonia al criterio di delega secondo cui occorre accelerare le procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare, si dispone che l'apertura del fallimento determina l'interruzione di diritto del processo evitando così che lo stesso possa essere interrotto a distanza di tempo qualora le parti informino formalmente il giudice ex art. 300 c.p.c.". In tal senso le indicazioni della dottrina:

188 Per esempio R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Milano, 1971.

189 Contraria la tesi di G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. VERDE) cit., 86 ss., secondo il quale la proroga *ex lege* si sarebbe dovuta applicare anche in caso di fallimento di una delle parti, con decorrenza del termine a partire dal giorno della comunicazione al curatore.

190 Sembra ritenere che la norma dell'art. 43 comma 3 sia applicabile analogicamente all'arbitrato, con conseguente interruzione del procedimento, nell'ipotesi in cui il contratto a cui accede la clausola compromissoria non venga sciolto A. GARRA, *Sub. art. 43 l.f.*, in *Il nuovo fallimento* (a cura di F. SANTANGELI), Milano, 2006, 219.

una delle fattispecie prese in considerazione dall'art. 816-*sexies* c.p.c., che non si limita a fare riferimento all'evento "morte" ma anche alla "perdita di capacità legale"¹⁹¹.

L'art. 816-*sexies* c.p.c. detta in sostanza una disciplina speciale per il procedimento arbitrale, non derogata dalla norma successiva relativa al processo ordinario.

Pertanto la dichiarazione di fallimento costituisce una delle ipotesi (forse la più frequente da un punto di vista statistico) in cui gli arbitri si troveranno di fronte alla necessità di prendere misure finalizzate alla tutela del contraddittorio¹⁹².

25. Per quanto riguarda invece il nuovo art. 83-*bis* l.f., rubricato «clausola arbitrale», la disposizione si limita ad affermare che «se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito».

La relazione introduttiva al d.lgs. spiega la disposizione con il «fine di evitare che il procedimento arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere».

Come è stato messo in evidenza dai primi commentatori, la norma suscita una serie di perplessità.

Innanzitutto non viene definita con chiarezza la sorte della clausola arbitrale che acceda a un contratto che si sciogla, dal momento che la non prosecuzione del procedimento in corso potrebbe di per sé non comportare la caducazione della clausola compromissoria, a cui il curatore continuerebbe a essere vincolato per le eventuali future controversie relative al contratto venuto meno¹⁹³. Il rispetto del principio di autonomia della clausola compromissoria, espressamente riconosciuto dall'art. 808, comma 2, c.p.c., imporrebbe di ritenere che la stessa sopravviva allo scioglimento del contratto, e di considerare pertanto eccezionale e non estensibile in via analogica la norma di cui all'art. 83-*bis* l.f. Sarebbe tuttavia illogico riconoscere alla clausola contrattuale una resistenza allo scioglimento del contratto maggiore di quella espressamente riconosciuta al procedimento in corso; ed è pertanto preferibile ritenere che dalla impossibilità di proseguire il procedimento – che si

191 In tal senso anche G. CANALE, *Sub art. 83-bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (diretto da A. JORIO), Torino 2006, 1347.

192 Misure che, qualitativamente, non saranno differenti da quelle prese nelle altre ipotesi previste dalla norma, dal momento che si tratterà in sostanza di sospendere il procedimento per avvertire il curatore della pendenza del giudizio.

193 In tal senso C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007 264.

verifica ogni volta in cui si scioglie il contratto a cui la clausola accede¹⁹⁴ – si debba *a fortiori* dedurre il travolgimento della clausola compromissoria¹⁹⁵.

Inoltre, non viene fatto cenno all'ipotesi in cui il procedimento arbitrale in corso sia scaturito, anziché da una clausola del contratto sciolto, da un compromesso, cioè da un accordo stipulato dalle parti successivamente all'insorgere della controversia. A tal proposito, la lettera della legge imporrebbe di desumere *a contrario* che l'art. 83-bis l.f. non si applichi all'ipotesi di controversia insorta a seguito di compromesso, con conseguente applicazione del regime generale della disciplina di cui all'art. 72 l.f. (sospensione del contratto – e quindi del procedimento in corso – in attesa della decisione del curatore di subentrare ovvero sciogliersi dal contratto)¹⁹⁶. Tuttavia la disparità di trattamento tra compromesso e clausola compromissoria è «incomprensibile»¹⁹⁷, cosicché sembra corretto ritenere che l'art. 83-bis l.f. si possa applicare estensivamente alle ipotesi in cui la controversia relativa a un contratto sciolto sia nata a seguito di compromesso.

Nulla infine viene detto sulla sorte dei contratti nei quali il curatore subentri.

Prima della riforma, la giurisprudenza riteneva che il curatore, il quale subentrasse in un contratto contenente una clausola compromissoria, fosse altresì vincolato all'arbitrato, in quanto la clausola veniva interpretata come un atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito nell'interesse anche di terzi e pertanto non estinguibile, ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c., per sopravvenuta revoca del mandato ovvero per perdita di capacità del mandante¹⁹⁸. Ferma restando, in ogni caso, l'impossibilità di proseguire quelle controversie che debbono, in virtù del loro oggetto, essere decise inderogabilmente all'interno della procedura fallimentare.

La soluzione appare percorribile anche a seguito della riforma, in quanto la nuova formulazione dell'art. 78, comma 2, l.f. prevede che il contratto di mandato si sciogla per il fallimento del mandatario ma lascia immutata la situazione per quanto riguarda il venir meno ovvero la perdita di capacità del mandante.

194 Secondo G. CANALE, Sub art. 83-bis l.f. cit., l'improcedibilità del giudizio arbitrale sarebbe limitata esclusivamente all'ipotesi in cui la controparte del fallito abbia proposto domande di condanna nei confronti del fallito, fermo restando che il procedimento arbitrale può essere proseguito dalla parte *in bonis* quando quest'ultima voglia ottenere una pronuncia di condanna, che sarà opponibile non alla procedura ma nei confronti del fallito.

195 Nello stesso senso A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico* (a cura di G. SCHIANO DI PEPE), Padova 2007, 278 ss.; L. RESTAINO, Sub. art. 83-bis l.f., in *La riforma della legge fallimentare* (a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI), Torino, 2006, I, 491-492; M.R. GRASSI, Sub. art. 83-bis l.f., in *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, I, 1049; M. LAZZARA, Sub. art. 83-bis l.f., in *Il nuovo fallimento cit.*, 367.

196 M. LAZZARA, Sub. art. 83-bis l.f. cit., 368; in via ipotetica M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, 1049.

197 Così testualmente C. CECHELLA, *op. loc. cit.*

198 Si vedano, tra le ultime, Cass. 8 settembre 2006, n. 19298 e Cass. 2 febbraio 2006, n. 2266.

In conclusione, se da un lato non sussistono dubbi circa la non applicabilità dell'art. 43, comma 3, l.f. in caso di procedimento arbitrale (in quanto derogato dalla *lex specialis* di cui all'art. 816-*sexies* c.p.c.), dall'altro lato la possibilità di utilizzare lo strumento arbitrale in caso di fallimento conosce non solamente i limiti derivanti dall'assorbimento di determinati oggetti all'interno della procedura fallimentare¹⁹⁹ ma anche, dopo l'entrata in vigore dell'art. 83-*bis* l.f., dell'impossibilità di decidere tramite arbitrato le controversie relative a contratti sciolti per legge o per scelta del curatore.

26. Dopo aver individuato i presupposti per la propria applicazione, l'art. 816-*sexies* c.p.c. descrive gli effetti, consistenti nella previsione, a favore degli arbitri, del potere di assumere le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio e del potere di sospensione del procedimento.

Come accennato, appare apprezzabile che il legislatore non abbia definito in modo puntuale il tipo di misure che si debbano adottare qualora si verifichi un evento «interruttivo», lasciando in mano agli arbitri il potere di decidere la misura che meglio si attagli al caso concreto. È, del resto, chiaro che nulla vieta agli arbitri di ispirarsi alla disciplina contenuta nel codice di procedura civile. A titolo d'esempio, qualora la parte venuta meno sia rappresentata da un difensore tecnico, non vi sarà automaticamente la necessità che gli arbitri prendano uno specifico provvedimento a salvaguardia del contraddittorio, quando risulti che l'avvocato della parte colpita dall'evento si sia attivato per avvertire gli eredi (magari presentandosi all'udienza successiva all'evento occorso con una memoria di costituzione accompagnata da procura degli stessi)²⁰⁰.

Altre volte, invece, la migliore soluzione applicabile potrà essere di segno opposto a quella contenuta nel codice di rito. Per esempio, anche qualora venga meno la parte costituitasi personalmente, gli arbitri potranno non adottare misure specifiche per salvaguardare il contraddittorio se risulta che i successori siano a conoscenza dell'evento e della pendenza della procedura arbitrale, mentre analoga circostanza che si verifichi nel corso del processo di fronte al giudice statale provoca, ai sensi dell'art. 300 comma 3 c.p.c., l'interruzione automatica.

Tuttavia è ragionevole ritenere che, nella maggioranza dei casi, sarà necessario per gli arbitri adottare un provvedimento a tutela della parte lesa dall'evento; e, del resto, è a provvedimenti di segno positivo che pensa il legislatore, quando parla di “misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio” e di ottemperanza alla stesse.

Quali possano essere tali misure non è difficile immaginare, dal momento che si tratterà, anzitutto, di rendere edotti i successori della parte venuta meno della pendenza del

199 Per esempio in relazione all'accertamento dei crediti o dei diritti reali e personali ovvero alle controversie che hanno a oggetto la fallibilità.

200 Con l'applicazione, quindi, di una disciplina non dissimile da quella prevista dall'art. 300 c.p.c.

procedimento arbitrale: obbligo, quest'ultimo, al quale possono astrattamente adempiere una delle controparti, gli arbitri ovvero – se presente – il rappresentante tecnico della parte venuta meno.

A tal proposito, l'ultima ipotesi appare nella pratica più facile da percorrere (ché anzi sarà normale che i successori avvertano il rappresentante tecnico dell'evento interruttivo), ma presenta l'inconveniente che gli arbitri si troverebbero a essere del tutto sforniti di strumenti per rimediare all'inottemperanza dell'avvocato che non provveda a comunicare agli eredi la pendenza del procedimento, salvo, in seconda battuta, provvedere loro stessi ovvero fare carico dell'incombente alla controparte.

Nulla invece vieta che possano provvedere personalmente agli arbitri²⁰¹. Tale ipotesi – già percorribile nella vigenza del vecchio art. 820 comma 3 c.p.c. – non può essere esclusa sulla base del comma 2 dell'attuale art. 816-*sexies* c.p.c., che prevede la possibilità per gli arbitri di rinunciare all'incarico qualora nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni per la prosecuzione del processo che gli arbitri abbiano eventualmente dato.

Infatti, da un lato, anche al verificarsi di uno degli eventi descritti dalla norma, nulla obbliga gli arbitri ad adottare un provvedimento e, qualora un provvedimento venga preso, nessuna norma impone agli arbitri di demandare a una delle parti la notificazione del provvedimento. Pertanto il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'articolo 816-*sexies* c.p.c. deve essere correttamente interpretato nel senso che gli arbitri avranno la possibilità di rinunciare all'incarico qualora abbiano emanato un provvedimento da portare a conoscenza dei successori della parte e nessuna delle controparti, alle quali era stato imposto di ottemperare, abbia provveduto²⁰².

Peraltro, la formulazione della disposizione fa intendere che, quanto meno agli occhi del legislatore, l'ipotesi più probabile sia quella dell'affidamento alle parti del compito di provvedere a quanto disposto dagli arbitri.

La possibilità per gli arbitri di adottare le misure idonee a garantire il contraddittorio presuppone, naturalmente, che il collegio arbitrale sia regolarmente costituito; non è pertanto presa in considerazione dalla norma l'ipotesi in cui l'evento «interruttivo» si verifichi dopo la notifica della domanda d'arbitrato ma prima della costituzione del collegio arbitrale²⁰³. In quest'ultimo caso, problemi non sembrano sorgere quando la nomina del collegio arbitrale sia affidato a un terzo ovvero sia affidata alla parte e quest'ultima abbia provveduto a nominare il proprio arbitro prima della perdita della capacità processuale: in entrambi i casi, infatti, vi è la possibilità di giungere alla formazione del collegio arbitrale, il quale, una volta

201 In tal senso F.P. LUISO – B. SASSANI, sub. *art. 816-sexies c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 294 e P.L. NELA, *op. cit.*, 1760.

202 Nel senso che dalla formulazione della disposizione non si possa desumere l'obbligo, per gli arbitri, di affidare necessariamente a una delle parti del procedimento l'ottemperamento alle misure indicate al fine della salvaguardia del contraddittorio anche P.L. NELA, *op. loc. cit.*

203 L'ipotesi del verificarsi dell'evento interruttivo tra la notifica della domanda d'arbitrato e la nomina del collegio arbitrale è espressamente analizzata da L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 1300.

costituito, avrà la possibilità di assumere i provvedimenti necessari per la prosecuzione del giudizio. Qualora, invece, l'evento colpisca la parte prima che la stessa abbia provveduto a nominare il proprio arbitro, si aprono due alternative: o all'atto di nomina provvederanno i successori della parte colpita dall'evento ovvero spetterà alla parte non colpita dall'evento notificare un nuovo atto di nomina ai successori della parte venuta meno²⁰⁴.

27. La parte finale del comma 1 dell'art. 816-*sexies* c.p.c. attribuisce agli arbitri la facoltà di sospendere il processo qualora si verifichi uno degli eventi descritti. L'inciso in oggetto merita un'attenzione particolare, non solo perché si tratta di una norma non prevista in precedenza, ma anche perché, in primo luogo, necessita di essere coordinata con l'art. 819 *bis* c.p.c. (che regola la sospensione del procedimento arbitrale) e, in secondo luogo, occorre capire l'esatto inquadramento di una sospensione generata da eventi *lato sensu* interruttivi.

Anzitutto è logico ritenere che la sospensione sia in ogni caso un provvedimento ancillare rispetto a differente e ulteriore provvedimento che gli arbitri prenderanno per tutelare il contraddittorio. Infatti, qualora gli arbitri ritengano di non adottare alcun provvedimento, sembra difficile (anche se teoricamente possibile) che si limitino a sospendere *tout court* il procedimento. Qualora, invece, sia necessario attivare un meccanismo per rendere noto ai successori della parte la pendenza del processo, gli arbitri avranno tutto l'interesse a sospendere il procedimento (e, di conseguenza, il termine per la pronuncia del lodo).

Più problematico appare, a prima vista, il coordinamento tra gli artt. 816-*sexies* e 819-*bis* c.p.c.

Il tenore letterale di tale ultima disposizione, infatti, che rende «Ferma l'applicazione dell'art. 816-*sexies*», non è di per sé idoneo a far ritenere non estendibili alla sospensione prevista dall'articolo 816-*sexies* c.p.c. gli effetti in essa descritti (estinzione del procedimento qualora nessuna delle parti depositi istanza di prosecuzione del processo entro il termine fissato dagli arbitri ovvero entro un anno della cessazione della causa di sospensione).

All'applicabilità dell'art. 819-*bis* c.p.c. alla sospensione di cui all'art. 816-*sexies* si sono tuttavia opposti alcuni commentatori, ponendo l'accento sul fatto che quest'ultima disposizione non prevede alcunché in relazione alla fase successiva la sospensione e desumendo, da tale differenza, l'inapplicabilità della disciplina relativa alla sospensione.

L'argomento letterale - il mancato richiamo, da parte dell'art. 816-*sexies*, dell'art. 819-*bis* - non appare però decisivo al fine di escludere l'applicazione della disciplina generale della sospensione; occorre, pertanto, reperire ulteriori e sostanziali ragioni che rendano inapplicabile la disciplina generale della sospensione a una ipotesi di sospensione normativamente prevista.

204 *Id.*, *op. cit.*, 1300-1301.

Anzitutto occorre notare che, mentre la sospensione di cui all'art. 819-*bis* c.p.c. è un atto dovuto da parte degli arbitri qualora si verificano i presupposti previsti nel comma 1 della disposizione, la sospensione di cui all'art. 816-*sexies* è facoltativa e non obbligatoria.

Ma, soprattutto, a sostegno della tesi dell'inapplicabilità di cui all'art. 819-*bis* c.p.c. alla sospensione facoltativa gioca la previsione della possibilità per gli arbitri di rinunciare al mandato qualora le parti non ottemperino alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio.

Tale meccanismo, infatti, non avrebbe ragione d'essere se si applicasse la disciplina dell'art. 819-*bis* c.p.c., la quale prevede la chiusura in rito del processo qualora le parti non manifestino la volontà di proseguire il processo attraverso il deposito di un'istanza di prosecuzione nel termine stabilito dagli arbitri ovvero, in assenza di questo, nel termine di un anno. L'attribuzione del potere agli arbitri di rinunciare al mandato a seguito della sospensione è logicamente incompatibile con la previsione dell'estinzione automatica del processo per fatti indipendenti dalla volontà degli arbitri.

Resta, peraltro, da spiegare perché il legislatore abbia optato, in presenza di eventi «interruttivi», per la sospensione anziché per l'interruzione, in quanto, da un lato, non ci sono ragioni che *a priori* rendano incompatibile l'istituto dell'interruzione con il procedimento arbitrale e, dall'altro, in virtù del richiamo che l'art. 304 fa all'art. 298 c.p.c., le discipline dei due istituti non si differenziano quanto agli effetti.

La risposta al predetto quesito va cercata, probabilmente, nella minore “invasività” del provvedimento di sospensione rispetto a quello di interruzione (da considerarsi automatico al verificarsi dei presupposti), in modo da coordinare il necessario rispetto del principio del contraddittorio con le esigenze di maggiore celerità possibile del procedimento.

28. Come accennato nel paragrafo precedente, ai sensi dell'art. 816-*sexies* comma 2 è data facoltà agli arbitri di rinunciare all'incarico qualora le parti non abbiano ottemperato alle disposizioni emesse per la prosecuzione del giudizio.

La Relazione illustrativa spiega che «per evitare un eccessivo appesantimento del vincolo che gli arbitri assumono accettando l'incarico, la norma prevede che, nel caso in cui nessuna delle parti ottemperi alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possano rinunciare all'incarico». Secondo alcuni autori²⁰⁵ il secondo comma dell'art. 816-*sexies* c.p.c. presuppone che gli arbitri abbiano sospeso il procedimento. Secondo altri autori²⁰⁶, tuttavia, la possibilità per gli arbitri di rinunciare all'incarico a seguito dell'inottemperanza delle parti alle disposizioni predisposte per la prosecuzione del giudizio non presupporrebbe la sospensione del giudizio. La prima interpretazione appare preferibile, anche perché, da un punto di vista etimologico, sembra difficile sostenere che il termine

205 F.P. LUISO – B. SASSANI, *op. loc. cit.*

206 P.L. NELA, *op. cit.*, 1762.

“prosecuzione” non presupponga un *iter* che si sia momentaneamente sospeso per poi riprendere.

Apprezzabile è poi il fatto che agli arbitri sia stata attribuita una facoltà di rinuncia e non imposto un obbligo. Tale scelta infatti è in piena sintonia con la filosofia seguita dal legislatore della riforma nella redazione della norma (cioè la previsione di norme elastiche anziché di norme formali e obblighi cogenti) e, del resto, nulla vieta agli arbitri di affidare alla parte non colpita dall’evento l’obbligo di porre in essere le misure individuate per la salvaguardia del contraddittorio e, in caso di inottemperanza, di provvedere essi stessi.

È stato messo in evidenza che la norma non impone agli arbitri l’obbligo di assumere uno specifico provvedimento di chiusura del procedimento: provvedimento che invece sarebbe necessario per evitare l’insorgere di una serie di incertezze (relativamente alla cessazione della litispendenza, alla liquidazione dei compensi e alla cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale)²⁰⁷.

Si può notare però che un provvedimento motivato, attraverso il quale gli stessi rinunciano all’incarico per mancata ottemperanza delle misure impartite per la tutela del contraddittorio, finisce per coincidere con un provvedimento di chiusura del procedimento, senza che vi sia pertanto la necessità di un atto *ad hoc*.

207 *Id.*, *op. loc. cit.*

PARTE 2) L'ARBITRATO CONTRATTUALE. 1. La sentenza Cass. Torino 27 dicembre 1904; 2. Segue. *Ratio* della predetta sentenza; 3. Opinioni dottrinali favorevoli alla validità degli arbitrati contrattuali; 4. Segue. La teoria contrattualistica pura; 5. Opinioni dottrinali contrarie all'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale; 6. La posizione della giurisprudenza; 7. L'intervento del legislatore del 1942; 8. La posizione della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942: la tesi dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento; 9. Segue. Tesi di autori che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria dell'arbitrato, rifiutano l'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio nella transazione; 10. La posizione della giurisprudenza: le prime sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito dell'arbitrato contrattuale; 11. La teoria cd. unitaria dell'arbitrato: le tesi di Carnacini e Fazzalari; 12. Segue. La diffusione in dottrina della teoria cd. unitaria; 13. L'evoluzione giurisprudenziale successiva all'affermazione della teoria cd. unitaria; 14. La riforma dell'arbitrato: il nuovo art. 808-ter c.p.c.; 16. Il principio del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale a seguito della riforma.

1. L'analisi dell'estensione del principio del contraddittorio nell'ambito dell'arbitrato contrattuale presuppone una breve disamina delle differenti ricostruzioni che, dell'istituto, sono state date nel corso degli anni, dal momento che, a un differente inquadramento, corrisponde una differente disciplina dei principi che lo regolano.

Punto di partenza necessario è una sentenza della Corte di Cassazione torinese del 27 dicembre 1904²⁰⁸, la quale, per la prima volta in modo esplicito²⁰⁹, ha riconosciuto la validità dei compromessi e dei lodi privati emessi senza il rispetto delle forme previste in tema di arbitrato regolato dal codice di procedura civile.

La Corte torinese, richiesta di pronunciarsi sull'efficacia giuridica del responso dato da un collegio di probiviri di un'associazione industriale e relativo a una controversia tra alcuni

²⁰⁸ In *Foro it.*, 1905, I, 366 ss.; *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss., con nota adesiva di P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*.

²⁰⁹ In verità il fenomeno degli arbitrati non formali cominciò timidamente a diffondersi in Italia già a partire dagli anni immediatamente successivi alla riunificazione e a incrementarsi a partire dagli anni '80 del 1800, in concomitanza con il crescente processo di industrializzazione del nostro paese (per un'analisi delle ragioni «strutturali» dell'emergere dell'istituto si rinvia all'approfondita indagine di G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano 1978, in particolare § 2) e a trovare riscontri giurisprudenziali almeno indiretti già prima della citata sentenza della Cassazione torinese. Si vedano, a titolo d'esempio, Cass. Torino 12 ottobre 1893, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 134 ss., per la quale «nessun principio di ordine pubblico si oppone a che le parti, libere in tal caso di regolare come meglio credono i loro particolari rapporti, si rimettano ad un unico mandatario per definire talune divergenze e liquidare i loro conti» ma, soprattutto, App. Milano 15 giugno 1904 (poi confermato da Cass. Torino 27 dicembre 1904, cit. e riportato in *Foro it.*, 1905, I, 366 ss. (in nota) nonché *Mon. trib.*, 1904, 566 ss.), il quale, riformando la sentenza impugnata, affermava la validità, sul piano contrattuale, di una clausola contrattuale rimettente le eventuali controversie sorgenti tra le parti a un collegio di probiviri senza il rispetto delle norme regolanti l'arbitrato rituale.

membri, riteneva infatti che la stipulazione di un patto finalizzato alla risoluzione di una controversia, previo impegno assunto dalle parti di accettare la decisione e di considerarla tra esse convenuta, non fosse contrario ad alcuna disposizione di legge.

Argomentano i giudici che «vi sono diverse maniere di risolvere le controversie» e, in particolare, oltre a quella del giudizio di fronte ai magistrati dello Stato e a quella, in base a diritto ovvero a equità, di fronte agli arbitri secondo le forme del codice di procedura, vi è una terza maniera, ove «non si fa luogo ad un giudizio, ma la risoluzione si ottiene per effetto della concorde volontà delle parti indipendentemente da ogni forma procedurale».

«Se infatti» - continuano i giudici - «è indubbiamente lecito alle parti di risolvere concordemente una controversia, mettendo le basi d'una risoluzione tra loro concordata, perché non potrà essere lecito alle medesime di accettare preventivamente quelle basi che verranno stabilite da un collegio di persone di loro comune fiducia, obbligandosi a considerarle come stabilite convenzionalmente fra di loro? La legge non vieta in guisa alcuna questo consenso anticipato a ciò che venisse da altri stabilito».

La risoluzione della controversia non è, a differenza di quella attuata tramite il patto compromissorio rituale, di tipo giudiziale e, pertanto, «quando le parti scelgono la via del componimento amichevole ancorché per mezzo di terze persone di comune fiducia, le norme di procedura più non sono applicabili, perché non si fa luogo ad un vero e proprio giudizio contenzioso, e il responso dei probiviri non è una sentenza e non può avere altro valore che quello di una risoluzione contrattuale».

Con la conseguenza che, non essendo il responso «una sentenza, e neppure atto contrattuale ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, non potrebbe servire di titolo esecutivo per poter dar luogo ad esecuzione forzata».

2. Si è ritenuto opportuno riportare i passi più salienti della motivazione non solo in quanto è la prima sentenza di una Corte di cassazione che riconosce la validità dell'arbitrato contrattuale, ma anche perché gli argomenti addotti a sostegno della validità dell'istituto sarebbero stati destinati ad aprire un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il ragionamento alla base della motivazione può essere schematizzato in questo modo.

Presupposto di partenza è la teoria, concordemente condivisa all'inizio del secolo scorso, che attribuisce esclusivamente allo Stato l'attuazione del diritto oggettivo.

Lo Stato esprime la propria sovranità non solo attraverso il potere legislativo, ma anche attraverso il potere giudiziario, che ne costituisce proseguimento necessario e immancabile corollario. Pertanto l'attuazione del diritto può avvenire esclusivamente attraverso la via giurisdizionale²¹⁰, in forma diretta (attraverso i magistrati dello Stato) ovvero in forma indiretta (cioè attraverso l'arbitrato regolato dal codice, al quale viene comunque riconosciuta la natura di istituto giurisdizionale).

²¹⁰ È questa la tesi, per es., di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3ª ed., Milano, s.d., ripetuta in vari passi della sua opera (v. I, nn. 16, 32, 64, II, n. 10).

In tale ottica, l'ordinamento accettava l'abbandono della via per così dire naturale di attuazione del diritto oggettivo a patto del rispetto di una serie di regole previamente fissate dalla legge, relative al patto compromissorio, al procedimento di fronte agli arbitri nonché all'atto conclusivo del giudizio, il lodo, di per sé idoneo non solo ad avere efficacia esecutiva, ma anche meramente obbligatoria tra le parti, se non depositato nei 5 giorni successivi alla sua emanazione nella cancelleria del pretore, ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, attraverso il quale il lodo veniva a essere pienamente equiparato a una sentenza giudiziale²¹¹.

Tuttavia la conseguenza di tale pacifico presupposto non è l'impossibilità di risolvere le controversie in modo diverso da quello giurisdizionale, in quanto le parti – in virtù del riconosciuto principio di libertà di cui godono i cittadini in uno stato di matrice liberale – hanno la possibilità di risolvere le proprie controversie da sole ovvero anche attraverso propri fiduciari, legati alle parti da un rapporto assimilabile al contratto di mandato, i quali, sebbene non possano, neppure mediatamente, pronunciare una sentenza, sono invece legittimati a risolvere contrattualmente il contrasto.

3. La citata sentenza veniva accolta favorevolmente dal primo commentatore²¹², il quale, annotandola, concordava con i giudici nel considerare validi compromessi e lodi contrattuali, non ostando a tale conclusione l'esistenza dell'arbitrato rituale («ma perché il nostro legislatore si è compiaciuto di ordinare un simile istituto nel nostro diritto pubblico si deve ritenere che egli abbia voluto restringere la facoltà di regolare *ad libitum*, nei limiti fatti leciti dal diritto delle obbligazioni, i propri rapporti alla stregua della volontà di un terzo?»²¹³). Si argomenta infatti che, pur essendo la giurisdizione funzione statale, ciò non comporta che la funzione logica del giudizio sia a esclusivo appannaggio dello Stato. Ciò che spetta in maniera esclusiva allo Stato (anche mediatamente, cioè attraverso gli arbitri rituali, i quali agiscono come privati momentaneamente in veste ufficiale) è il potere di pronunciare sentenze, dotate di forza esecutiva e idonee al passaggio in giudicato, ma non il giudizio, comunque idoneo a essere imperativo tra le parti. Una cosa è la giurisdizione, altra «la funzione del giudicare nel senso di emettere un pronunciato che obbliga»²¹⁴: in relazione a tale ultima funzione, nessun diritto dello Stato viene leso se una controversia viene portata pregiudicata di fronte a un giudice, essendosi le parti previamente accordate per accettare, come se fosse stato da loro emessa, la pronuncia di un terzo.

Ma, già prima di Bonfante, anche Mortara²¹⁵, sul presupposto dell'esistenza del principio della libertà delle convenzioni, si era pronunciato a favore della libertà di garantire ai privati

²¹¹ v. art. 24 c.p.c. 1865.

²¹² P. BONFANTE, *Dei compromessi* cit.

²¹³ ID., op. cit., 47.

²¹⁴ ID., op. cit., 48.

²¹⁵ V. *Commentario* cit., II, 42.

«la facoltà di deferire le controversie alla decisione di terzi, o per meglio dire, di convenire che la volontà del terzo sarà accettata dalle parti a risoluzione del loro contrasto». Tuttavia l'efficacia attribuita a tale decisione, nell'ottica dell'autore, sarebbe sostanzialmente nulla, dal momento che, pur essendo possibile per la parte vittoriosa richiedere giudizialmente l'adempimento del lodo e il risarcimento dei danni, alla parte riluttante a porre in essere quanto stabilito dalla volontà del terzo, convenuta in giudizio, dovrebbe essere riconosciuta piena libertà di difesa, ossia la possibilità di «rinnovare dinanzi al magistrato la discussione di tutta la controversia»; con l'ovvia conclusione che «il compromesso ne sarebbe un inutile, e forse nocivo, episodio». Tale tesi, che afferma l'astratta validità della risoluzione contrattuale di una controversia per poi negare, però, qualsiasi concreta efficacia al lodo contrattuale, rimaneva però isolata.

Si esprime in modo favorevole alla validità degli arbitrati senza le forme rituali anche Cogliolo²¹⁶, il quale, annotando la sentenza del Tribunale di Genova 15 giugno 1915²¹⁷, afferma che se le parti non vogliono un lodo con effetti giurisdizionali ma «una decisione con tanti effetti per quanti ne furono preventivamente fissati nel mandato, non vedo perché noi giuristi ci si debba opporre». In tale ottica il compromesso non rituale viene considerato pienamente valido anche quando si tratta di risolvere una controversia (giuridica), dal momento che non contrasta con la sua natura di mandato che i contraenti abbiano opposte pretese, in quanto, in questo caso, oggetto del mandato è la risoluzione, mediante equità o anche attraverso l'applicazione del diritto²¹⁸, di una determinata questione, alla quale hanno interesse tutte le parti.

Anche De Semo²¹⁹ è favorevole alla validità degli arbitrati contrattuali, inquadrando il rapporto tra le parti e gli arbitri nella figura del mandato (affidato dalle parti collettivamente agli arbitri al fine di definire una controversia) e desumendo dal silenzio del codice in relazione ai lodi contrattuali non la nullità ma l'impossibilità per gli stessi di usufruire degli effetti propri del lodo-sentenza: «il silenzio intorno ai lodi liberi ben potrebbe significare che essi non possono usufruire di cotesti [cioè di quelli propri della funzione giurisdizionale] effetti determinati, e inoltre che i lodi medesimi, insieme col relativo compromesso, germogliano dall'estesissimo campo delle convenzioni».

²¹⁶ P. COGLIOLO, *Arbitrati senza le forme rituali*, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496 ss; *Id.*, *Clausole arbitrali imperfette*, *ibidem*, 1924, II, 102 ss.

²¹⁷ Della quale si riporta la massima: «In materia commerciale oltre al vero e proprio compromesso è pienamente valido il mandato a transigere affidato da due o più persone ad un terzo o colla forma di una bianco-segno, o anche con espresso mandato di transigere le controversie insorte tra le parti. Questa forma di transazione è pienamente valida anche senza l'adempimento delle formalità stabilite dal codice di procedura civile per il vero e proprio compromesso».

²¹⁸ *Id.*, *Ancora una parola sugli arbitrati non rituali*, *ibidem*, 1924, I, 237-238.

²¹⁹ G. DE SEMO, *Compromesso - "Arbitrium boni viri" - Mandato peritale*, in *Dir. comm.*, 1915, I, 17 ss.

Più ampia e articolata è stata la posizione espressa da Antonio Scialoja²²⁰, il quale, dopo aver salutato con favore il fenomeno dell'arbitrato contrattuale, si poneva la questione dell'inquadramento delle «controversie giuridiche affidate a giudici privati, senza le forme e il procedimento dell'arbitrato compromissorio». Tale autore, pur ritenendo che non si possa dubitare della generale validità delle convenzioni dirette a porre in essere un giudizio di un terzo, parte comunque dal presupposto che spetti esclusivamente allo Stato, come corollario del potere legislativo, il potere di pronunciare sentenze e la attuazione del diritto oggettivo (cioè la risoluzione delle controversie giuridiche mediante l'applicazione del diritto). Ciò, tuttavia, non significa che allo Stato spetti anche la risoluzione dei conflitti *tout court*. La legge infatti ammette la possibilità che le controversie siano decise non attraverso l'applicazione del diritto, ma secondo equità. Se, pertanto, l'ordinamento permette alle parti di rinunciare all'applicazione del diritto oggettivo, non c'è motivo per sostenere che il giudizio di equità possa essere espresso soltanto da arbitri formali (ponendo capo cioè a un lodo giurisdizionale), in quanto una tale conseguenza costituirebbe un'inammissibile restrizione della libertà delle parti, le quali invece hanno pienamente il diritto di risolvere contrattualmente le loro controversie. L'attività svolta dall'arbitro rituale e dall'arbitro libero, quando giudicano secondo equità, è nella sostanza identica, distinguendosi soltanto per l'efficacia (quella di sentenza, questa di contratto) del prodotto finale.

Differente la ricostruzione offerta da Scaduto²²¹, che distingue nettamente la posizione dell'arbitro, il quale opera nell'ambito del diritto pubblico ed è chiamato a decidere un contrasto, da quella dell'arbitratore, il quale invece opera nel campo del diritto privato e «non emette la sua pronuncia nel dissenso delle parti, ma fissa un elemento nell'accordo delle parti o addirittura concreta l'accordo»²²².

Fissata la predetta distinzione, l'autore inquadra l'arbitrato contrattuale all'interno della figura dell'arbitraggio²²³: attraverso la stipulazione del compromesso contrattuale le parti eliminano la controversia («nei cosiddetti compromessi irrituali, in quanto si ricorre agli arbitratore, si fa mancare la controversia e quindi la sua risoluzione»²²⁴), sia essa giuridica o meramente economica, e si accordano al fine della composizione della stessa, nei termini che saranno stabiliti dal terzo²²⁵.

²²⁰ A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496.

²²¹ G. SCADUTO, *Gli arbitratore nel diritto privato*, estratto dagli *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, 89 ss. Sostanzialmente analoga è la posizione espressa da LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitri* (estratto dagli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, 1931-32, vol. VI), Messina, 1933, 16 ss.

²²² *Id.*, *op. cit.*, 106.

²²³ Alla costruzione dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio si richiamano espressamente anche altri autori: v., per es., P. D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti all'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 349.

²²⁴ *Id.*, *op. cit.*, 104.

²²⁵ Occorre, peraltro, sottolineare come, nell'ottica dell'autore, la determinazione sia effettuata, mediamente e senza incertezze, dalle parti stesse nel momento in cui affidano al terzo come criterio di

Nel senso dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale all'interno del contratto di transazione si era pronunciato Calamandrei²²⁶, secondo il quale, quando le parti concludono un compromesso con il quale autorizzano gli arbitri a decidere come amichevoli compositori, implicitamente intendono rinunciare a esigere fino in fondo quello che avrebbero potuto richiedere in caso di applicazione delle norme di diritto: «le parti, invece di determinare esse stesse il contenuto della transazione, affidano a un terzo, che è appunto l'arbitro amichevole compositore, l'ufficio di fissare i termini specifici dell'accordo di volontà genericamente documentato nel compromesso». Continuava Calamandrei affermando che «questa speciale forma di compromesso si può paragonare a una transazione «in bianco», e l'amichevole compositore, quando riempie, secondo l'incarico avuto dalle parti, ha posizione analoga a quella dell'*arbitrator*, in quanto anch'egli è chiamato a completare un negozio giuridico lasciato volontariamente indeterminato dai contraenti in uno dei suoi elementi»²²⁷.

Molto simile è la proposta ricostruttiva proposta da Parenzo²²⁸, il quale parte dall'assunto che, se è possibile per le parti rinunciare alla tutela giuridica, allo stesso modo deve essere loro riconosciuta la possibilità di rimettersi alla volontà di un terzo al fine di chiedere non una decisione sui loro diritti, ma la determinazione dei rapporti che devono formarsi tra le parti stesse a seguito della rinuncia alla tutela giuridica. L'arbitrato contrattuale allora altro non è che un arbitraggio nella transazione e il lodo una pronuncia resa su una controversia che non è più giuridica, bensì economica, proprio in virtù della transazione che ha eliminato la lite: «la transazione compone una controversia giuridica, ma – nell'atto stesso che la compone, e per poterla comporre – le toglie la qualifica di giuridica, riducendola un semplice conflitto di interessi»²²⁹. Da tale impostazione deriva, da un lato, che l'arbitro contrattuale deve decidere col metro dell'*aliquo dato aliquo retento* (non potendo cioè accogliere integralmente le pretese di una delle due parti), dall'altro che presupposto dell'arbitrato contrattuale è una rinuncia delle parti alla tutela giuridica delle proprie pretese. Ancora differente è la ricostruzione effettuata da Ascarelli²³⁰. Anche tale autore, alla pari di quelli precedentemente citati, si muove nell'ambito della teoria giurisdizionalistica, ritenendo che l'arbitro rituale sia un vero e proprio giudice, designato dalle parti e investito dalla legge del potere di determinare il contenuto logico della sentenza. L'arbitratore,

risoluzione della controversia *l'arbitrium boni viri* (cd. determinazione astratta, non coincidente con la determinabilità), dal momento che l'applicazione del predetto criterio non ammetterebbe che un'unica determinazione.

²²⁶ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, 252 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 1 ss.

²²⁷ *Id.*, *op. cit.*, 28-29.

²²⁸ E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 130 ss.

²²⁹ *Id.*, *op. cit.*, 143.

²³⁰ T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205; *Id.*, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. it. sc. comm.*, 1936, 1 ss., ora in *Studi cit.*, 233 ss.

invece, si caratterizza per il tipo di attività, costitutiva, che pone in essere: egli, sulla base di un potere attribuitogli dalle parti e che le parti stesse potrebbero esercitare, fissa con un proprio atto di volontà – il quale vale immediatamente tra le parti come se fosse stato dalle stesse emanato – il contenuto di un contratto già sussistente: è all'interno di tale ultima figura che deve essere inquadrato l'arbitrato contrattuale, che consisterebbe in un arbitraggio applicato al negozio di accertamento, cioè al negozio finalizzato ad accertare un rapporto giuridico già esistente tra le parti. L'inquadramento come arbitraggio nel negozio di accertamento – categoria generale, all'interno della quale trova posto anche la transazione –, anziché nella transazione, si giustifica in quanto non necessariamente il patto di deferire la controversia agli arbitri contrattuali presupporrebbe l'esistenza di una lite né sarebbero necessari i requisiti formali e sostanziali (*aliquid datum, aliquid retentum*) richiesti per il contratto di transazione. Pertanto attraverso l'arbitrato contrattuale le parti, incerte sul modo di essere dei loro rapporti, affidano un potere contrattuale di accertare la realtà degli stessi a uno o più terzi – al cui *dictum* le parti si riportano *per relationem* –, i quali non saranno chiamati ad applicare norme di diritto ma a effettuare un accertamento negoziale: «gli arbitratori decidono bensì una controversia giuridica, ma la decidono prescindendo dalla soluzione, di diritto o di equità, approntata dall'ordinamento: la decidono come controversia economica. Essi non dichiarano già quale sia la soluzione approntata, sia pure indirettamente, dal diritto per quella controversia; essi prescindono da quella soluzione, risolvendo la controversia col porre in essere un nuovo negozio giuridico e ciò in base a un potere che deriva loro direttamente dalle parti e non dall'ordinamento giuridico stesso»²³¹. Riporta l'arbitrato contrattuale alla figura del mandato finalizzato all'accertamento anche Ferrara Santamaria²³², secondo il quale, dal principio di autonomia contrattuale, discende la possibilità di affidare a terzi, la cui opera è assunta dalle parti come se fosse fatta dalla parti stesse, la redazione di un negozio di accertamento, da sovrapporsi al primo negozio preesistente. Sottolinea come il tratto distintivo tra arbitrato rituale e arbitrato contrattuale non sia a livello strutturale (essendo entrambi finalizzati a risolvere una controversia su diritti disponibili) ma effettuale (il lodo rituale, a seguito del decreto del pretore, acquista efficacia esecutiva mentre il lodo contrattuale ha efficacia meramente negoziale) Andrioli²³³, il quale, inoltre, attribuisce la stessa funzione integratrice del contratto che è propria dell'arbitraggio al lodo contrattuale, «perché esso costituisce l'ultimo anello del contratto di accertamento con fattispecie a formazione successiva, nel quale si sostanzia l'arbitrato irrituale»²³⁴. Pertanto la differenza tra arbitrato rituale, da un lato, e arbitrato contrattuale e arbitraggio, dall'altro, è esclusivamente di efficacia giuridica.

²³¹ Id., *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi* cit., 338.

²³² M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli 1937, 134 ss.

²³³ V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi*, in *Foro it.*, 1940, I, 814.

²³⁴ Id., *op. cit.*, 815.

Riporta invece l'arbitrato contrattuale a un contratto di transazione redatto da un terzo in nome e per conto delle parti (*id est*: arbitraggio nella transazione) Barbareschi²³⁵; comune anche a questo autore è l'idea, già sostenuta da Ascarelli, che la controversia giuridica sia decisa alla stregua di una controversia economica: «la transazione ... è precisamente, a nostro avviso, il mezzo che la legge dà alle parti per trasformare il conflitto di interessi qualificato (lite) in un conflitto di interessi semplice, e così di comporlo come un contratto, anziché far intervenire il giudice a emanare la decisione»²³⁶. Pertanto, «nel momento in cui esse [le parti] prendono d'accordo una simile decisione, si può ben dire che la lite ha cessato di esistere, e rimane solo un conflitto economico, nel quale pertanto, se interviene un terzo, questi non solo non interviene, ma non potrebbe nemmeno legittimamente intervenire come vero arbitro; non potrebbe perché andrebbe contro la volontà stessa delle parti, le quali non gli domandano una decisione né giuridica né equitativa, bensì la determinazione del *datum* e del *retentum* (che può anche benissimo chiamarsi il *prezzo* della reciproca rinuncia alla lite)»²³⁷.

4. Un posto a parte, tra i sostenitori della validità degli arbitrati contrattuali, meritano i fautori della teoria cd. contrattualistica pura dell'arbitrato, che arrivano ad affermare la validità del fenomeno partendo da una impostazione opposta rispetto a coloro che aderiscono alla teoria cd. giurisdizionalista. Come abbiamo visto, punto di partenza delle varie posizioni sin qui analizzate è la tesi secondo la quale l'attuazione del diritto oggettivo spetti esclusivamente al magistrato statale ovvero, in subordine, all'arbitro rituale, il quale applica opera nello stesso identico modo in cui opererebbe un giudice.

Alfredo Rocco²³⁸, ponendosi il problema di distinguere il concetto di sentenza da altri a essa limitrofi, analizza il lodo arbitrale, il quale veniva definito «sentenza» dal codice di procedura e da gran parte della dottrina²³⁹.

L'autore, prendendo come termine di paragone la costruzione dell'istituto arbitrale ritenuta dogmaticamente più solida, cioè quella di Mortara, la sottopone a una serrata critica.

In particolare, considera una contraddizione in termini che un negozio giuridico privato, qual è quello che si perfeziona con l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, possa dar luogo a un rapporto di diritto pubblico, attraverso il conferimento, da parte dello Stato, del potere giurisdizionale agli arbitri. Delle due l'una: o si qualifica come pubblico il rapporto intercorrente tra parti e arbitri e con ciò si giustifica la natura pubblicistica dell'arbitrato, o si considera privata, in quanto derivante da un negozio privato, la funzione esercitata dagli arbitri.

²³⁵ L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 247 ss.

²³⁶ *Id.*, *op. cit.*, 255.

²³⁷ *Id.*, *op. cit.*, 256.

²³⁸ A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 38 ss.

²³⁹ Si vedano gli autori richiamati da A. Rocco, *op. cit.*, 39, note 2-3.

Nel caso specifico, essendo pacifico che le parti, nominando gli arbitri e determinando il limite del loro ufficio, non perseguono interessi pubblici ma scopi esclusivamente privati, ne deriva che privati sono le funzioni degli arbitri, i rapporti tra parti e arbitri, la pronuncia da questi ultimi emanata²⁴⁰.

Venendo all'inquadramento dogmatico, l'istituto viene riportato alla generale categoria dell'«arbitrio del terzo come elemento di determinazione della volontà privata»: le parti, non riuscendo ad accordarsi sulla composizione dei loro interessi, si accordano però sul modo attraverso il quale la composizione dovrà avvenire, attribuendone a un terzo l'incarico. Le parti, pertanto, emettono «dichiarazioni di volontà a contenuto indeterminato, ma giuridicamente efficaci e vincolanti, perché determinabili nel loro contenuto secondo norme prestabilite, e, precisamente, secondo il giudizio emesso da una terza persona *a priori* determinata o determinabile».

Attraverso il compromesso, che altro non è se non una transazione, le parti eliminano l'incertezza sulla portata dei loro diritti (a differenza di quanto avviene per la funzione giurisdizionale, che presuppone l'incertezza) attraverso un atto mediato, dalla volontà del terzo, anziché immediato.

Tale impostazione, che porta alla pressoché totale identificazione di arbitrato e arbitraggio, sarà alcuni anni dopo ripresa e sviluppata da Satta²⁴¹, il quale, dichiarando la volontà di costruire una teoria dell'arbitrato che sia in grado di abbracciare sia l'arbitrato codicistico che quello contrattuale, riprendeva la teoria del Rocco e, dopo aver dimostrato la natura contrattuale dell'arbitramento (*id est*: arbitraggio), riconduceva a quest'ultimo l'arbitrato, con la sussunzione di entrambi gli istituti «sotto il concetto della determinazione da parte del terzo del contenuto della volontà contrattuale». L'identità di natura non impediva però di distinguere i due istituti, in base alla constatazione che la «nota distintiva fra l'arbitramento e l'arbitrato sta precisamente nel conflitto di interessi alla cui risoluzione tanto l'uno come l'altro sono rivolti»²⁴².

Nel caso dell'arbitraggio il conflitto di interessi è accessorio, cioè assorbito dal conflitto di interessi che sta alla base del contratto principale, mentre nel caso di arbitrato il conflitto è autonomo, essendo rimesso al terzo il potere di costituire il contratto che lo compone. Afferma Satta che «nell'un caso si avrà la determinazione di un elemento del rapporto, nell'altro dell'intero rapporto; ma la differenza sarà sempre differenza di gradi, di quantità, non mai di sostanza»²⁴³.

A differenza di Rocco, però, Satta non ritiene che l'arbitrato possa essere ricondotto alla transazione, in quanto, mentre la transazione è un contratto finalizzato causalmente alla decisione di una controversia (e, in quanto tale, presuppone necessariamente l'esistenza di

²⁴⁰ *Id.*, *op. cit.*, 40-42.

²⁴¹ S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931.

²⁴² *Id.*, *op. cit.*, 153-154.

²⁴³ *Id.*, *op. loc. cit.*

una lite), il patto compromissorio nega l'esistenza della lite. Attraverso il patto compromissorio le parti «vogliono cioè trattare la controversia giuridica come una controversia economica, e risolvere questa così come qualunque altra controversia, con la costituzione di un (nuovo) contratto»²⁴⁴. Causa del compromesso è, pertanto, la costituzione di un rapporto attraverso l'arbitrio del terzo, suo fine è la sostituzione del precedente rapporto, suo effetto l'esclusione della lite.

L'affermata natura contrattuale dell'istituto arbitrale in generale ha, come conseguenza, l'affermazione della piena legittimità dell'arbitrato contrattuale al pari di quello rituale, distinguendosi le due figure per la differente efficacia formale del lodo rituale (dotato di imperatività ed esecutività) e di quello contrattuale (dotato di imperatività ma non di esecutività).

Aderisce esplicitamente alla teoria contrattualistica pura, per la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale, anche Furno²⁴⁵, il quale parte dalla considerazione che «non esiste, nel nostro diritto positivo, alcuna disposizione la quale proibisca ai cittadini di cercare e di porre in essere un modo di composizione pacifica e amichevole delle lor proprie controversie private»²⁴⁶ per arrivare a riconoscere piena validità all'arbitrato compromissorio come mezzo per risolvere, senza rilevanza processuale ma esclusivamente materiale, le controversie giuridiche attraverso la decisione di un terzo. Secondo Furno, peraltro, l'arbitrato contrattuale, come mezzo di risoluzione delle controversie, deve essere tenuto distinto dall'arbitraggio, finalizzato ad accertare o determinare un elemento del contratto già posto in essere dalle parti.

5. Le posizioni degli autori finora analizzate, pur nella differenza delle differenti impostazioni, sono accomunate dal dato di considerare come pienamente valido ed efficace il nuovo istituto dell'arbitrato contrattuale nato dalla pratica delle relazioni commerciali e industriali. Accanto però a tale dottrina (senza dubbio maggioritaria e destinata a soppiantare le voci contrarie, così che progressivamente non si parlerà più dell'*an* ma esclusivamente del *quomodo* dell'istituto), soprattutto fino agli anni '30 del '900, vi furono degli autori che, invece, negavano la legittimità dell'istituto nel nostro ordinamento.

Il primo autore che si dichiara contrario all'ammissibilità degli arbitrati contrattuali è Sraffa²⁴⁷, il quale, in esplicita polemica con Bonfante, nega che le parti, le quali sono portatrici di interessi contrapposti e non potrebbero, ciascuna da sola, risolvere una controversia, abbiano il potere di conferire un potere di rappresentanza in tal senso a un terzo soggetto («nel caso dell'arbitrato libero si avrebbe una rappresentanza contraddittoria, cioè la rappresentanza, in una persona, di due parti fra cui sorge una opposizione di interessi o di vedute, opposizione che il rappresentante sarebbe chiamato a togliere di mezzo»²⁴⁸).

²⁴⁴ *Id.*, *op. cit.*, 159-160.

²⁴⁵ C. FURNO, *Sul regime d'impugnazione degli arbitrati liberi* (nota a App. Torino 15 febbraio 1938), in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25 ss.

²⁴⁶ *Id.*, *op. cit.*, 31.

²⁴⁷ A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429 ss.

²⁴⁸ *Id.*, *op. cit.*, 429.

Contro l'ammissibilità degli arbitrati contrattuali, inoltre, giocano, da un lato, la mancanza di ogni esplicita previsione di compromessi e lodi contrattuali e, d'altro lato, l'espressa previsione, da parte dell'ordinamento, che sia possibile evitare di ricorrere all'autorità giudiziaria solo nei limiti e alle condizioni previsti nel codice di procedura civile, con l'implicita negazione che, al di fuori di tale ultima ipotesi, sia altrimenti possibile dirimere una controversia da parte di un privato.

Anche Galgano²⁴⁹, postosi il problema dell'ammissibilità della decisione di una controversia da parte di un terzo che non rivesta la funzione né di giudice né di arbitro (rituale), sulla base di un incarico ricevuto dalle parti (*id est*: mandato a decidere), rispondeva negativamente, in quanto, da un lato, non sarebbe possibile stabilire in nome e per conto di quale delle parti agirebbe e, d'altro lato, si avrebbe un mandatario con rappresentanza la cui attività non avrebbe mai effetti nei confronti dello stesso ma esclusivamente nei confronti dei mandanti. La non ammissibilità di un mandato a decidere non comporta, tuttavia, che le parti non possano validamente demandare a terzi l'obbligo di effettuare una conciliazione o una transazione, in quanto, in questi ultimi casi, ai terzi non spetterebbe decidere una controversia: «se, sorta una controversia tra due parti, queste, in un momento qualsiasi, vengono nella determinazione di conciliarsi o di transigere la lite, nello stesso momento e per il semplice fatto della avvenuta determinazione volitiva la controversia è eliminata». Così impostato il problema, per stabilire l'ammissibilità degli arbitrati contrattuali occorre di volta in volta analizzare la volontà dei compromittenti: se questi ultimi hanno manifestato la volontà di conciliarsi e transigere (superando in tal modo la lite), non vi sono ragioni per negare la validità di simili convinzioni finalizzate ad attribuire al terzo il potere di effettuare quella determinazione che le parti non vogliono o non possono fare; se invece l'oggetto della convenzione è la risoluzione di una controversia, la stessa deve considerarsi invalida in quanto costituirebbe un mandato a decidere e, nello stesso tempo, una frode alla legge, che richiede per la decisione di una controversia da parte di terzi il rispetto delle formalità stabilite dal codice di procedura civile.

Sempre nel senso della illegittimità dei compromessi e arbitrati contrattuali anche Grego²⁵⁰, secondo il quale, esistendo una perfetta coincidenza tra i cosiddetti compromessi irrituali e i compromessi in arbitri amichevoli compositori di cui al codice di procedura civile, non può che applicarsi ai primi la disciplina dei secondi, i quali, quanto alla disciplina formale, sono accomunati agli arbitrati di diritto. Con la conseguenza della nullità dei compromessi e lodi contrattuali in caso di mancato rispetto delle forme richieste dal codice di procedura civile per la validità del compromesso.

Più articolata la posizione espressa da Carnelutti²⁵¹, il quale aderiva pienamente alla teoria giurisdizionalistica dell'arbitrato rituale.

²⁴⁹ GALGANO, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Riv. crit. dir. giur.*, 1910-1911, VIII-IX, 95 ss.

²⁵⁰ E. GREGO, *Sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, in *Dir. comm.*, 1918, II, 97 ss.; *Id.*, *Ancora sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, *ibidem*, 1919, II, 419 ss.

²⁵¹ F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 439 ss.

L'autore prende le mosse dalla configurazione della figura dell'arbitraggio come modo di risoluzione di controversie economiche. L'*arbitrator*, allo stesso modo del magistrato e dell'*arbiter*, è un giudice, che decide con la propria volontà un contrasto (la cui esistenza è necessaria, dal momento che se le parti fossero pienamente d'accordo su ciascun aspetto del rapporto, provvederebbero autonomamente alla determinazione). Se, pertanto, sia l'*arbiter* che l'*arbitrator* sono accomunati dal fatto di essere giudici, di dirimere una controversia con la propria volontà, il tratto distintivo deve essere ricercato nel tipo di controversia che sono chiamati a dirimere: giuridica, nel caso dell'arbitrato rituale²⁵²; economica, nel caso dell'arbitraggio («l'*arbitrator* viene chiamato a giudicare sulla *res pacifica*, nel senso che niuno dei contendenti qui pretende alla protezione del diritto, mentre essi chiedono soltanto di comporre il conflitto dei loro interessi mediante la costituzione o il completamento di un (nuovo) rapporto»²⁵³).

Se è questa la cornice all'interno della quale deve essere inquadrato anche l'arbitrato contrattuale, la scelta dell'autore propende per assimilare l'istituto all'arbitraggio piuttosto che all'arbitrato rituale. Nel momento in cui si tratta di risolvere una controversia giuridica, entra in gioco l'attuazione del diritto oggettivo, che spetta esclusivamente al giudice ovvero all'arbitro rituale nel rispetto dei limiti e delle forme prescritti dal codice di procedura civile. Se, pertanto, si riconducesse l'arbitrato contrattuale all'arbitrato rituale, anziché all'arbitraggio, lo si condannerebbe inesorabilmente all'invalidità, proprio perché l'arbitrato contrattuale è privo delle forme richieste per quello rituale (le quali sono necessarie per attribuire al lodo non l'esecutività, ma la stessa imperatività).

Il nocciolo della tesi sostenuta dall'autore sarà in seguito sviluppato in un successivo saggio²⁵⁴, nel quale egli precisa la propria teoria criticando le posizioni espresse da Scialoja e da Scaduto.

In polemica con Scialoja²⁵⁵, Carnelutti ribadisce che il criterio di distinzione non deve essere ricercato nel mezzo (equità o diritto) di risoluzione della lite, ma nella natura della stessa (conflitto di interessi semplice o lite)

«L'arbitratore» - precisa Carnelutti - «è un giudice che trae dalla volontà delle parti non solo la designazione, ma la stessa ragione del suo potere; l'arbitro è designato dalle parti perché eserciti un ufficio, che lo Stato gli conferisce. L'arbitratore è libero, perché la materia del suo giudizio è dominata esclusivamente dalla volontà delle parti; l'arbitro no perché egli sostituisce il giudice ordinario. L'arbitratore non ha e l'arbitro ha giurisdizione, perché il potere di questo e non di quello procede dalla legge, anziché dalla volontà delle parti.

²⁵² Secondo l'autore, peraltro, il tratto veramente distintivo è che l'*arbitrator* non possa dirimere una controversia giuridica, mentre sia l'arbitro che il giudice hanno il potere, oltre che di dirimere controversie giuridiche, anche le controversie economiche.

²⁵³ *Id.*, *op. cit.*, 402.

²⁵⁴ *Id.*, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 121 ss.

²⁵⁵ Il quale, lo si ricorda, affermava la validità dell'arbitrato contrattuale come mezzo di risoluzione di controversie giuridiche attraverso un giudizio equitativo.

L'elemento caratteristico della giurisdizione non è la decisione secondo il diritto, ma la decisione della lite»²⁵⁶.

In polemica con Scaduto, Carnelutti considera una *fictio iuris* che le parti, con la stipulazione del compromesso, determinino astrattamente la prestazione, fissandola nei suoi elementi concreti ed eliminando in tal modo la lite. Se, infatti, le parti sono d'accordo su un contrasto insorto, provvederanno autonomamente a risolverlo, senza necessità di rivolgersi a un terzo; solo se non sono d'accordo avranno la possibilità di rivolgersi a un terzo, il quale, se la controversia è giuridica, dovrà necessariamente essere un giudice o un arbitro rituale; se la controversia è economica, un arbitratore.

Le tesi di Carnelutti saranno alcuni anni dopo riprese da Liebman²⁵⁷, il quale, sposando la distinzione tra controversie economiche e giuridiche, nega la validità degli arbitrati contrattuali, che si risolverebbero in un'inammissibile rinuncia al diritto di azione non connessa alla rinuncia alla pretesa e da Betti²⁵⁸, secondo il quale, attraverso il riconoscimento della validità dell'arbitrato contrattuale su controversie giuridiche, si permetterebbe alla parte di frodare la legge, la quale, al di fuori della giurisdizione, permette la risoluzione delle predette controversie esclusivamente attraverso quei mezzi, sostanziali (transazione e componimento) ovvero processuali (arbitrato rituale), dalla stessa regolati.

Sempre contro l'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale si pronunciavano altri commentatori, tra i quali Lessona²⁵⁹, Caliendo²⁶⁰ e Di Blasi²⁶¹.

6. Se, come visto, la dottrina maggioritaria si esprimeva a favore della legittimità dell'arbitrato contrattuale, altrettanto si può dire per quanto riguarda la giurisprudenza; la quale, anzi, mostrava certamente minori oscillazioni nell'affermare validità e obbligatorietà dei lodi scaturenti da arbitrati contrattuali, salvo rare eccezioni.

A titolo di esempio, tra le pronunce che hanno affermato l'invalidità degli arbitrati contrattuali, si può menzionare Cass. Napoli 19 novembre 1921²⁶², la quale nega che le parti possano deferire la decisione di una controversia a terze persone in assenza dell'obbligo di rispettare le norme previste dal codice di procedura civile per l'arbitrato rituale. Secondo la Corte napoletana, infatti, il rispetto di tali norme è previsto dalla legge a tutela e degli interessi delle parti e della amministrazione della giustizia e non è mai possibile ricercare

²⁵⁶ ID., *op. ult. cit.*, 126.

²⁵⁷ E.T. LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 89 ss.

²⁵⁸ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2a ed., Roma 1936, 42-43.

²⁵⁹ S. LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti compromessi irrituali*, in *Foro it.*, 1926, I, 1065 ss., secondo il quale, essendo l'oggetto della convenzione stipulata attraverso il compromesso contrattuale la risoluzione di una controversia e non l'integrazione di una volontà incompleta, è compito esclusivo dello Stato la dichiarazione della volontà della legge.

²⁶⁰ L. CALIENDO, *In tema di arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52 ss., il quale ritiene che la possibilità per le parti di rimettere a un terzo la soluzione di un conflitto giuridico presupponga il rispetto della norme stabilite dalla legge, con la conseguente invalidità degli arbitrati contrattuali.

²⁶¹ F. U. DI BLASI, *L'arbitrato nel diritto processuale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 692 ss., il quale, ritenendo, sulla scorta della teoria di Carnelutti, che giudice e arbitro rituale siano accomunati dal fatto di esercitare la funzione giurisdizionale, negava che fosse possibile risolvere una controversia giuridica attraverso modalità differenti da quelle ricordate.

²⁶² In *Foro it.*, 1925, I, 250.

una supposta volontà delle parti finalizzata alla creazione o al completamento di un contratto piuttosto che all'emanazione di una sentenza, dal momento che, ogni volta in cui sussiste una controversia, l'atto che la decide è sempre giurisdizionale. Né, in senso contrario, è possibile richiamare il principio del rispetto della libera volontà delle parti, dal momento che tale principio incontra una deroga nell'espressa previsione, da parte della legge, delle forme attraverso le quali debbono svolgersi i procedimenti arbitrari.

In senso analogo alcune altre pronunce²⁶³.

La grande maggioranza delle sentenze, però, affermava la validità degli arbitrati contrattuali, sebbene sulla base di argomentazioni e attraverso una terminologia non sempre limpida e univoche. Tale tendenza, manifestatasi in modo chiaro già negli anni immediatamente successivi alla ricordata sentenza della Cassazione torinese del 1904²⁶⁴, si manteneva e si consolidava anche successivamente alla unificazione della Corte di Cassazione.

Infatti, la prima sentenza emessa sul tema dalla Cassazione del Regno²⁶⁵, dopo aver accertato che le parti «avevano affidato a comuni fiduciari di porre in essere un atto da valere quale regolamento convenzionale della vertenza valido ed obbligatorio come se fosse stato direttamente dalle parti stabilito», ne afferma la validità, in quanto «conforme al principio della libertà di contrattare limitata solo da specifici divieti di legge e dall'obbligo di non offendere l'ordine pubblico o il buon costume». «È evidente» continua la Corte «che una siffatta pattuizione non importa la costituzione di un giudizio contenzioso, sia pur sotto la forma straordinaria regolata nel capo 2° del titolo preliminare del codice di procedura civile [del 1865: *id est*, nella forma dell'arbitrato rituale] e che la soluzione, adottata dai fiduciari o mandatari delle parti, non ha il valore di una sentenza. Essa sarà una soluzione contrattuale, contro cui non varranno eccezioni di mancanza di formalità procedurali previste dal suaccennato capo del codice di procedura civile e che non potrà essere munita di esecutorietà con semplice decreto del pretore a forma dell'art. 24 cod. proc. civ., ma dovrà, in caso che una delle parti si rifiuti di osservarla, essere sottoposta, come una convenzione qualsiasi, al magistrato ordinario perché conosca e statuisca circa l'obbligo del riluttante a osservarla».

Tale primo *arrêt* della Cassazione unita e le numerose, successive pronunce emesse dalla stessa Suprema Corte²⁶⁶ ovvero dai giudici di merito ribadivano alcuni punti fermi e, in particolare:

1) l'ammissibilità del fenomeno degli arbitrati contrattuali sulla base del generale principio della libertà delle convenzioni, che può essere limitata esclusivamente da specifici divieti di

²⁶³ V., per esempio, App. Bologna 28 aprile 1924, in *Dir. comm.*, 1924, II, 97; App. Venezia 20 maggio 1924, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 54; App. Palermo 1° maggio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 640 (per il quale l'arbitrato contrattuale è possibile solo in caso di controversie economiche e non giuridiche).

²⁶⁴ Si vedano, nel senso dell'ammissibilità degli arbitrati contrattuali, *ex pluribus*: Cass. Torino 22 novembre 1909, in *Foro it.*, 1910, I, 301; Trib. Genova 15 giugno 1915, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496; App. Genova 4 marzo 1918, in *Dir. comm.*, 1918, II, 95; Cass. Torino 2 maggio 1919, in *Dir. comm.*, 1919, II, 415; Trib. Genova, 18-26 luglio 1922, in *Dir. comm.*, 1923, II, 27; App. Genova 27 giugno 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 2, 608; *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52.

²⁶⁵ Cass. 8 aprile 1926, in *Foro it.*, 1926, I, 795; *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 88.

²⁶⁶ V., per es., Cass. 24 luglio 1926, in *Foro it.*, 1926, I, 1065; *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 88; Cass. 10 luglio 1930, in *Foro it.*, I, 1145.

legge e dall'obbligo di non offendere l'ordine pubblico e il buon costume (limiti ritenuti, nel caso specifico, evidentemente insussistenti);

2) la riconducibilità del rapporto instauratosi tra le parti e gli arbitri alla figura del mandato²⁶⁷, conferito collettivamente da tutte le parti a tutti gli arbitri;

3) la possibilità di affidare agli arbitrati contrattuali non soltanto la definizione di un elemento del rapporto lasciato indefinito dalle parti o una controversia di tipo economico (nel qual caso si deve parlare, più propriamente, di arbitraggio anziché di arbitrato²⁶⁸), ma anche una controversia di tipo giuridico²⁶⁹²⁷⁰, decidibile non solo in via equitativa ma anche attraverso l'applicazione del diritto²⁷¹;

4) la valenza contrattuale della pronuncia degli arbitri, i quali attraverso il lodo manifestano indirettamente la volontà dei compromittenti e pongono in essere un negozio giuridico valido tra le parti in virtù dell'obbligo dalle stesse preventivamente assunto di rispettare la convenzione; conseguenza della ricordata natura della pronuncia è che la decisione degli arbitri non sarà impugnabile nelle stesse forme del lodo rituale, ma esclusivamente attraverso impugnative e per motivi di invalidità di tipo contrattuale (e cioè, oltre che per incapacità degli arbitri, per un vizio di volontà degli stessi – errore, violenza, dolo – ovvero per eccesso rispetto ai limiti stabiliti nel contratto di mandato o per estinzione dello stesso)²⁷²;

5) la sufficienza, al fine della validità del lodo emesso da arbitri contrattuali, di una motivazione sommaria²⁷³. Vi sono, peraltro, sentenze che negano che l'arbitro contrattuale,

²⁶⁷ Sebbene non sempre la figura del mandato sia richiamata in modo uniforme; si vedano a tal proposito le osservazioni di T. CARNACINI – M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 701-702.

²⁶⁸ V. Cass. 7 agosto 1935, in *Giur. it.*, 1935, I, 1, 1106; Cass. 4 aprile 1938, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 577; Cass. 13 agosto 1941, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 22.

²⁶⁹ V., per es., Cass. 10 luglio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1145; Cass. 18 maggio 1932, in *Mon. trib.*, 1933, 249; Cass. 25 maggio 1934, n. 1789, in *Rep. Giur. it.*, 1934, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 36; Cass. 12 gennaio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 346; Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, in *Mass. Giur. it.*, 1937, 883. *Contra*, nel senso che l'arbitrato contrattuale mira a risolvere controversie giuridiche ma non economiche: Trib. Trieste, 18 marzo 1936, in *Giur. it.*, 1936, I, 2, 294.

²⁷⁰ Proprio in virtù della finalità di risoluzione di una controversia viene espressamente affermata, da parte di alcune sentenze, l'analogia di contenuto tra arbitrato contrattuale e arbitrato rituale: v. Cass. 10 giugno 1938, n. 1996, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; App. Bologna 19 gennaio 1942, *ibidem*, 1942, n. 16-17; App. Bologna 31 maggio 1942, *ibidem*, 1943-1945, n. 5.

²⁷¹ V., per es., Cass. 23 novembre 1934, n. 3373, *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitri (giudizio di)*, n. 43; Cass. 9 dicembre 1935, n. 3597, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Arbitrato irrituale*, n. 13.

²⁷² È praticamente unanime la giurisprudenza nell'affermare l'impugnabilità dei lodi contrattuali per vizi della volontà degli arbitri ovvero per eccesso dai limiti del mandato o sua estinzione. Più incerta, invece, la possibilità di impugnare il lodo per manifesta iniquità dello stesso: in senso positivo Trib. Milano 7 febbraio 1929, in *Dir. comm.*, II, 188; App. Brescia 7 febbraio 1934, in *Mon. trib.*, 1934, 308; *Corti reg.*, 1935, 53 App. Trieste 28 luglio 1937, in *Foro it.*, I, 1080. Nettamente maggioritaria, però, la giurisprudenza che ritiene non impugnabile per iniquità la decisione di un arbitro contrattuale: v. Cass. 7 agosto 1935, n. 3379, in *Foro it.*, 1936, I, 204; Cass. 11 maggio 1936, n. 1580, in *Mass. Foro it.*, 304; App. Milano 18 maggio 1937, in *Rep. Foro it.*, 1937, voce *Arbitrato irrituale*, n. 28; Cass. 4 giugno 1937, n. 1788, in *Foro it.*, 1937, I, 1079; Cass. 16 dicembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *arbitrato irrituale*, n. 26.

²⁷³ V., per es., Cass. 17 marzo 1930, n. 2720, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Arbitrato irrituale*, n. 15; Cass. 7 dicembre 1931, n. 3856, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; App. Milano 3 dicembre 1935, in *Foro lomb.*, 1935, 350.

al pari dell'arbitratore, sia tenuto a motivare la sua decisione, salvo espressa volontà in senso contrario contenuta nel contratto di mandato²⁷⁴.

6) la possibilità per ciascuna delle parti di richiedere al giudice ordinario non il riesame del merito della controversia ma la condanna della parte soccombente ad adempiere a quanto stabilito dal lodo contrattuale²⁷⁵.

Maggiore incertezza, invece, nelle pronunce della giurisprudenza, in relazione alla qualificazione dell'attività posta in essere dagli arbitri contrattuali; nella maggioranza dei casi le sentenze omettono di dare precise definizioni, limitandosi ad affermare che l'arbitro contrattuale provvede a comporre la controversia amichevolmente e senza formalità di procedura; vi sono, però, pronunce che definiscono espressamente gli arbitri contrattuali come arbitratori, chiamati a svolgere la propria funzione successivamente al perfezionamento tra le parti di un contratto di transazione²⁷⁶ ovvero di accertamento²⁷⁷, pur sottolineando l'esistenza di almeno due differenze tra arbitrato contrattuale e arbitraggio, dal momento che il primo – come l'arbitrato rituale – presuppone la risoluzione di una controversia, mentre il secondo è finalizzato alla determinazione dell'elemento di un contratto non definito direttamente dalle parti²⁷⁸ e soltanto l'arbitraggio – e non l'arbitrato contrattuale – è impugnabile per manifesta iniquità della pronuncia del terzo²⁷⁹.

Un dato tuttavia sembra emergere con chiarezza: non solo in nessuna sentenza viene dichiarato l'annullamento di un lodo contrattuale per violazione del principio del contraddittorio ma, più in generale, non si trova, nelle pronunce della giurisprudenza, neppure astrattamente prospettata la questione dell'annullabilità del lodo per tale motivo, essendo anzi costantemente affermato che l'arbitro contrattuale provvede a comporre la controversia senza formalità di procedura e che, contro il lodo contrattuale, non varranno eccezioni di mancanza di formalità procedurali.

7. Alla progressiva affermazione nella pratica del fenomeno arbitrale contrattuale non rimase insensibile il legislatore del 1942, il quale, pur non provvedendo a disciplinare

²⁷⁴ V. App. Torino 13 luglio 1932, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *arbitrato irrituale*, 1932, n. 5; Cass. 17 gennaio 1939, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Arbitrato irrituale*, n. 32; Cass. 10 maggio 1940, *ibidem*, 1940, n. 9; Trib. Busto Arsizio 2 maggio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, 1181.

²⁷⁵ V., per es., Cass. 26 marzo 1930, in *Foro it.*, I, 558; Cass. 10 luglio 1930, *ibidem*, 1145;

²⁷⁶ Si rifanno all'arbitraggio nella transazione, *ex multis*: App. Genova 11 febbraio 1927, in *Mon. trib.*, 1928, 212; Trib. Milano 7 febbraio 1929, *cit.*; App. Torino 13 luglio 1932, *cit.*; Cass. 11 marzo 1932, in *Dir. comm.*, II, 232; Cass. 17 luglio 1934, *Rep. Foro it.*, 1934, voce *Arbitrato irrituale*, n. 20; App. Milano 25 gennaio 1936, in *Giur. it.*, 1935, I, 2, 575; Cass. 3 luglio 1936, n. 2336, in *Mass. Foro it.*, 1936, 468; Cass. 10 maggio 1940, in *Rep. Foro it.*, 1940, voce *arbitrato irrituale*, n. 10; App. Milano 24 ottobre 1941, in *Rep. Foro it.*, 1941, voce *arbitrato irrituale*, n. 13; ma vedi già Cass. Torino 2 maggio 1919, in *Dir. comm.*, 1919, 415.

²⁷⁷ V. Cass. 14 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 100.

²⁷⁸ V. Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, *cit.*; App. Torino 15 febbraio 1938, in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25; Cass. 4 aprile 1938, *cit.*

²⁷⁹ V. Cass. 30 luglio 1937, n. 3081, *cit.*, in base alla quale «l'arbitraggio, mentre coincide nel regolamento giuridico con l'arbitrato irrituale, per quanto ha tratto alla procedura e alle forme, se ne distingue in senso sostanziale soprattutto perché a suo riguardo soltanto è ammessa l'impugnabilità per iniquità manifesta, tendente a ristabilire l'equilibrio fra le controprestazioni, che possa esser stato alterato dall'arbitratore nella determinazione degli elementi contrattuali a lui demandati».

espressamente l'istituto nel nuovo codice di procedura civile²⁸⁰, ne riconobbe indirettamente la validità attraverso l'art. 619 cod. nav., il quale prevede che «gli interessati possono, mediante stipulazione di chirografo di avaria, far decidere da arbitri le cause relative alla formazione del regolamento contributorio. Al chirografo e al regolamento si applicano in tal caso le norme del codice di procedura civile riguardanti l'arbitrato, se gli interessati intendono che al regolamento venga dal pretore competente conferita efficacia di sentenza, e di ciò fanno espressa dichiarazione nel chirografo».

La disposizione dell'art. 619 cod. nav. venne introdotta dopo che, nel corso dei primi anni del '900, si era verificata una profonda incertezza in relazione all'inquadramento dogmatico della figura del chirografo d'avaria²⁸¹; e fu esplicita la scelta del legislatore nel considerare il chirografo come un vero e proprio compromesso di natura contrattuale, salva la possibilità per le parti di optare *expressis verbis* per un compromesso e un arbitrato rituali secondo le norme del codice di procedura civile²⁸².

8. Anche nella vigenza del codice di procedura civile del 1942, pur essendo ormai unanime la convinzione di dottrina e giurisprudenza circa la validità del fenomeno arbitrale contrattuale, non si sopiva la polemica intorno alla natura dell'istituto. Prima che, a partire dalla fine degli anni '60 del '900, si sviluppasse e divenisse dominante la teoria cd. unitaria del fenomeno arbitrale²⁸³, fu ripresa (ed è ancora attualmente fatta propria da alcuni autori) la teoria, già sostenuta, in particolare, da Calamandrei e da Parenzo, che interpreta l'arbitrato contrattuale attraverso la figura dell'arbitraggio applicato alla transazione. Le opinioni degli autori che aderiscono alla descritta impostazione, muovendo dal medesimo punto di partenza, finiscono sempre, come vedremo, per svelire, seppur con accenti diversi, il ruolo del contraddittorio all'interno dell'arbitrato contrattuale (e dell'obbligo di motivazione del lodo, che con il primo fa da *pendant*).

Nell'immediato secondo dopoguerra riprende la tesi dell'arbitraggio nella transazione anzitutto Furno²⁸⁴, secondo il quale arbitrato contrattuale e arbitraggio – accomunati dal fatto che l'attività del terzo è di contenuto non volitivo (essendo l'unica volontà

²⁸⁰ La circostanza che il legislatore del 1942 non abbia, nel codice di procedura civile, espressamente regolamentato l'arbitrato contrattuale, non ha fatto mettere in dubbio la legittimità dell'istituto: v. Cass. 24 luglio 1945, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 122, in base alla quale «la legittimità del cosiddetto arbitrato irrituale, già riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto l'impero dell'abrogato codice, non è esclusa né limitata dal silenzio che il nuovo ha pur serbato al riguardo».

²⁸¹ Per una breve panoramica delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, in tema di chirografo d'avaria, antecedenti alla codificazione del 1942, v., se vuoi, E. BERNINI, *L'arbitrato nel diritto marittimo*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino 2005, 588 ss.

²⁸² Molto chiara, in tal senso, la *Relazione al codice della navigazione* (n. 402): «Gli interessati possono far capo sia alle regole dell'arbitrato rituale, sia a quelle dell'arbitrato libero, ma se prescelgono la prima alternativa debbono dichiarare espressamente nel chirografo la loro intenzione diretta a che il Pretore competente conferisca al regolamento efficacia di sentenza: la discriminazione fra le due forme di chirografi è, dunque, data dalla intenzione espressa delle parti». Nel senso che l'art. 619 cod. nav. preveda la possibilità di scegliere tra arbitrato rituale e contrattuale si pronuncia anche la dottrina: v., per esempio, V. ANDRIOLI, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 125; *Id.*, *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292 ss.

²⁸³ Sulla quale vedi *infra* § 11.

²⁸⁴ C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitramento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.

effettivamente rilevante quella espressa dalle parti), ma meramente logico e conoscitivo, cioè un giudizio – possono essere distinti sulla base del tipo di incarico affidato dalle parti al terzo: in caso di arbitraggio, le parti affidano al terzo l'incarico di determinare un elemento di un contratto già concluso tra le parti ma non ancora perfetto, in caso di arbitrato contrattuale, invece, il terzo è chiamato a decidere su una controversia insorta tra le parti, relativa a un contratto già concluso e perfetto, in via di accomodamento transattivo²⁸⁵. L'arbitrato contrattuale è «una *species* limitata e peculiare del *genus* arbitraggio: precisamente un *arbitraggio applicato alla transazione*, un *arbitraggio in funzione di una transazione*. Esso consiste nella determinazione ad opera di un terzo delle prestazioni (concessioni) reciproche di un contratto di transazione»²⁸⁶: pertanto, in caso di arbitrato contrattuale, sono presupposti due rapporti contrattuali, un primo già perfetto e concluso e in relazione al quale sorge la controversia, e un secondo, di natura transattiva, già concluso anch'esso ma incompleto (“in bianco”), da riempire a opera del terzo. Tale autore non affronta direttamente il problema dell'applicabilità o meno del canone del contraddittorio; è tuttavia agevole dedurre che, all'interno di una tale costruzione, il contraddittorio potrà al massimo essere considerato come mezzo attraverso il quale portare alla conoscenza degli arbitri gli elementi necessari per poter in concreto porre in essere la transazione, ma non come canone processuale dotato di autonoma rilevanza.

Analoga posizione è espressa da Vecchione²⁸⁷, il quale distingue sia l'arbitrato rituale (interpretato come modo di decisione delle controversie, da parte di soggetti privati, con le forme proprie dell'esercizio dei poteri giurisdizionali) sia l'arbitraggio (che è un modo di far stabilire a un terzo un elemento di un contratto non ancora perfezionato) dall'arbitrato contrattuale, che è un modo di far definire in via transattiva una controversia relativa a un rapporto giuridico perfetto, cioè un arbitraggio nella transazione. Più precisamente, attraverso il compromesso contrattuale, che altro non è se non una transazione in bianco, la controversia giuridica degrada a controversia economica, che gli arbitri decidono attraverso l'*arbitrium merum*, esprimendo non la propria volontà ma quella – in via mediata – delle parti stesse. Quanto allo spazio che residua al principio del contraddittorio, secondo Vecchione «non solo il compromesso improprio, ma la stessa concreta attuazione dell'arbitrato irrituale non sono soggetti all'osservanza di altre forme che non siano quelle del negozio. Non essendo, cioè, richiesta l'osservanza delle norme che disciplinano il procedimento arbitrale (artt. 816-826 cod. proc. civ.), gli arbitri potranno procedere a preparare, formulare e documentare la loro risoluzione nel modo che riterranno più

²⁸⁵ «Tale arbitrato si configura in ogni caso come un arbitraggio applicato tipicamente e specificamente ad un negozio transattivo, che le parti sono disposte a concludere, ma per la cui effettiva e definitiva conclusione ricorrono all'opera di determinazione di un terzo o di un collegio di terzi». *Id.*, *op. cit.*, 165.

²⁸⁶ *Id.*, *op. cit.*, 165-166.

²⁸⁷ V. R. VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio* (nota ad App. Milano 24 marzo 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 405; *Id.*, *Arbitrato irrituale - eccesso dai limiti del mandato* (nota a Trib. Crema 29 maggio 1954), *ivi*, 1955, I, 823; *Id.*, *Gli arbitri amichevoli compositori, la rinuncia al deposito e alle impugnazioni e l'arbitrato irrituale* (nota ad App. Brescia 21 dicembre 1955), *ivi*, 1956, I, 189; *Id.*, *Il biancosegno nell'arbitrato irrituale* (nota ad App. Bologna 8 maggio 1952), in *Temi*, 1953, 7; *Id.*, *Lodo per biancosegno e pronuncia fuori dei limiti del compromesso* (nota ad App. Venezia 2 maggio 1955), in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 1059; *Id.*, *Qualche passo indietro in tema di arbitrato libero* (nota a Cass. Brescia 26 gennaio 1956, n. 230), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 661; *Id.*, *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Milano 1971.

opportuno»²⁸⁸. Ne consegue che, pur avendo gli arbitri l'obbligo di rendersi conto dei termini della controversia ai fini della sua definizione, «potranno consentire alle parti di presentare memorie, ma non ne avranno l'obbligo e potranno validamente pronunciare senza assegnare termini alle parti per procedere a queste od altre operazioni. Investiti di un mandato che devono esplicitare in un campo puramente contrattuale, essi non sono legati né all'osservanza di forme, né al rispetto di termini»²⁸⁹. Sempre in ragione della natura negoziale dell'arbitrato contrattuale è da ritenere che gli arbitri non abbiano l'obbligo di motivare il lodo, in quanto non solo la motivazione è elemento proprio degli atti giurisdizionali, ma anche perché, non essendo ammesso un riesame nel merito della decisione degli arbitri e non essendo possibile un'impugnativa del lodo per erroneità e insufficienza di motivazione, la stessa sarebbe inutile. Pertanto, in tale contesto, nessuna autonomia può essere attribuita al rispetto del contraddittorio (neppure quando la stessa sia per avventura imposta agli arbitri dalle parti), a meno che, in via indiretta, non si sostanzi in uno motivi di annullabilità del contratto (errore, violenza, dolo).

Inquadra l'arbitrato contrattuale facendo ricorso alla figura dell'arbitraggio applicato al negozio di transazione anche Vasetti²⁹⁰, secondo il quale le parti, attraverso la stipulazione del patto compromissorio, eliminano la lite riducendola a un semplice conflitto di interessi, il cui contenuto è rimesso alla determinazione del terzo. Nessuna distinzione può, pertanto, essere rinvenuta, da un punto di vista strutturale, tra arbitraggio e arbitrato contrattuale, in quanto entrambi si riducono alla «determinazione di un terzo che non risolve una controversia, in veste di giudice, ma integra un negozio giuridico»²⁹¹. La distinzione tra le due figure si basa allora sulla situazione preesistente sulla quale l'accordo interviene, in quanto, in caso di arbitraggio, esiste un unico rapporto, già concluso tra le parti, ma incompleto, mentre, in caso di arbitrato contrattuale, i rapporti presupposti sono due: un primo, già perfezionato ma non più pacifico tra le parti; un secondo, posteriore e di natura transattiva, anch'esso concluso ma incompleto per la mancata determinazione dell'elemento rimesso al terzo. L'autore si pone poi il problema dello spazio riservato a norme procedurali, arrivando alla conclusione dell'incompatibilità della garanzia del contraddittorio con l'arbitrato contrattuale. L'arbitro, infatti, per poter concretizzare le clausole della transazione, deve certamente conoscere i termini della controversia, che potranno essere portati a sua conoscenza attraverso la redazione di scritti di parte e la produzione di documenti; ma tale attività è esclusivamente finalizzata a fornire all'arbitro un'informativa, così che egli possa essere a conoscenza di tutti quegli elementi, di fatto e di diritto, che sarebbero stati presi in considerazione dalle parti se avessero provveduto personalmente a perfezionare la transazione. Da tale ricostruzione, l'autore trae una serie di conseguenze:

- qualora dal patto compromissorio risulti una volontà delle parti finalizzata allo svolgimento di un'istruttoria e di attività difensiva con la garanzia del contraddittorio, se ne deve dedurre l'esistenza di un arbitrato rituale;

²⁸⁸ *Id.*, *op. ult. cit.*, 156.

²⁸⁹ *Id.*, *op. ult. cit.*, 168.

²⁹⁰ M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 846 ss.

²⁹¹ *Id.*, *op. cit.*, 863.

- non è compatibile con l'arbitrato contrattuale una pronuncia secondo diritto, essendo la stessa incompatibile con il concetto di transazione;
- quanto all'impugnabilità dell'atto finale, la regola è quella dell'insindacabilità nel merito della pronuncia degli arbitri. La violazione del contraddittorio, pertanto, non potrà mai rilevare in via autonoma, neppure come eventuale violazione del contratto di mandato intercorrente tra parti e arbitri²⁹², fatta salva la possibilità che conduca a una incompleta o mancata conoscenza degli elementi di fatto sulla base dei quali l'arbitro debba comporre la lite, con conseguente errore di fatto sulla loro percezione.

Espressamente finalizzata allo studio del rapporto tra arbitrato contrattuale e principio del contraddittorio è l'indagine svolta da Levoni²⁹³, il quale interpreta l'arbitrato contrattuale come un'ipotesi di perfezionamento concreto da parte degli arbitratori di una transazione in bianco stipulata dalle parti, quindi come arbitraggio di una transazione già compiuta più che come un mandato a transigere. Per tale motivo, non è possibile rinvenire una causa di nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c., nell'arbitrato contrattuale stipulato senza il rispetto del principio del contraddittorio, dal momento che non esistono norme imperative o di ordine pubblico che richiedano, a differenza di quanto avvenga in ambito processuale, il rispetto di tale requisito per i contratti. Ciò tuttavia non impedisce alle parti, nel patto compromissorio, di stabilire espressamente il rispetto di norme di procedura e di minimi di garanzia del contraddittorio; si pone, in questo caso, il problema di stabilire quali siano le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle norme così fissate. Se è da escludere, secondo l'autore, che possa configurarsi il vizio di eccesso dai limiti del mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c., dal momento che la norma *de qua* è finalizzata a reprimere violazioni di norme sostanziali e non di norme *in procedendo*, ciò non significa che nessun tipo di rilievo possa essere attribuito alla violazione delle norme imposte dalle parti in ordine al procedimento di formazione del responso arbitrale, in quanto potrà riscontrarsi un vizio di abuso di mandato, rilevante ai sensi sia dell'art. 1710 c.c. che dell'art. 1349, comma 1, c.c., avendo l'arbitro fatto un uso dei poteri assegnatigli diverso da quello per il quale gli erano stati conferiti.

Aderisce espressamente alla teoria formulata da Parenzo, identificando l'arbitrato contrattuale con l'arbitraggio applicato alla transazione, anche Schizzerotto²⁹⁴, secondo il quale «ove le parti fossero irrigidite nelle loro pretese, non farebbero ricorso al terzo che per veder accolta ciascuna la propria pretesa fino alle estreme conseguenze, cioè con l'intento di ottenere una sentenza munita di forza esecutiva. Ma se dal compromesso risulta, implicitamente o esplicitamente, che questo non vollero; che esse, anzi, si impegnarono ad avere per proprio quanto fosse stabilito dal terzo di loro fiducia, segno è che erano animate da intenti conciliativi. Ora, un tale comportamento, che, sì, è un abbandono della pretesa, ma l'abbandono della pretesa non è senza corrispettivo, perché se ciò fosse non avrebbero avuto alcun bisogno di rivolgersi a un terzo, è perfettamente inquadrabile nel contratto di transazione, contratto, del resto, che più di ogni altro si confà a due parti che, nella

²⁹² Da un lato, infatti, un tale tipo di violazione deve essere in linea generale considerata inidonea a riverberarsi sulla validità del lodo e, d'altro lato, in ogni caso le parti non potrebbero mai prevedere, in ambito di arbitrato contrattuale, il rispetto del principio del contraddittorio.

²⁹³ A. LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1201 ss.

²⁹⁴ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2^a ed., Milano 1967.

divergenza delle pretese, non intendono guastarsi, ma, anzi, vedere risolta ogni cosa nel migliore dei modi senza troppo concedere, ma, anche, senza troppo pretendere»²⁹⁵. Secondo l'autore le parti, attraverso la stipulazione del compromesso, *id est* attraverso la manifestazione della volontà transattiva, eliminano tra loro la controversia trasformandola in controversia economica e rimettendo al terzo la determinazione dell'*aliquid datum aliquid retentum*. In tale ottica, la determinazione del terzo²⁹⁶ non può prescindere dalle reciproche concessioni, dato che il riconoscimento pieno di una delle pretese contrasterebbe con l'oggetto del contratto di transazione e consisterebbe in una decisione, con applicazione del diritto, non ammissibile se non nella forma della sentenza giudiziale o del lodo rituale. Quanto allo spazio che residua al contraddittorio, il carattere negoziale dell'arbitrato contrattuale comporta che «non si può parlare, con riferimento ad esso, di istruzione o di prove o ... di un *modus procedendi*, ma nemmeno di un *obbligo* degli arbitri impropri di informare le parti di quanto da essi fatto e, tanto meno, di assegnare loro termini perché possano interloquire, contrastare o difendersi»²⁹⁷, con la conseguente esclusione di ogni rilevanza al mancato rispetto del contraddittorio. Gli arbitri devono sì ascoltare le parti che lo richiedano e tenere conto delle risultanze, ma non fissare termini per risposte o repliche e rendere edotta ciascuna parte di quanto affermato dall'altra, in quanto tali informazioni sono rimesse esclusivamente alla diligenza della parte interessata, che deve informarsi presso gli arbitri. Secondo tale ricostruzione, il lodo fondato sull'eventuale comportamento degli arbitri fraudolentemente finalizzato a nascondere gli elementi raccolti a una delle parti per favorire l'altra non sarebbe in ogni caso viziato per la violazione del contraddittorio ma per la mala fede degli arbitri.

Più recentemente si è richiamato, almeno in parte, alla figura dell'arbitraggio nella transazione Consolo²⁹⁸. Tale autore, trattando il tema dell'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'istituto arbitrale, afferma che la suddetta norma – da interpretarsi come garanzia del «diritto ad un procedimento finalizzato alla formazione di una decisione giurisdizionale della lite»²⁹⁹ –, non può trovare applicazione in relazione all'arbitrato contrattuale, data la finalità dell'istituto di pervenire a una soluzione negoziale piuttosto che giurisdizionale della controversia. Il compito degli arbitri contrattuali è quello di riempire, attraverso determinazioni che sono frutto di giudizio ma che non consistono in un giudizio, il contratto di transazione (se le parti richiedono una soluzione secondo equità) o di accertamento (se le parti richiedono una soluzione secondo diritto) concluso dalle parti, ma dalle stesse non completato. La natura di soluzione negoziale attribuita al lodo non ha, tuttavia, come conseguenze, l'assenza di forme procedurali all'interno dell'arbitrato contrattuale e la mancata necessità del rispetto del principio del contraddittorio. Il fondamento del rispetto del principio non si fonda, tuttavia, come premesso, sulla disposizione della Convenzione, ma sull'applicazione delle norme sul

²⁹⁵ *Id.*, *op. cit.*, 121 ss.

²⁹⁶ Il quale non pone in essere un atto volitivo sostitutivo della volontà degli arbitri ma un'attività intellettuale e/o tecnica che vincola le parti in quanto le stesse abbiano in precedenza dichiarato di accettarla.

²⁹⁷ *Id.*, *op. cit.*, 313.

²⁹⁸ C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.

²⁹⁹ *Id.*, *op. cit.*, 467.

mandato (con conseguente eccesso dai limiti del mandato, *ex art. 1711, comma 1, c.c.*, qualora le parti abbiano imposto il rispetto del principio agli arbitri) oppure, qualora le parti non lo abbiano espressamente previsto, in virtù delle clausole generali di correttezza e buona fede che, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., governano anche l'esecuzione del contratto. Il rispetto del principio del contraddittorio è allora obbligatorio anche se le parti lo abbiano escluso, in quanto, in caso contrario, il lodo sarebbe nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per violazione di norma – procedimentale – di ordine pubblico. Tuttavia «in tale contesto, il contraddittorio, voluto espressamente dalle parti o scaturente dal principio di buona fede nell'esecuzione degli obblighi di prestazione degli arbitri-mandatari, assume un valore peculiare; la sua funzione, a ben vedere, non è tanto quella di uno strumento *difensivo* (perché fuori campo qui *in thesi* rimane l'art. 24 Cost.), ma è piuttosto quella di uno strumento di *corretta conoscenza* in capo al mandatario-arbitro di fatti e situazioni rilevanti per il suo utile agire per conto delle parti del rapporto, specie allorché l'incarico da lui ricevuto da quelle sia la determinazione di una composizione in lato senso transattiva»³⁰⁰. Secondo tale autore, pertanto, esiste l'obbligo, anche in caso di arbitrato contrattuale, di rispettare il principio del contraddittorio, come strumento non di difesa bensì di conoscenza dei presupposti del contratto da perfezionare a favore degli arbitri³⁰¹. Anche Bove³⁰² identifica nella figura dell'arbitraggio la chiave di volta per interpretare l'arbitrato contrattuale. Tale autore, criticando in modo serrato la teoria di Fazzalari³⁰³, differenzia nettamente l'arbitrato rituale da quello contrattuale, in quanto attività di normazione tra loro irriducibili: il primo, come la sentenza del giudice dello Stato, consiste in un accertamento derivante dalla concretizzazione di una norma astratta preesistente; il secondo, in quanto negozio, è posizione di una norma libera e non derivata. Quanto al richiamo all'istituto dell'arbitraggio per interpretare l'arbitrato contrattuale, secondo l'autore non solo diventa naturale qualora si rifletta che lo stesso si riduce alla formazione di un negozio in cooperazione tra le parti e un terzo, ma soprattutto necessario perché tale richiamo permette di dare al patto compromissorio contrattuale – attraverso il quale le parti incidono sul rapporto sostanziale, eliminando la lite – un'efficacia «reale», cioè idonea a ottenere – nell'ipotesi in cui una parte, violando il patto compromissorio, adisca il giudice – una sentenza di rigetto nel merito. Per quanto riguarda il principio del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale, il rispetto dello stesso è «per così dire naturalmente necessario nei casi in cui una contrapposizione di interessi viene risolta con la posizione di una norma da parte di un soggetto che si pone in posizione di terzietà rispetto ai portatori di quegli interessi»³⁰⁴. Il terzo, cioè, per poter regolare gli interessi altrui, deve esserne a conoscenza e, del resto, un obbligo in tal senso è imposto all'arbitro dall'art. 1708 c.c., in base al quale «il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che

³⁰⁰ *Id.*, *op. cit.*, 470.

³⁰¹ L'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di contratto *per relationem* nonché la necessità del rispetto del principio del contraddittorio in virtù degli artt. 1175 e 1375 c.c. è stata poi mantenuta dall'Autore anche successivamente alla riforma del 2006: v., in tal senso, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Padova, 2006, II, 159 ss.

³⁰² M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.

³⁰³ Sulla quale v. *infra* § 11.

³⁰⁴ *Id.*, *op. cit.*, 712.

sono necessari al loro compimento». Ciò non significa, tuttavia, che l'arbitrato contrattuale sia un processo, caratterizzato dall'obbligo per il giudice di rispettare le norme che regolano il contraddittorio in quanto norme di attività, dal cui mancato rispetto discende l'invalidità dell'atto finale del procedimento per ripercussione. Il contraddittorio è esclusivamente un mezzo attraverso il quale l'arbitro possa conoscere i presupposti del negozio che dovrà porre in essere, con la conseguenza che nulla vieta all'arbitro di arrivare alla conoscenza dei predetti presupposti anche in maniera alternativa rispetto alla comunicazione che ne abbiano fatto le parti. «Qui non si impone all'arbitro il compimento di certe attività formali, ma gli si impone di non fondare il suo volere su un errore. Ed è solo questo eventuale errore, motivo di invalidità del negozio in sé e non per ripercussione derivante da un ordine di attività normativamente prestabilito, che può rilevare in sede d'impugnativa. In altri termini non si potrebbe chiedere ed ottenere l'annullamento del lodo libero per il fatto puro e semplice di non essere stati ascoltati, ma a tal fine, si deve dimostrare che ciò ha determinato un errore-vizio conseguente. Vale a dire, si deve dimostrare la causalità dell'eventuale mancata attivazione del contraddittorio, perché è solo l'errore-vizio della volontà dell'arbitro, che può portare all'annullamento del lodo, restando, invece, il lodo inattaccabile, se quell'errore non risulta sussistente»³⁰⁵. Si ha, di conseguenza, una limitata rilevanza del contraddittorio, in quanto il mancato rispetto dello stesso rileverà nei limiti in cui la parte soccombente sia in grado di dimostrare che il fatto di non essere stata ascoltata abbia portato a un errore dell'arbitro.

In senso parzialmente analogo a Consolo si esprime Marinelli³⁰⁶, il quale ricostruisce l'arbitrato contrattuale come un contratto *per relationem*, inquadrabile nello schema generale di cui all'art. 1349 c.c. Le parti, attraverso il patto compromissorio, (auto)compongono la lite, impegnandosi ad accettare quanto stabilito dagli arbitri come espressione della propria volontà e dando vita, in questo modo, a un fenomeno esclusivamente negoziale, irriducibile al differente fenomeno dell'arbitrato rituale, che invece consiste in un'ipotesi di eterocomposizione della lite. La natura negoziale dell'arbitrato contrattuale non comporta, tuttavia, che debba in esso essere esclusa l'operatività del principio del contraddittorio, in quanto la necessità del rispetto dello stesso può essere fatta discendere dalla disciplina sostanziale del fenomeno e, in particolare, dall'art. 1349 c.c., che impone al terzo di adottare, anche da un punto di vista procedimentale, tutte le misure idonee a garantire la giustizia e correttezza della propria determinazione. Se, pertanto «il contraddittorio deve essere pienamente garantito dagli arbitri su ogni punto fondamentale della questione loro sottoposta, ivi compreso il momento essenziale della ricostruzione dei dati di fatto rilevanti ai fini della determinazione finale», è altrettanto vero che non è richiesto il rispetto delle norme formali che regolano l'arbitrato rituale, essendo il principio finalizzato alla corretta conoscenza dei fatti di causa da parte degli arbitri e non legato al diritto di difesa delle parti³⁰⁷. Così come l'art. 1349 c.c. impone agli arbitri il rispetto del principio del contraddittorio, allo stesso modo comporta per essi l'onere di motivare il lodo contrattuale, dal momento che, in caso contrario, la determinazione degli arbitri dovrà considerarsi manifestamente iniqua, in quanto compiuta

³⁰⁵ ID., *op. cit.*, 734.

³⁰⁶ M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale – Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002.

³⁰⁷ ID., *op. cit.*, 219 ss.

in modo da non rendere possibile alle parti valutare la giustizia e correttezza della stessa. Il mancato rispetto delle regole procedurali ha come conseguenza l'impugnabilità del lodo sotto i profili dell'erroneità e iniquità manifesta.

Infine anche Rubino-Sammartano³⁰⁸ espressamente ricostruisce l'arbitrato contrattuale come mandato congiunto a transigere. Da tale definizione consegue l'inapplicabilità allo stesso della disciplina prevista per l'arbitrato rituale, in particolare per quanto riguarda gli aspetti processuali. In relazione al principio del contraddittorio, il predetto inquadramento ha come conseguenza che non occorra richiamarsi a esso in modo puntuale, anche se «non potrebbe intendersi eseguito il mandato se il mandatario non richiedesse alle parti le precisazioni e i chiarimenti opportuni per la comprensione delle loro ragioni e non desse loro la possibilità di esporle e di commentare le ragioni delle altre parti». Pertanto l'arbitro avrà senza dubbio la possibilità di procedere molto più liberamente di quanto non potrebbe fare se si vertesse in ambito di arbitrato rituale, ma tale circostanza non fa venir «il dovere dei mandati di cogliere gli elementi necessari, al fine di formare il proprio convincimento», a pena di violazione del mandato e con conseguente invalidità dell'atto compiuto dal mandatario, così come deve ritenersi imposto agli arbitri il dovere di motivare la transazione raggiunta, rientrando negli obblighi derivanti dal mandato anche quello di mettere i mandanti in grado di stabilire il percorso attraverso il quale si giunge al prodotto finale.

9. Vi sono altri autori che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria ed essendo pertanto favorevoli ad ammettere una netta distinzione tra le due forme di arbitrato, sono critici nei confronti dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale nella figura dell'arbitraggio nella transazione.

Critica la teoria dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione, per esempio, Nobili³⁰⁹, il quale, nel proprio studio dedicato all'arbitrato delle associazioni commerciali, afferma che, se la legge ammette che le parti risolvano una lite attraverso un negozio concluso direttamente tra le stesse, gli interessati devono necessariamente avere il potere di far decidere la controversia attraverso arbitri contrattuali. Pertanto, così come è possibile risolvere negoziabilmente una controversia con l'accettazione, a opera di una parte, dell'intera pretesa della controparte, allo stesso modo non c'è ragione di limitare i poteri degli arbitri con l'imposizione dell'obbligo di risolvere la lite con il metro dell'*aliquum datum aliquum retentum*. Quanto al contraddittorio, l'autore non prende esplicitamente posizione tra la tesi dominante (che negava che l'attività di parti e arbitri potesse essere limitata dal rispetto del principio) e le prime sentenze della giurisprudenza che, come vedremo meglio *infra*, cominciavano ad affermare la necessità del rispetto del principio anche all'interno dell'arbitrato contrattuale³¹⁰. Afferma tuttavia che «l'inosservanza delle regole procedurali non sarà causa di invalidità del lodo» e che non sarà in ogni caso invocabile la figura dell'eccesso dei limiti del mandato, attinente alla decisione di materie non deferite dalle parti all'arbitrato ma non all'inosservanza di regole procedurali. E la conclusione non cambia neppure qualora esistano, come nel caso degli arbitrati contrattuali organizzati in seno alle associazioni commerciali, delle regole procedurali, dal momento che

³⁰⁸ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 4a ed., Padova 2005

³⁰⁹ R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova 1957.

³¹⁰ *Id.*, *op. cit.*, 326.

«l'osservanza delle regole da parte degli arbitri non è stata ritenuta dai litiganti tanto importante da subordinarvi la volontà di ricorrere all'arbitrato e di assoggettarsi alla decisione degli arbitri»³¹¹.

Non richiama la figura dell'arbitraggio nella transazione neppure Grandi³¹², il quale identifica la funzione dell'arbitrato contrattuale nella composizione di un conflitto giuridico, attuata nell'ambito dell'autonomia giudiziale privata. Mentre nell'arbitrato rituale la lite viene superata attraverso un'attività di accertamento (analoga a quella propria del giudice statale), nell'arbitrato contrattuale l'attività degli arbitri è di tipo dispositivo, in quanto supera la lite attraverso la sostituzione della situazione giuridica controversa con una situazione giuridica non controversa: «attraverso la sostituzione della situazione litigiosa con una situazione non litigiosa, l'arbitro irrituale crea un nuovo assetto giuridico del conflitto di interessi, che le parti potevano far valere come lite, chiedendone la decisione formale al giudice o all'arbitro di rito, ma che hanno, invece, preferito risolvere, sul terreno della disposizione negoziale, dando l'incarico al terzo di comporre tale conflitto con la posizione di un nuovo rapporto giuridico»³¹³. Quanto all'atto di determinazione dell'arbitro, viene interpretato come una dichiarazione di volontà, emessa su autorizzazione dei soggetti interessati: cioè un negozio giuridico unilaterale. Tra arbitrato rituale e contrattuale vi è pertanto un'assoluta impossibilità di assimilazione, presupponendo il primo, ma non il secondo, un'attività di giudizio che si esprime all'esito di un processo; con la conseguenza implicita della sostanziale irrilevanza del mancato rispetto del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale.

Giugni³¹⁴, invece, afferma la natura negoziale dell'istituto ma nega che lo stesso possa essere identificato con l'arbitraggio nella transazione e il mandato a transigere (dal momento che, aderendo a tale impostazione, si dovrebbe necessariamente ammettere che l'istituto sia valido e vincolante soltanto quando presenti i requisiti della transazione, *in primis* le reciproche concessioni tra le parti) ovvero con i cd. negozi di composizione della lite o equivalenti negoziali del processo di carneluttiana memoria (categoria ritenuta dall'autore inaccettabile³¹⁵). Secondo Giugni è possibile, da un lato, distinguere l'arbitrato, rituale e contrattuale, dall'arbitraggio, in quanto in quest'ultimo il terzo deve determinare un elemento essenziale del contratto, mentre nel primo la determinazione del terzo si sovrappone a un rapporto perfetto e, d'altro lato, distinguere nettamente arbitrato rituale e arbitrato contrattuale, in quanto il primo è finalizzato e strutturato per un'attività dichiarativa, mentre il secondo è ricondotto alla figura del negozio di accertamento: cioè a un atto negoziale di natura costitutiva – idoneo a modificare un preesistente negozio, con il quale si incorpora e forma un dato unitario – caratterizzato nello specifico dal fatto che la determinazione non è posta in essere dalle parti ma da un terzo. Dalla natura negoziale dell'arbitrato contrattuale consegue, di necessità, la sua impugnabilità attraverso le forme

³¹¹ ID., *op. cit.*, 326. Secondo Nobili, tuttavia, le parti sarebbero indirettamente protette dal fatto che il rispetto delle regole è imposto agli arbitri come dovere nei confronti dell'associazione.

³¹² M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano 1963, 73 ss.

³¹³ ID., *op. cit.*, 123 ss.

³¹⁴ G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3 ss.

³¹⁵ ID., *op. cit.*, 27 ss.

dell'invalidità negoziale, all'interno delle quali non sembra residuare alcun spazio per la rilevanza diretta del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Anche Hernandez³¹⁶ considera l'arbitrato contrattuale una figura negoziale (per la precisione, un contratto d'opera al pari dell'arbitrato rituale) non assimilabile alla transazione, in relazione alla quale la necessità del rispetto del contraddittorio assume una configurazione particolare, in quanto il termine contraddittorio, in relazione a tale *species* di arbitramento, viene utilizzato in senso atecnico per sottolineare l'esigenza che gli arbitri debbano conoscere la materia a loro sottoposta, sia pure nei limiti in cui gli interessati intendono evidenziarla: «nell'arbitrato irrituale, la finalità del contraddittorio è la mera conoscenza della *res litigiosa*. L'esistenza di un contratto d'opera, affinché l'arbitro (o gli arbitri) faccia cessare la lite, sostituendo alla medesima una nuova situazione non esclude, anzi presuppone, che l'arbitro sia posto a conoscenza, quanto più e quanto meglio, dei suoi termini»³¹⁷.

Secondo Santoro-Passarelli³¹⁸, invece, tra arbitramento rituale e contrattuale corre una diversità non solo formale, ma anche sostanziale, dal momento che, nel primo caso, l'arbitro è chiamato a preparare il contenuto logico di una sentenza, mentre, nel secondo caso, l'arbitro «trae la sua investitura soltanto dalla volontà delle parti ed è chiamato a compiere un'attività formalmente e materialmente identica a quella che esse stesse potrebbero svolgere. Come alle parti è consentito, in virtù della loro autonomia, comporre o, più genericamente, eliminare da sé la lite, così le stesse possono raggiungere il medesimo risultato avvalendosi di un terzo, che non opera allora quale giudice, sibbene sostituisce la propria volontà a quella delle parti»³¹⁹. Tale autore si oppone all'inquadramento dell'arbitramento contrattuale nella figura dell'arbitraggio applicato alla transazione o del mandato a transigere, dal momento che la composizione della lite non comporta necessariamente sacrifici per entrambe le parti in lite e l'intervento del terzo è anzi alternativo alla reciprocità delle concessioni.

Anche secondo Cirulli³²⁰ le parti, attraverso la stipulazione del compromesso contrattuale, non intendono addivenire a una transazione, ma attribuire all'arbitro il potere di accertare il fatto controverso e individuare la regola di diritto o equità applicabile. L'arbitramento contrattuale deve essere inquadrato «nell'ambito dei negozi di composizione o prevenzione della lite, diversi dalla transazione, mediante i quali si attua la ricerca ed il raggiungimento di una soluzione non più o meno intermedia tra le contrapposte pretese o opinioni ma considerata dalle parti giusta secondo diritto o secondo equità», mentre il *dictum* degli arbitri «si inserisce nel negozio compromissorio secondo lo schema dell'arbitraggio»³²¹. L'arbitramento contrattuale non è però un processo, dal momento che rientra nell'ambito di un'attività non pubblicistica, ma negoziale delle parti, con la conseguenza che non si potrà pretendere al suo interno il rispetto del principio del contraddittorio inteso in senso tecnico,

³¹⁶ S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova 1990, 144 ss.

³¹⁷ ID., *op. cit.*, 151.

³¹⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1157 ss.

³¹⁹ ID., *op. cit.*, 1163 ss.

³²⁰ M. CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitramento irrituale*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2783 ss.

³²¹ ID., *op. cit.*, 2792.

come canone processuale attuativo del principio *audiatur et altera pars*. Le parti hanno bensì il diritto di svolgere «attività assertiva e deduttiva, sia pure senza formalità, e di replicare alle istanze e deduzioni avversarie», ma tale attività è «funzionale alla piena conoscibilità del rapporto controverso da parte dell'arbitro», cioè è finalizzata a evitare che la determinazione dell'arbitro sia esente da errori rilevanti ai sensi dell'art. 1429 c.c. Pertanto la violazione del contraddittorio non è mai idonea a rilevare di per sé e la parte potrà impugnare vittoriosamente il lodo solo qualora sia in grado di dimostrare che, se le fosse stato possibile allegare fatti favorevoli ovvero contestare fatti sfavorevoli, il lodo avrebbe avuto un differente contenuto.

10. In relazione alla posizione della giurisprudenza, nei primi anni successivi all'approvazione del nuovo codice di procedura civile è possibile riscontrare una sostanziale continuità con la giurisprudenza precedente, non solo per quanto riguarda l'affermazione che l'arbitrato contrattuale consiste in un fenomeno negoziale, più precisamente inquadrabile nel contratto di transazione³²², ma anche per le conseguenze che da tale inquadramento derivano, per esempio in tema di impugnabilità del lodo³²³ e, per quanto ai fini della presente analisi maggiormente interessa, di esonero dal rispetto di forme e prescrizioni procedurali³²⁴, con la naturale conseguenza dell'irrelevanza, almeno diretta, della violazione del principio del contraddittorio ai fini della validità del lodo.

Tuttavia la giurisprudenza non è completamente unanime, ed è dato reperire delle pronunce che, per certi aspetti, risultano difformi dall'orientamento dominante.

Per esempio, Cass. 6 maggio 1949, n. 1148³²⁵, nel tracciare la distinzione tra arbitrato contrattuale e arbitraggio, nella massima afferma che il primo è istituito finalizzato a comporre una vertenza sorta tra le parti «mediante il dispiegamento di un'attività di natura

³²² Sono numerosissime le massime che richiamano la figura della transazione al fine dell'inquadramento dell'arbitrato contrattuale: Cass. 10 maggio 1946, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Arbitrato irrituale*, n. 8; Cass. 26 novembre 1946, n. 1332, *ibidem*, n. 5; Cass. 28 febbraio 1951, n. 507, *ibidem*, 1951, n. 1; App. Catanzaro 18 maggio 1953, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 19; App. Milano 16 aprile 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 1029; *Giur. it.*, 1954, I, 2, 780; Trib. Biella 16 novembre 1953, in *Dir. fall.*, 1954, II, 534; Trib. Roma 30 aprile 1954, in *Temi romana*, 1954, 169; Cass. 4 maggio 1955, n. 1240, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 21; Cass. 21 aprile 1955, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 34; Trib. Crema 29 maggio 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, 824; Cass. 18 settembre 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2024; App. Brescia 12 gennaio 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 27; App. Milano 18 novembre 1955, in *Giust. civ.*, 1956, I, 146; *Foro pad.*, 195, I, 1160; App. Caltanissetta 16 marzo 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Arbitrato rituale e irrituale, arbitraggio*, n. 39.

³²³ Che può essere impugnato esclusivamente per far valere incapacità delle parti, vizi del consenso (errore, violenza, dolo), estinzione o eccesso di mandato ma non per un riesame del merito: v., per esempio, Cass. 2 agosto 1950, n. 2311, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Arbitrato irrituale*, n. 1.

³²⁴ È diffusa, nelle sentenze, l'affermazione che in caso di arbitrato contrattuale gli arbitri non sono tenuti al rispetto di forme processuali: v., per esempio, App. Bari 15 gennaio 1947, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Arbitrato irrituale*, n. 3; App. Torino 24 febbraio 1948, in *Rep. Giur. it.*, 1947-1948, voce *Arbitrato*, n. 42; Cass. 5 agosto 1947, *ibidem*, n. 44; Cass. 6 maggio 1948, n. 1148, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Arbitrato irrituale*, n. 1; Cass. 14 gennaio 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 603; Trib. Mantova 8 dicembre 1949, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Arbitrato irrituale*, n. 6; Cass. 10 marzo 1950, n. 631, *ibidem*, n. 12;

³²⁵ v. nota precedente.

giurisdizionale e senza l'osservanza di forme», abbandonando pertanto il consueto riferimento alla natura esclusivamente negoziale dell'attività posta in essere dagli arbitri. Dalla massima della sentenza non è dato desumere se nella motivazione della sentenza i giudici abbiano tratto delle conseguenze dalla affermata «natura giurisdizionale» dell'attività posta in essere dagli arbitri contrattuali; è, però, senza dubbio lecito affermare che la configurazione dell'attività dell'arbitro come giurisdizionale ha come corollario la necessità, pur nell'assenza dell'obbligo di osservanza di specifiche forme, del rispetto del principio del contraddittorio.

Maggiore interesse presentano però alcune sentenze degli anni successivi, le quali affermano espressamente la necessità del rispetto del principio del contraddittorio anche nell'ambito dell'arbitrato contrattuale.

In primo luogo Cass. 30 giugno 1955, n. 2022³²⁶, la cui massima è esplicita in tal senso: «il principio del contraddittorio è assolutamente inderogabile anche quando si versi in tema di arbitrato irrituale».

In senso analogo una sentenza di alcuni anni dopo, Cass. 30 marzo 1960, n. 695³²⁷, la quale conferma il medesimo principio della assoluta inderogabilità del contraddittorio anche in ambito di arbitrato contrattuale, nonché Cass. 8 febbraio 1964, n. 298³²⁸.

Nel 1961 la Suprema Corte, in un'altra sentenza, affronta di nuovo il problema del rapporto tra principio del contraddittorio e arbitrato contrattuale³²⁹.

Dalla motivazione della sentenza si apprende che parte ricorrente, impugnando la sentenza della Corte d'appello, riproponeva la questione della nullità del lodo arbitrale contrattuale per il mancato rispetto del principio inderogabile del contraddittorio, lamentando che, pur avendo l'arbitro permesso di portare a sua conoscenza le censure che la parte muoveva alla situazione patrimoniale di una società, prospettata dalla controparte, avrebbe dovuto permetterle di apprendere quanto l'altra parte aveva detto e fatto conoscere all'arbitro, fissando un termine in modo che potesse replicare attraverso la presentazione di documenti e memorie. La sentenza impugnata, disattendendo le censure mosse, metteva in evidenza che le parti, attraverso uno scambio di lettere tra loro avvenuto per mezzo dell'arbitro e nelle riunioni presso lo stesso, avevano fatto conoscere le loro pretese e le loro ragioni ed era stata data la possibilità, a parte ricorrente, di esaminare un documento (bilancio della società) depositato in corso di causa. La Cassazione, confermando la sentenza impugnata, afferma che, pur essendo necessario il rispetto del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale, la norma dell'art. 816, comma 3 c.p.c. – che imponeva agli arbitri rituali di assegnare in ogni caso alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche –, non è in quest'ipotesi prescritta a pena di nullità.

³²⁶ In *Mass. Giur. it.*, 1955, 501.

³²⁷ In *Mass. Foro it.*, 1960, 159.

³²⁸ In *Mass. Giur. it.*, 1964, 90, le cui massime recitano: «Il principio del contraddittorio, pur se non articolato in forme rigorose, è assolutamente inderogabile anche quando si versi in tema di arbitrato irrituale. Una delle esigenze fondamentali del contraddittorio è la necessità che non solo l'arbitratore ascolti le parti, ma anche che queste siano poste in grado di conoscere quanto le altre, rispettivamente, abbiano prospettato all'arbitro, onde potersi a loro volta difendere e replicare».

³²⁹ Cass. 27 aprile 1961, n. 941, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1847; *Foro it.*, 1960, I, 726.

Argomenta la sentenza che «se non si può negare l'inderogabilità del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato libero, questo deve essere inteso in relazione al contenuto della pronuncia che le parti chiedono agli arbitri di emettere. E cioè, se le parti tendono, in via mediata, ad un accordo transattivo sulla controversia in via di composizione amichevole, esse devono essere necessariamente poste in grado di potere esporre all'arbitro le rispettive pretese e le eccezioni a quelle avversarie, nonché le ragioni relative, così come tale prospettazione reciproca sarebbe necessaria se le parti procedessero direttamente alla conciliazione degli opposti interessi, al fine di trovare un punto di incontro nel negozio transattivo. Ma, quando tale esigenza sia stata soddisfatta, per modo che, avendo ciascuna esposto le proprie pretese e ragioni e contestato o avuto la possibilità di contestare quelle avversarie, l'arbitro sia in grado di sapere da quale parte, a suo giudizio insindacabile, sia la ragione o il torto e qual è il rimedio più opportuno per contemperare gli opposti interessi, ciò posto non occorre che il contraddittorio si perpetui con ulteriori attività delle parti e dell'arbitro o che l'arbitro continui a sentire le parti». E – continua la sentenza, affermando un principio che diverrà costante – «nell'arbitrato irrituale, il contraddittorio non si articola necessariamente in forme rigorose ed in fasi progressive, regolate dall'arbitro mediante la prefissione di termini, neppure per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie o di esporre repliche, come prescrive il citato art. 816, comma 3, c.p.c. per l'arbitrato rituale; è sufficiente, invece, che l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicitare, in qualsiasi modo e tempo in relazione agli elementi che l'arbitro potrà assumere a fondamento della sua pronuncia, affinché il principio del contraddittorio si possa ritenere osservato».

Tale ultimo indirizzo è poi espressamente richiamato e fatto proprio da Cass. 16 maggio 1962, n. 1070³³⁰, la quale riconduce il compromesso contrattuale al mandato a transigere e afferma che «nessuna identità o somiglianza di funzione esiste tra il giudice e l'arbitro rituale, da un lato, tenuti, entrambi, ad emettere una decisione, e quindi ad esprimere un giudizio sul fondamento delle domande e delle eccezioni rispettivamente avanzate dalle parti, e l'arbitrato libero, dall'altro, la cui attività si concretizza nel formulare, sul terreno del diritto sostanziale, i termini di quella composizione transattiva degli interessati, sia pure genericamente, già voluta e conclusa. All'arbitrato libero non sono, dunque, applicabili neppure in via analogica, le norme stabilite dal codice di procedura civile relativamente all'arbitrato rituale, donde la esclusione delle particolari modalità, attraverso le quali viene reso concretamente operante il principio del contraddittorio cosiddetto formale, come disciplinato dagli art. 101 o 816, 3° comma, cod. proc. civ., rispettivamente, per il giudizio ordinario e per quello arbitrale. Su un piano del tutto diverso e più aderente alla natura dell'istituto in esame va, invece, considerata la esigenza *in subiecta materia*, del contraddittorio, il quale, come è ovvio, costituisce il presupposto necessario e insopprimibile per la stessa esistenza e validità di una qualsiasi manifestazione di giudizio, anche al di fuori di un procedimento contenzioso. L'arbitro irrituale, infatti, deve conoscere i termini della controversia e a tal fine le parti hanno sempre facoltà di presentare documenti e memorie, contenenti l'esposizione delle rispettive pretese e ragioni. Ma ... tale ordine di informativa non si articola necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive, né presuppone la prefissione di termini o la possibilità di repliche. In difetto di tassativi criteri formali

³³⁰ In *Foro it.*, 1962, I, 1094.

desumibili da una specifica normativa, la concreta attuazione del contraddittorio va valutata, sul piano sostanziale, alla stregua della idoneità e congruenza delle attività materiali esplicate dai soggetti del rapporto, in qualsiasi modo e tempo».

Le predette sentenze, così come la precedente Cass. 23 novembre 1957, n. 4474³³¹ e alcune pronunce delle corti di merito³³², non si discostano dal tradizionale inquadramento dell'arbitrato contrattuale nella figura della transazione e, pertanto, pur affermando l'inderogabilità del contraddittorio, sottolineano come al termine non possa, in sostanza, essere attribuito il medesimo significato che assume in relazione al processo ordinario e all'arbitrato rituale. La differenza tra processo e arbitrato rituale, da un lato, e arbitrato contrattuale, dall'altro, è ritenuta tale da non permettere neppure un'applicazione analogica delle norme che regolano i primi al secondo; il contraddittorio allora non viene considerato un canone processuale inderogabile, ma lo strumento attraverso il quale le parti, in qualsiasi modo e tempo, portano a conoscenza degli arbitri gli elementi necessari per la decisione della controversia (*rectius*: per la composizione transattiva della stessa).

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio, secondo App. Bologna 27 aprile 1962³³³ - la cui massima afferma che «è nulla, per inosservanza del principio del contraddittorio, la pronuncia con la quale gli arbitri irrituali abbiano risolto le controversie, ad essi deferite, omettendo di assumere dalle parti attraverso riunioni o scambi di corrispondenza, i chiarimenti, le informazioni e i dati necessari per la definizione di tutti i rapporti controversi» - la sanzione che colpisce il lodo è la nullità. Tale sentenza, con una costruzione innovativa, fa risalire l'obbligo di osservare il contraddittorio, da parte degli arbitri, quale principio inderogabile di ordine pubblico, all'inserzione automatica nel contratto di mandato della relativa clausola ai sensi dell'art. 1339 c.c., con conseguente limitazione dell'autonomia delle parti a opera del richiamato obbligo imperativo, a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Altre sentenze, invece, in casi analoghi, parlano di annullamento³³⁴.

Vale peraltro la pena di ricordare, in conclusione, come alla sentenze che affermano la necessità del rispetto del principio del contraddittorio continuano comunque ad affiancarsi sentenze di segno diametralmente opposto (quale, per esempio, Cass. 1 aprile 1965, n.

³³¹ In *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Arbitrato*, n. 114, la cui massima è: «Se anche nell'arbitrato libero va rispettato il principio del contraddittorio, tuttavia questo non va inteso nel senso strettamente tecnico di presupposto processuale».

³³² V., per es., App. Trieste 9 febbraio 1962, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Arbitrato*, n. 52, la cui massima è «anche nell'arbitrato libero deve essere osservata una minima esigenza di contraddittorio, questo però non si articola in forme rigorose ed in fasi progressive, con prefissione di termini o depositi di documenti memorie e repliche, essendo sufficiente che l'attività assertiva e deduttiva delle parti siano potute in qualche modo esplicare (anche se nel lodo non se ne faccia cenno espresso), tenuto conto, della pronuncia richiesta agli arbitri» .

³³³ In *Foro it.*, 1962, I, 377.

³³⁴ V. Trib. Piacenza 25 giugno 1964, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Arbitrato*, n. 26, secondo la quale «la violazione del principio del contraddittorio è da ritenere causa di annullamento del lodo irrituale in quanto, data la natura negoziale dell'arbitrato libero e la sua riconducibilità allo schema del mandato, tale violazione concreta un eccesso da un limite (art. 1711, 1° comma c.c.) proprio del suddetto negozio, perché dettato dall'esigenza di rendere possibile l'attività deduttiva e difensiva delle parti in rapporto al materiale suscettibile di valutazione ad opera degli arbitri».

561³³⁵, la quale, partendo dal presupposto della differenza sostanziale tra arbitrato rituale e contrattuale e, di conseguenza, dall'inapplicabilità delle norme previste per il primo al secondo, afferma che in relazione all'arbitrato contrattuale possa parlarsi dell'obbligo di osservanza del contraddittorio come dell'obbligo di motivazione e, più in generale, di adempimento a specifici oneri procedurali da parte degli arbitri solo in relazione al contenuto dell'atto con il quale viene affidato l'incarico agli arbitri).

11. Se, pertanto, la giurisprudenza, in alcune pronunce, cominciava ad affermare la necessità del rispetto del principio del contraddittorio – seppur attribuendo al termine un significato riduttivo – anche nell'ambito dell'arbitrato contrattuale, in dottrina un vero e proprio cambiamento di prospettiva rispetto al passato si nota a partire dal 1968, anno in cui, in due diversi saggi pubblicati nella Rivista di diritto processuale, Carnacini e Fazzalari, ricostruiscono il fenomeno arbitrale contrattuale in modo innovativo.

Carnacini, nel proprio saggio significativamente intitolato “*Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*”³³⁶, effettuava un'analisi dell'arbitrato in relazione alle controversie di lavoro e, soffermandosi in particolare sull'arbitrato contrattuale – anche per l'ovvia ragione del divieto, esistente nella vigenza dell'originario codice di procedura civile del 1942, di compromettere in arbitri rituali le controversie di lavoro – sottolineava come la non giurisdizionalità dell'istituto non incidesse sul fatto che ci si trovasse comunque di fronte a un terzo, il quale, essendo chiamato a pronunciarsi sulle posizioni sostanziali delle parti, era tenuto a muoversi e a concedere alle parti di difendersi davanti a lui. «Non per nulla» sottolinea l'autore «quando tra i litiganti s'inserisce chi abbia il compito di risolverne le controversie con poteri ed effetti che indifferentemente possono essere giurisdizionale od amministrativi o soltanto privatistici, sorge sempre la necessità, propria di ogni contenzioso, di porre in essere un pur ridotto procedimento, scelto caso per caso o fissato *a priori*, di cui non è lecito ignorare la rilevanza»³³⁷.

La necessità del rispetto del contraddittorio è sottolineata anche da Fazzalari³³⁸, il quale si pone il fine della ricerca di «un *ubi consistam*, cioè di un piano comune sul quale tutti gli arbitrati si possono collocare e dal quale risulti, poi, il compito di chi cerchi le peculiarità e la disciplina di ciascuno»³³⁹. Tale, per così dire, terreno comune di ciascuna forma di arbitrato, viene reperito nel fatto che «gli arbitrati hanno rilevanza come attività di privati, contraddistinte dal presupposto della controversia (su di una situazione giuridica sostanziale), dal processo, dal giudizio». Pertanto anche l'arbitrato contrattuale – come quello rituale – presuppone la risoluzione di una controversia, con la conseguenza della necessità del giudizio «perché all'arbitro viene deferita la controversia, perché il suo *dictum* finale – consista in un mero atto di partecipazione intellettuale oppure in un atto di disposizione – deve plasmarsi sulla ricognizione degli elementi della controversia, sulla soluzione delle sue *quaestiones*, e darne conto»; con l'ulteriore conseguenza della necessità del processo «perché ai fini della cognizione della controversia e del giudizio, i litiganti

³³⁵ In *Giust. civ.*, 1965, I, 2102.

³³⁶ In *Riv. dir. proc.*, 1968, 629 ss.

³³⁷ *Id.*, *op. cit.*, 639.

³³⁸ E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.

³³⁹ *Id.*, *op. cit.*, 460.

possono dire e contraddire sul piede di reciproca e simmetrica parità: il contraddittorio costituendo – quando anche i poteri dei contraddittori siano ridotti al minimo – contrassegno indefettibile del processo». Fazzalari si allontana pertanto dalla ricostruzione dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio, al quale ultimo le parti possono far capo purché non vogliano che l'attività del terzo consista in un giudizio sulla lite. Ma quando le parti vogliono un giudizio da parte del terzo, è necessario che le stesse siano poste in grado di prospettare le rispettive pretese, in posizione di simmetrica parità, e di pretendere che il terzo ne tenga e ne renda conto, senza che l'esonero dalle formalità della procedura – spesso previsto nei patti compromissori – possa essere interpretato come rinuncia al contraddittorio, il cui rispetto si pone come limite invalicabile imposto dallo Stato all'autonomia dei privati. La teoria di Fazzalari si caratterizza pertanto per la riconduzione a unità (teoria cd. unitaria) del fenomeno arbitrale, ma in un senso opposto a quello tentato da Satta: mentre, infatti, quest'ultimo autore riconduceva entrambe le forme di arbitrato all'arbitraggio, Fazzalari riscontra il punto in comune nell'esistenza di un processo finalizzato a risolvere, attraverso il giudizio e previo rispetto del principio del contraddittorio, una controversia, così che il punto di distinzione tra le due forme di arbitrato viene individuato nella diversa efficacia (di sentenza, in caso di arbitrato rituale; di contratto, in caso di arbitrato contrattuale) del lodo³⁴⁰.

12. La teoria unitaria ha trovato negli anni successivi larghissimo seguito in dottrina. Di seguito saranno riportate le posizioni di (alcuni degli) autori che hanno sostenuto la sostanziale unitarietà del fenomeno arbitrale, limitandoci però in particolare all'aspetto della necessità del rispetto del principio del contraddittorio.

Collura, in una monografia dedicata allo studio dell'arbitrato libero³⁴¹, rivolge la propria attenzione, in particolar modo, agli arbitrati organizzati dalle associazioni commerciali e dalle camere di commercio, la cui analisi permette di individuare dei veri e propri procedimenti, caratterizzati dalla possibilità, per le parti, di svolgere attività di allegazione di fatti, svolgimento di prove e presentazione di memorie difensive. Secondo tale autore, peraltro, il fatto che l'arbitrato rituale o contrattuale sia caratterizzato dal giudizio, non prova che lo stesso abbia una struttura processuale, «quasi che la forma irrituale di arbitrato venga a mutuare quel minimo di “processualità” dall'arbitrato formale». Entrambe le figure di arbitrato sono caratterizzate dal procedimento, il quale «fino alla decisione, si svolge tutto sul terreno del diritto sostanziale ed è caratterizzato dal dato costante dello “jus dicere”», ed è «all'interno di questa attività di giurisdizione privata, in cui le parti chiedono al terzo da loro liberamente scelto di “dicere” lo “jus” nel caso concreto, che deve essere situata la possibilità che le parti facciano sentire, in piano di simmetrica parità, le loro ragioni e la necessità che l'arbitro ne tenga e ne renda conto»³⁴². In tale ottica nessuna differenza strutturale può essere ravvisata nelle due forme d'arbitrato, che si distinguono

³⁴⁰ Le idee manifestate per la prima volta – in relazione all'arbitrato contrattuale, nel citato saggio del 1968, saranno in seguito ribadite da Fazzalari in numerosi scritti: v., per tutti, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 307 ss.

³⁴¹ G. COLLURA., *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia* cit.

³⁴² *Id.*, *op. cit.*, 201 ss.

esclusivamente per il differente modo di riconoscimento da parte dello Stato del prodotto dell'attività degli arbitri.

Un saggio è espressamente dedicato al procedimento arbitrale e agli aspetti processuali anche dell'arbitrato contrattuale da Barone³⁴³, il quale considera inaccettabili quelle teorie che negano rilevanza a profili processuali nell'arbitrato contrattuale (anche in virtù della concreta esperienza degli arbitrati commerciali e del diritto del lavoro) e ritiene pertanto che non sia difficile ipotizzare l'applicazione di regole procedurali, come quella del contraddittorio, anche a tale istituto. Quanto alle conseguenze dell'inosservanza del principio del contraddittorio, appare in prima istanza difficile, secondo l'autore, riuscire a ricollegarvi l'invalidità del lodo contrattuale, in assenza di una specifica indicazioni delle parti in tal senso. Fermo restando, infatti, che, qualora le parti abbiano espressamente imposto agli arbitri di ascoltare le proprie ragioni prima della risoluzione della controversia, non si pongono particolari problemi, dal momento che l'invalidità del lodo deriverebbe, in ogni caso e al di là della violazione del contraddittorio, dall'abuso o eccesso di mandato, altrettanto non può automaticamente dirsi qualora gli arbitri, in assenza di specifiche indicazioni delle parti, abbiano deciso la controversia senza prima compiutamente ascoltarle. In realtà il problema deve essere risolto positivamente, *id est* nel senso della invalidità del lodo emanato senza il previo rispetto del contraddittorio, anche perché, in caso contrario, si configurerebbe un'ipotesi di diniego di tutela giurisdizionale di diritti, in contrasto con i principi sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In un saggio dedicato ad arbitrato libero e processo³⁴⁴, Cecchella propone una nozione unitaria dell'arbitrato, inteso come «fenomeno autonomo la cui peculiarità è la risoluzione di una controversia giuridica attraverso un giudizio posto in essere da privati, e ciò sia che la risoluzione arbitrale prenda le forme rituali, sia che essa si svolga liberamente». L'arbitrato contrattuale, pertanto, al pari di quello rituale, «è strutturalmente un processo che sfocia in un giudizio sulla fondatezza delle pretese giuridiche in contrasto». E se, come sembra all'autore, nell'ambito dell'arbitrato rituale gli unici aspetti che si impongono sulla volontà delle parti sono l'imparzialità dell'organo giudicante e il rispetto del principio del contraddittorio, appare difficile reperire un qualche tipo di diversità tra i due tipi di arbitrato, dal momento anche l'arbitrato contrattuale, in quanto giudizio su controversia giuridica, non si sottrae né all'imparzialità dell'organo giudicante né, per quanto ai fini dell'analisi in corso maggiormente interessa, al contraddittorio.

In tali conclusioni l'autore è del resto confortato dall'entrata in vigore della riforma arbitrale del 1983, la quale, attribuendo efficacia al lodo rituale non depositato nella cancelleria del pretore ai fini dell'ottenimento dell'*exequatur*, finisce per ammettere che il processo possa essere utilizzato per creare un prodotto differente dal lodo con effetti di sentenza, quali sono il lodo rituale non depositato e il lodo contrattuale.

³⁴³ C.M. BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, III, Napoli 1979, 57 ss.

³⁴⁴ C. CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881 ss. Le opinioni espresse in tale saggio saranno in seguito ribadite in altre opere dell'autore: v., per es., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 455 ss.; *L'arbitrato* (a cura di C. CECHELLA), Torino, 2005, 246 ss.

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto del principio del contraddittorio, la sanzione sarà la nullità del lodo per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Aderisce alla tesi unitaria anche E.F. Ricci, il quale, in un articolo – riprodotto un parere *pro veritate* reso dall'autore su un caso reale – dedicato al contraddittorio nell'arbitrato contrattuale³⁴⁵, si pone il problema della possibilità di dichiarare invalido un lodo contrattuale per lesione del principio *de quo*, dando al quesito risposta positiva.

In particolare, l'autore ritiene necessario il rispetto del principio del contraddittorio, ai fini della validità del lodo, anche nell'ipotesi in cui le parti non abbiano previsto, nel patto compromissorio, alcuna pattuizione a tal fine. L'innegabile natura negoziale dell'istituto non deve trarre in inganno, dal momento che è necessario distinguere gli effetti del lodo, da un lato, e l'iter formativo dello stesso, dall'altro. Infatti «il negozio lodo irrituale ha una caratteristica tutta propria, che non è presente negli altri negozi: l'essere dovuto al “dictum” di un terzo, al quale le parti espongono le loro ragioni; ed è logico che il diritto tenga conto di questa sua particolarità, preoccupandosi di disciplinarne la formazione nel modo opportuno»³⁴⁶. Da tale caratteristica per così dire «ontologica» della formazione del lodo, anche contrattuale, deriva la necessità del rispetto del contraddittorio, anche nell'ottica del rispetto dell'art. 24 Cost., dal momento che, pur non avendo il lodo contrattuale valore di sentenza, del suo contenuto saranno costretti a tenere conto i giudici che siano in futuro chiamati a pronunciarsi sulla controversia dedotta in arbitri³⁴⁷.

Ma anche qualora non si volesse aderire alla ricostruzione offerta, e cioè ritenere necessario il rispetto del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale indipendentemente da qualunque richiamo al principio che abbiano fatto le parti, non si potrebbe, secondo l'autore, dubitare dell'obbligo del rispetto nel caso – come quello in esame nel parere *pro veritate* – in cui le parti ne abbiano espressamente richiesto l'osservanza.

In questo caso, infatti, l'applicazione dei principi che regolano il contratto di mandato – e, in particolare, l'art. 1711 c.c., che prevede che il mandatario non possa eccedere i limiti fissati dal mandato – ha come conseguenza l'inefficacia della determinazione arbitrale, proprio per la mancata corrispondenza dell'atto posto in essere dai mandatarî con le indicazioni fornite dai mandanti per la formazione dell'atto.

13. Resta adesso da analizzare l'evoluzione giurisprudenziale successiva all'affermarsi, in dottrina, della teoria cd. unitaria. Abbiamo già visto, in precedenza, come le teorizzazioni della unicità del fenomeno arbitrale fossero state precedute, in giurisprudenza, da alcune sentenze, le quali affermavano la necessità del rispetto del principio del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale. Tuttavia, accanto a tali sentenze di tipo «innovativo», continuavano a essere presenti sentenze «di retroguardia», che, attraverso l'inquadramento

³⁴⁵ E.F. Ricci, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, 13 ss.

³⁴⁶ *Id.*, op. cit., 17.

³⁴⁷ La necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito di arbitramento contrattuale era, in precedenza, già stata sottolineata dal medesimo autore in altri saggi; v., per es., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 448 ss., nel quale parla di «processualizzazione» dell'istituto e dell'introduzione di modelli processuali quanto ai motivi di impugnazione del lodo, primo tra tutti il difetto di contraddittorio.

dell'arbitrato contrattuale attraverso lo schema dell'arbitraggio applicato alla transazione o al contratto di accertamento, sviliscono il ruolo e la portata del contraddittorio in tale tipo di arbitrato.

Questo tipo di schema non cambia, sostanzialmente, con il passare degli anni.

O meglio. Si può notare, da un punto di vista «quantitativo», il progressivo aumento delle sentenze, di legittimità e di merito, che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale (salvo poi, come si vedrà *infra*, di solito abbracciare una nozione del principio angusta e insoddisfacente); ma, da un punto di vista «qualitativo», il filone tradizionale ha continuato a sopravvivere – e, si può notare, a essere ancora prevalente rispetto all'altro – nelle pronunce della giurisprudenza, fino ai giorni nostri.

Particolarmente significativa – a dimostrazione della sopravvivenza di una tale visione tradizionale del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale – appare la sentenza 27 aprile 1979, n. 2451³⁴⁸, la quale afferma che «nell'arbitrato irrituale non è possibile invocare il principio del contraddittorio. Poiché non si è in presenza di un giudizio, in cui debba essere assicurata la necessaria dialettica delle parti ai fini dell'esposizione delle loro ragioni e della stessa possibilità di rilievo di esse da parte del giudice, ma si pone unicamente un problema di conoscibilità, da parte dell'arbitro, delle questioni controverse, affinché la sua determinazione non risulti viziata nel suo contenuto (errore essenziale di fatto)».

Tale sentenza, pertanto, aderisce a una visione dell'arbitrato contrattuale completamente opposta a quella sostenuta dalla teoria unitaria («l'arbitrato irrituale può condurre alla definizione della lite sia mediante una transazione, sia mediante un negozio di accertamento», afferma nella continuazione della massima), negando che si possa parlare di giudizio e di un procedimento all'interno del quale le parti, su di un piano di simmetrica parità, abbiano il diritto di far valere pienamente le loro ragioni. Il fine dell'attività delle parti è soltanto quello di rendere edotti gli arbitri di quali siano le questioni controverse (e, di conseguenza, si deve ritenere, degli elementi di fatto che ne stanno alla base), in modo da evitare che i mandatari non incorrano in un errore essenziale di fatto (*id est*: errore revocatorio analogo a quello di cui all'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.) nell'effettuare la loro determinazione. L'unico spiraglio concesso è che «le parti, nella loro autonomia, possano anche nell'arbitrato libero prescrivere l'adozione di talune forme o il rispetto di dati termini sotto pena di nullità. Nel qual caso le prescrizioni e i termini operano come elementi limitativi dei poteri dell'arbitro, con la conseguenza che l'eventuale determinazione emessa senza l'adempimento delle prescrizioni o l'osservanza dei termini stabiliti deve considerarsi inefficace, e cioè non vincolante per le parti, perché compiuta fuori dei limiti predetti».

Quindi è lasciata alle parti la possibilità di prescrivere agli arbitri forme e termini, con la conseguenza che gli arbitri saranno obbligati a rispettarli pena l'invalidità del lodo – per violazione, nell'ottica seguita dalla sentenza, delle norme sui limiti del mandato ex art. 1711 c.c. – ma non è prevista, in ogni caso, un'autonoma valenza del contraddittorio.

A principi sostanzialmente analoghi si ispira App. Milano 18 settembre 1990³⁴⁹.

Secondo i giudici della Corte milanese, in caso di arbitrato contrattuale, gli arbitri «sono chiamati a esprimere una soluzione transattiva, o comunque convenzionale, della vertenza ed operano quali mandatari delle parti, le quali hanno anticipatamente dichiarato di ratificare

³⁴⁸ In *Rass. arb.*, 1979, 187 ss.

³⁴⁹ In *Riv. arb.*, 1990, 555, con nota di V. VIGORITI, *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?*

e far propria la volontà negoziale manifestata dagli arbitri nel lodo» e, di conseguenza, dal momento che non si tratta «della puntuale definizione di reciproci ragioni e torti, bensì della comune ricerca di un punto di convergenza dei rispettivi interessi delle parti, sia pur compiuta – se così può dirsi – per interposta persona attraverso l’opera degli arbitri mandatari delle parti stesse, allora non è più questione di garantire ai contendenti la parità delle armi, ma, semmai, di assicurare che gli arbitri siano posti in grado di conoscere e valutare adeguatamente i motivi della contrapposizione d’interessi che essi hanno l’incarico di comporre convenzionalmente». Anche in questo caso i giudici fanno salva la possibilità che le parti possano imporre agli arbitri il rispetto di alcune regole tipiche del contraddittorio, dubitando però che sia sufficiente «un mero e generico richiamo ai principi dello stesso».

Anche in questo caso, dunque, il contraddittorio finisce per perdere qualunque autonomia e viene considerato quale mero mezzo attraverso il quale portare gli estremi della controversia a conoscenza dei mandatari, in modo che questi ultimi possano esprimere la loro volontà. Con la conseguenza che, nel caso di specie, non è stato ritenuto idoneo a fondare la violazione del contraddittorio il fatto che, essendo stata disposta una consulenza tecnica, i consulenti di parte non siano stati fatti partecipare ad alcune delle operazioni e che gli arbitri abbiano assunto direttamente, senza interpellare le parti, alcune informazioni (relative al costo della manodopera occorrente per eliminare i difetti sui beni oggetto di causa) poi usate al fine di decidere la controversia.

Particolarmente interessante appare Cass. 18 gennaio 1992, n. 595³⁵⁰, non solo per il contenuto intrinseco della sentenza ma anche perché è possibile ricostruire l’intera vicenda che ne precede l’emanazione e reperire, all’interno di un’unica vicenda processuale, le differenti posizioni prima descritte.

In fatto, nel corso di un procedimento arbitrale la società x eccepiva il difetto di legittimazione attiva della controparte sig. Tizio, dal momento che le azioni sociali sulla base delle quali quest’ultimo aveva agito in giudizio sarebbero state cedute dalla società x non a Tizio ma alla società y, unica legittimata ad agire. Per risolvere il problema della legittimazione del sig. Tizio, il collegio arbitrale – dopo che era già stata chiusa l’istruttoria – anziché decidere sulla base dei documenti prodotti o riaprire l’istruttoria sul punto, decideva, all’insaputa dei legali della società x, di interpellare la società y attraverso il difensore del sig. Tizio. A seguito della predetta richiesta, il legale rappresentante della società y faceva sapere di non avere nulla a pretendere dalla società x e riconosceva che l’unico legittimato a far valere i diritti nascenti dal contratto dedotto in arbitrato era il sig. Tizio. Ricevuta la comunicazione da parte della società y – soggetto, si ripete, terzo rispetto alle parti in causa –, senza aprire il contraddittorio sul contenuto della stessa, il collegio arbitrale decideva la controversia sulla base della comunicazione “irritualmente” ricevuta, condannando la società x.

Il lodo così emanato veniva impugnato dalla società x di fronte al Tribunale di Torino, facendosi valere, tra le altre cose, la violazione del principio del contraddittorio, dal momento che non solo era stato affidato, da parte del collegio, l’espletamento di un’attività istruttoria al difensore della controparte, ma di tale attività, avvenuta successivamente alla

³⁵⁰ In *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1446; *Riv. arb.*, 1993, 45, con nota di E. FAZZALARI; *Foro pad.*, 1993, I, 40, con nota di M. RUBINO-SAMMARTANO.

chiusura dell'istruttoria, la società x aveva preso contezza esclusivamente dalla lettura del lodo. Per "rafforzare" le proprie ragioni la società x faceva redigere un parere *pro veritate* da parte del professor E.F. Ricci³⁵¹, nel quale la lesione del principio del contraddittorio nel caso di specie viene reputata talmente grave «da configurarsi come ipotesi limite e quasi come caso di scuola». Il Tribunale di Torino³⁵², sposando le tesi prospettate dalla società attrice, accoglieva la domanda di inefficacia del lodo, mettendo in evidenza che, anche nell'ipotesi di arbitrato contrattuale «il principio del contraddittorio è un imprescindibile requisito di validità del lodo arbitrale, anche nell'ipotesi in cui le parti non ne abbiano espressamente previsto il rispetto da parte degli arbitri; a maggior ragione gli arbitri sono obbligati a rispettare il contraddittorio quando – come nel caso in esame – abbiano ricevuto un esplicito mandato in tal senso in sede di accordo compromissorio».

La sentenza del Tribunale di Torino veniva però riformata in sede d'appello – con la conseguente dichiarazione di validità del lodo, non essendo stata ravvisata una lesione del contraddittorio – e la sentenza d'appello veniva impugnata da parte della società x con ricorso per cassazione per violazione delle «norme sul contraddittorio e sul mandato nel senso che [la sentenza] non ha ritenuta l'invalidità della decisione arbitrale, nonostante che gli arbitri irrituali avessero operato senza rispettare il principio del contraddittorio e i criteri informativi del mandato ricevuto, sotto il duplice profilo dell'assunzione di prove come attività istruttoria d'ufficio e dell'utilizzazione dei risultati di prova, senza aver dato alle altre parti possibilità di interloquire sui dati acquisiti».

Di fronte all'esposta censura, la Cassazione, dopo aver abbracciato la lettura «estensiva» del contraddittorio (non ancorata cioè al dato letterale dell'art. 101 c.p.c. ma rivisitata sulla base del combinato disposto degli artt. 24, 2 e 3 Cost. e 6, par. 1 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) precisa che la violazione del principio «opera diversamente dal processo ordinario, e nello stesso arbitrato rituale, rispetto a fattispecie come quella in esame di arbitrato irrituale». In quest'ultimo caso infatti la violazione del contraddittorio si pone come abuso del mandato, che si verifica qualora gli arbitri, «nel redigere la soluzione contrattuale di tipo transattivo», non rispettino quanto stabilito nel contratto di mandato, essendo stati svincolati dal rispetto di formalità fatto salvo il contraddittorio.

La violazione del contraddittorio, pertanto, in caso di processo ordinario e arbitrato rituale si caratterizza come violazione del procedimento, denunciabile in ogni stato e grado del processo, mentre, in caso di arbitrato contrattuale, si risolve in un problema di ermeneutica negoziale, cioè in un accertamento riservato al giudice di merito purché correttamente motivato. L'applicazione dei suddetti principi al caso in esame porta alla conferma della sentenza impugnata – e quindi del lodo originariamente emesso –, in quanto le parti avrebbero avuto la possibilità di far valere le loro ragioni e, in particolare, con la richiesta di informazioni alla società y, gli arbitri non avrebbero abusato del mandato loro conferito, dal momento che tale attività, finalizzata a fugare dubbi sulla legittimazione attiva del sig. Tizio, si sarebbe svolta anche nell'interesse della società x.

³⁵¹ E.F. Ricci, *Sul contraddittorio*, cit.

³⁵² V. la sentenza in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1987, 262 ss., con nota di C. Cossu.

La sentenza, con nota contraria di Fazzalari³⁵³, non può che essere aspramente criticata sia per la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale che accoglie sia per i risultati pratici cui arriva.

Quanto al primo punto, innanzitutto la Cassazione espressamente abbraccia, come le sentenze precedentemente commentate, l'obsoleta interpretazione dell'arbitrato contrattuale in termini di negozio transattivo e non di processo e, in secondo luogo, afferma la necessità del rispetto del principio del contraddittorio come conseguenza dell'espressa indicazione in tal senso operata dalle parti e non come canone in ogni caso indefettibile.

Passando al piano dei risultati pratici, anche laddove, come nel caso concreto, le parti abbiano espressamente imposto agli arbitri il rispetto del contraddittorio, il contenuto di quest'ultimo appare evanescente, tanto che non viene ritenuta integrata la lesione del principio in un'ipotesi così grossolana da risultare quasi «di scuola».

Di analogo tenore appare Cass. 15 marzo 1995, n. 3032³⁵⁴.

In questo caso parte soccombente lamentava la violazione del principio del contraddittorio in quanto l'arbitro non l'aveva messa in condizione di esporre le proprie ragioni in ordine alla stima dei lavori compiuti e sull'esistenza di un'inadempienza.

Ma la Corte afferma che l'inderogabile principio sancito dal vecchio art. 816, comma 3, c.p.c., non è prescritto a pena di nullità nell'arbitrato contrattuale, nel quale «va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronuncia arbitrale voluta dai compromittenti: non vi si articola, quindi, necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive regolate dall'arbitro in mediante prefissione di termini, nemmeno per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, essendo sufficiente che la loro attività assertiva e deduttiva si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia».

Come messo in evidenza nella nota di commento³⁵⁵, in tale prospettiva il contraddittorio degrada a mero strumento finalizzato a far conoscere la controversia all'arbitro e la sua violazione non è in grado di per sé di incidere sulla validità del lodo, incombendo in ogni caso sulla parte soccombente l'onere di dimostrare che il mancato rispetto del principio abbia causato un errore essenziale di fatto, in assenza del quale la violazione rimane priva di effetti.

Ma in senso analogo vi sono anche pronunce più recenti.

Per esempio, Trib. Taranto 24 gennaio 1997³⁵⁶, che afferma che «la violazione del principio del contraddittorio nel corso di un arbitrato irrituale può assumere rilevanza ai fini dell'impugnazione del lodo qualora configuri un'ipotesi di errore che abbia inficiato la volontà contrattuale espressa dagli arbitri» o Cass. 18 settembre 2001, n. 11678, secondo la quale «nell'arbitrato irrituale - quale vicenda che inizia e si esaurisce sul piano contrattuale - la violazione del principio del contraddittorio non si pone come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ai sensi dell'art. 1429 c.c., ossia come un errore degli stessi arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dai medesimi espressa, con la conseguenza che la sua

³⁵³ E. FAZZALARI, *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. arb.*, 1993, 48.

³⁵⁴ In *Riv. arb.*, 1997, 71, con nota di F. AULETTA.

³⁵⁵ F. AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nocciolo duro*, in *Riv. arb.*, 1997, 73.

³⁵⁶ In *Rep. Giur. it.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 11.

deduzione comporta un'indagine sull'effettivo contenuto del mandato stesso, indagine riservata al giudice di merito e non censurabile in Cassazione, se correttamente e logicamente motivata».

Tra le ultime, nel senso appena ricordato, Cass., sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15353, secondo la quale «nell'arbitrato libero o irrituale, che si traduce in una regolamentazione contrattuale della contesa, la violazione del principio del contraddittorio non rileva come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato, e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ex art. 1429 c.c., ossia come errore degli arbitri che abbia inficiato la volontà contrattuale dai medesimi espressa; ne consegue che la parte che impugna il lodo deve dimostrare in concreto l'errore nell'apprezzamento della realtà nel quale gli arbitri sarebbero incorsi, mentre il solo fatto di non essere stata ascoltata, di non aver ricevuto copia della memoria prodotta dalla controparte o di non aver potuto produrre a sua volta una replica non implica di per sé un vizio della volontà degli arbitri»³⁵⁷ e Cass. 16 marzo 2005, n. 5678, la quale – pronunciata in tema di perizia contrattuale ma esprimente, come tiene a precisare la Corte, un principio valido anche in tema di arbitrato irrituale – afferma che «nella perizia contrattuale (al pari di quanto si verifica nell'arbitrato irrituale) la decisione dei periti è impugnabile solo attraverso le tipiche azioni di annullamento e di risoluzione per inadempimento previste per i contratti e non attraverso gli strumenti accordati dal codice di procedura civile per i lodi rituali. Deriva da quanto precede, pertanto, che errori “in procedendo” o “in iudicando” posti in essere nella perizia contrattuale, comprensivi dei principi della collegialità e del contraddittorio, rilevano a condizione che si risolvano in cause di invalidità e, cioè, incapacità e vizi del consenso o di risoluzione».

Da *pendant* con l'insussistenza della necessità rispetto del contraddittorio fa poi l'insussistenza dell'obbligo di motivazione, in quanto l'arbitro non definisce la lite mediante un giudizio ma attraverso una dichiarazione di volontà sostitutiva di quella delle parti.

In tal senso si esprime, per esempio, Cass. 18 aprile 1975, n. 1459³⁵⁸, secondo la quale «quando le parti diano mandato all'arbitro irrituale di comporre la controversia secondo lo schema della transazione, quegli non è tenuto a motivare le proprie disposizioni, anzitutto perché egli non svolge attività giurisdizionale, e poi perché la transazione per sua natura non richiede specificazioni e si giustifica, come tipo negoziale, con l'inopportunità o l'impossibilità di enunciazioni o accertamenti particolari sulla *res dubia* di fronte al vantaggio di consentire un risultato globalmente rispondente ai contrapposti interessi delle parti», ma il principio è affermato anche in sentenze più recenti³⁵⁹.

Accanto a sentenze che limitano esplicitamente l'ambito di applicazione del contraddittorio, ve ne sono però altre che invece ribadiscono la necessità del rispetto del principio, in quanto elemento essenziale rispetto a ogni emanazione di giudizio.

Tale orientamento, a cui hanno fatto da preludio le sentenze degli anni '50 e '60 ricordate *supra*, viene ribadito, per esempio, da Cass. 29 ottobre 1974, n. 3298³⁶⁰, la quale nella massima, pur sottolineando che nell'arbitrato *de quo* il contraddittorio non si articola necessariamente in forme rigorose e in fasi progressive ed è sufficiente che l'attività

³⁵⁷ Non a caso, nella parte motiva della sentenza vengono richiamate Cass. 595/1992 e Cass. 11678/2001.

³⁵⁸ In *Foro it.*, 1976, I, 1673.

³⁵⁹ Come Cass. civ., sez. lavoro, 9 agosto 2004, n. 15353.

³⁶⁰ In *Gius*, 1997, 882.

assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicitare in qualsiasi modo e tempo, afferma comunque la necessità del rispetto del principio.

Quando, tuttavia, è possibile leggere per esteso il contenuto delle sentenze, non si può non concordare con chi, in dottrina, ha sottolineato che «in sede applicativa, tuttavia, non sempre la giurisprudenza ha manifestato una concezione rigorosa del principio [del contraddittorio], propendendo per un indirizzo empirico destinato a negare la violazione del principio quando in concreto le difese delle parti hanno avuto in qualche modo la possibilità di interloquire sui temi essenziali della controversia o addirittura, nell'arbitrato irrituale, giungendo a negarla se le parti non si sono espressamente riferite al principio nel contratto di arbitrato o nel contratto di mandato agli arbitri»³⁶¹.

Si prenda, per esempio, Cass. 5 marzo 1992, n. 2650³⁶².

In tale sentenza la Suprema corte, in sintonia con le posizioni espresse dalla prevalente dottrina, afferma la necessità del rispetto del contraddittorio, anche nell'arbitrato contrattuale, indipendentemente da qualunque richiamo specifico che ne abbiano fatto le parti, le quali, pur in assenza del rispetto di forme rigorose, devono essere poste in grado di far conoscere le proprie ragioni e di conoscere le ragioni altrui.

Tuttavia, quando si passa dal piano delle affermazioni di principio a quello dell'applicazione pratica, si è costretti a notare di nuovo un risultato non in linea con le aspettative.

In fatto, l'arbitro, un tecnico non giurisperito, era chiamato a decidere su una richiesta di risarcimento danni da attività materiale di costruzioni su fondi altrui e richiedeva un parere tecnico-giuridico a un consulente esterno. Tuttavia non comunicava alle parti né il parere né le risultanze dei computi metrici eseguiti e dei «prezzi correnti» utilizzati ai fini della decisione. Parte soccombente lamentava, per non aver potuto interloquire sui predetti dati, la violazione del principio del contraddittorio, ma la Cassazione rigettava il ricorso.

Secondo la Suprema corte, infatti, gli elementi in relazione ai quali si lamenta la violazione del principio del contraddittorio apparterebbero alla fase finale del giudizio e cioè alla valutazione delle prove e delle domande delle parti, così che non sussisterebbe l'obbligo di previa comunicazione alle parti.

Ma, come premesso, la decisione non convince, dal momento che confonde elementi esterni alla fase di giudizio – e quindi, in quanto tali, perfettamente conoscibili a opera delle parti – con dei momenti interni all'*iter* logico della decisione.

Ma un discorso analogo si può fare anche in relazione a sentenze più recenti.

Si prenda, a esempio, Cass. 9 marzo 2001, n. 3463, la quale, dopo aver affermato che nell'arbitrato contrattuale, traducendosi esso in una regolamentazione negoziale della contesa, gli arbitri non sono tenuti a prefissare dei termini nemmeno per quanto attiene al deposito di documenti e memorie e alle successive repliche – essendo sufficiente che le parti stesse abbiano avuto comunque, in qualsiasi tempo e modo prima della pronuncia arbitrale, la possibilità di esplicitare la loro attività assertiva e deduttiva – sostiene che una volta che gli arbitri hanno assegnato alle parti termini per la presentazione di memorie, repliche e per la discussione, qualora si presenti la necessità di modificare tali termini (come avvenuto nel caso di specie per la proroga concessa al consulente tecnico d'ufficio per il deposito della

³⁶¹ C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 197-198.

³⁶² Cass. 5 marzo 1992, n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, 48, con nota di E. FAZZALARI; *Giust. civ.*, 1993, I, 2781, nota di M. CIRULLI.

sua relazione) restano vincolati, in virtù del generale principio di correttezza e buona fede, da questo loro comportamento e conseguentemente sono tenuti a fissare nuovi termini e a darne tempestiva comunicazione alle parti, avendo il comportamento tenuto in precedenza circa la regolamentazione dell'attività delle parti ingenerato in queste un legittimo affidamento sulla rigorosa regolamentazione, mediante la fissazione di termini, della loro attività. Pertanto, in sostanza, il principio che gli arbitri infrangerebbero con la mancata concessione di nuovi termini non è il contraddittorio, ma i differenti canoni di diligenza, collaborazione e buona fede incombenti agli arbitri nell'esecuzione del mandato.

Pochi anni dopo Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975³⁶³, dopo aver richiamato la massima di Cass. 5 marzo 1992, n. 2650 (in base alla quale «anche nell'arbitrato contrattuale si impone il rispetto del principio del contraddittorio»), finisce per aderire alla configurazione della violazione dello stesso non già come vizio autonomo, ma «come un errore che, procedendo da violazione di limiti del mandato conferito agli arbitri, abbia inficiato la volontà contrattuale da costoro espressa, con la conseguenza che la sua deduzione determina un'indagine sull'effettivo contenuto del mandato ed apprezzamenti riservati al giudice del merito e non censurabili in Cassazione, se correttamente motivati ed ispirati ai criteri legali di ermeneutica contrattuale».

E lo stesso vale per Cass. 8 settembre 2004, n. 18049³⁶⁴ che, dopo aver ribadito la necessità del rispetto del contraddittorio anche nell'arbitrato contrattuale, ha ritenuto che non integri violazione del principio *de quo* il fatto che gli arbitri non abbiano proceduto ad ascoltare le parti, non abbiano loro comunicato le attività compiute e non abbiano redatto un verbale delle operazioni svolte. In primo luogo, secondo la Corte, il mancato compimento di alcuna di queste attività può essere considerato idoneo a incidere sulla validità del lodo, in assenza di specifiche indicazioni in tal senso contenute nel contratto di mandato. La parte infatti avrebbe dovuto dimostrare che tali attività erano state previste nel contratto di mandato come obbligo imprescindibile, in modo da permettere al giudice di merito di ricostruire l'effettivo contenuto dell'obbligazione degli arbitri. Ma, si noti, nemmeno questo sarebbe stato sufficiente, in quanto anche in caso di espressa violazione di una regola imposta dalle parti, il lodo si sarebbe salvato dalla dichiarazione di invalidità qualora il ricorrente non fosse riuscito a dimostrare che il mancato rispetto delle formalità processuali imposte avesse impedito di far acquisire al processo determinati elementi di fatto, che tale mancanza avesse viziato la volontà degli arbitri riversandosi nel lodo e che dette circostanze erano state dedotte ai giudici del merito.

All'esito delle considerazioni svolte, si può pertanto concludere che la nozione di contraddittorio accolta dalla giurisprudenza in ambito di arbitrato contrattuale sia, in ogni caso, da criticare.

E tale critica si impone non solo quando viene in sostanza negata la necessità del rispetto del principio ma anche quando, dopo affermazioni di principio tese a garantirlo, la violazione dello stesso viene considerata non come vizio autonomo ma come violazione del contratto di mandato ai sensi dell'art. 1429 c.c., cioè come un errore che abbia inficiato la volontà degli arbitri.

³⁶³ In *Foro it.*, 2005, I, 1768, con nota di R. CAPONI.

³⁶⁴ In *Foro it.*, 2005, I, 1768, con nota di R. CAPONI.

14. Come già messo in evidenza in relazione all'arbitrato rituale, sull'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale descritta nei paragrafi precedenti si è innestata la riforma dell'istituto arbitrale, che deve essere inquadrata all'interno del più generale fenomeno di riforma che ha investito ampi settori del processo civile nel corso degli anni 2005/2006.

In data 2 febbraio 2006 veniva approvato il decreto legislativo n. 40, recante «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80», la quale ultima, a sua volta, costituiva la conversione in legge con modifiche del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 («Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. 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 delle procedure concorsuali»).

In particolare, per quanto riguarda l'arbitrato contrattuale, l'art. 1 della legge n. 80/2005 prevedeva 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 rispetto del 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»³⁶⁵.

La delega ha trovato attuazione nell'art. 808-ter c.p.c., rubricato «Arbitrato irrituale», il quale, al primo comma, prevede che «le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo»³⁶⁶.

³⁶⁵ Sulla delega in materia di arbitrato si vedano C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss. e C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 1189 ss.

³⁶⁶ Sulla riforma dell'arbitrato si vedano, in generale: V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 61 ss.; V. BERTOLDI, sub art. 808 ter in *Codice di procedura civile commentato*³, a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISSO, Milano, 2007, 5710 ss.; ID., *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di C. Punzi* (in corso di pubblicazione); P. BIAVATI, sub art. 808 ter, in AA.VV., *Arbitrato*², a cura di F. Carpi, Bologna, 2008, 160 ss.; D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 821 ss.; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 99 ss.; ID., sub art. 808 ter, in *La riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di S. MENCHINI, Padova, 2007, 1148 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2a ed., Padova, 2006, 164 ss.; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2a ed., Padova, 2008, in particolare 409 ss.; F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss.; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, 4a ed., IV, 362 ss.; F.P. LUISSO, B. SASSANI, sub art. 808 ter, in *Commento alla riforma*, Milano, 2006, 261 ss.; M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 867 ss.; ID., *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2007, 36 ss.; P.L. NELA, sub art. 808 ter c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2007, II, 1630 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.; C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 395 ss.; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, III, 258 ss.; G. RAMPAZZI, sub art. 808 ter, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5a ed., a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Padova 2006, 2171 ss.; B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in

La norma costituisce sicuramente una novità all'interno del panorama legislativo del nostro ordinamento, dal momento che, per la prima volta, viene introdotta una disposizione avente a oggetto l'arbitrato contrattuale come istituto generale; con una netta differenza, pertanto, rispetto alle numerose norme che, in passato, si erano limitate a prendere atto dell'emersione dalla pratica e a regolare, in modo più o meno esaustivo, forme di arbitrato irrituale in specifici e settoriali campi³⁶⁷.

Come è stato possibile apprezzare nell'analisi svolta nei paragrafi precedenti, erano sostanzialmente due le posizioni che si affrontavano in ordine al problema della natura dell'arbitrato contrattuale. La prima – tradizionale ma tuttora sostenuta da parte della dottrina –, riportando l'arbitrato contrattuale alla figura dell'arbitraggio di cui art. 1349 c.c., afferma la sostanziale e ontologica differenza tra le sue forme di arbitrato; la seconda, attualmente sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che considera arbitrato rituale e contrattuale due *species* di un unico *genus*, caratterizzato dall'esistenza di una controversia da decidere, da un processo e da un giudizio.

Chi si aspettava, tuttavia, che l'intervento del legislatore risultasse decisivo al fine di sopire i contrasti è rimasto deluso, anche perché, a una direttiva di delega che ad alcuni non è apparsa del tutto limpida³⁶⁸, è seguita una norma di legge che presenta, effettivamente, dei punti idonei ad alimentare i contrasti.

La norma ha comunque alcuni punti chiari.

In particolare, non sembra discutibile – ed è anzi sottolineato con forza – che alla «determinazione contrattuale», con la quale gli arbitri definiscono la «controversia», non si applichino la disposizione dell'art. 824-*bis* c.p.c., che sancisce l'equiparazione degli effetti tra il lodo rituale e la sentenza e quella dell'art. 825 c.p.c., relativo alla possibilità, per il lodo rituale, di ottenere il decreto di *exequatur* da parte dell'autorità giudiziaria. Così come, allo stesso modo, non sono applicabili le norme relative all'impugnazione del lodo (artt. 827 ss. c.p.c.), essendo prevista una specifica disciplina relativa ai motivi di impugnazione del lodo e alla competenza del giudice.

Allo stesso modo, è chiarito che la scelta delle parti a favore dell'arbitrato contrattuale debba essere fatta per iscritto, da ritenersi a pena di nullità. In dottrina si è pertanto correttamente messo in evidenza che la scelta a favore dell'arbitrato irrituale non potrà desumersi da

www.judicium.it, 2007; Id., voce *Arbitrato irrituale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2007, 112 ss.; G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale (art. 808-ter c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 2007, 555 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2a ed., Torino, 2006, 32 ss.; Id., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 665 ss.

³⁶⁷ Si fa riferimento, soprattutto ma non esclusivamente, all'arbitrato in materia di lavoro. Nella vigenza del c.p.c. del 1940, la materia era caratterizzata dal divieto assoluto di compromettere le controversie in arbitri rituali, con norma inderogabile sia a livello di contrattazione individuale che collettiva. Ciononostante nella prassi si erano sviluppati arbitrati di tipo contrattuale, derogatori rispetto alla normativa codicistica, fino al primo riconoscimento formale, in un testo di legge, contenuto all'art. 7, ult. comma, legge 15 luglio 1966, n. 604. Per un approfondita analisi della materia si rinvia C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 206 ss.

³⁶⁸ Di direttiva «per certi versi non chiara» parla, per esempio, M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr cit.*, 39; di direttiva «non certo nitidissima» C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 409.

espressioni quali «amichevoli compositori» o «senza formalità di procedura»³⁶⁹ ovvero dall'accettazione del lodo come se fosse stato dalle parti voluto ovvero ancora dal mancato richiamo di espressioni quali «giudizio», «processo», «controversia» etc. ovvero, infine, dalla previsione di inappellabilità o di esonero dal deposito del lodo³⁷⁰.

Tale disposizione mette fine alla annosa *querelle* relativa alla qualificazione da dare al lodo in presenza di dubbi interpretativi relativi alla sua natura, che vedeva schierate su opposte posizioni, da un lato, la giurisprudenza³⁷¹ e, dall'altro, la dottrina maggioritaria³⁷².

Tuttavia, come dimostrano i contributi dei commentatori, l'art. 808-ter c.p.c. si presta a letture divergenti.

Secondo parte della dottrina l'art. 808-ter, comma 1, avrebbe infatti sancito l'accantonamento della teoria cd. unitaria, riportando definitivamente l'arbitrato contrattuale nell'alveo della figura dell'arbitraggio.

I fautori di tale lettura ritengono di trovare argomenti a sostegno della propria tesi già nella legge-delega³⁷³ e, nonostante la non limpida formulazione della disposizione, nella sua attuazione attraverso l'art. 808-ter c.p.c.

³⁶⁹ Secondo M. MARINELLI, *op. loc. cit.*, non sarebbero idonee a escludere la ritualità dell'arbitrato neppure espressioni quali «arbitrato irrituale» e «procedere in via irrituale», non essendo sufficienti a garantire l'esistenza di una reale volontà di ottenere una composizione contrattuale della controversia.

³⁷⁰ V. G. TOTA, *op. cit.*, § 2.

³⁷¹ Per la quale, in caso di dubbio, si doveva optare per l'irritualità dell'arbitrato: in tal senso, *ex multis*, Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398, secondo la quale «al fine di accertare se una determinata clausola compromissoria configuri un arbitrato rituale o irrituale, deve aversi riguardo alla volontà delle parti desumibile dalle regole di ermeneutica contrattuale, ricorrendo l'arbitrato rituale quando è da ritenersi che le parti abbiano inteso demandare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice e ricorrendo invece un arbitrato irrituale quando debba ritenersi che abbiano inteso demandare ad essi la soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio d'accertamento, ovvero strumenti conciliativi o transattivi. Nel caso in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti, si deve optare per l'irritualità dell'arbitrato, tenuto conto che l'arbitrato rituale, introducendo una deroga alla competenza del Giudice ordinario, ha natura eccezionale». Si veda però, in senso contrario, la recente Cass. 2 luglio 2007, n. 14972, in *Contratti*, 2007, 987, secondo la quale «costituendo l'arbitrato irrituale un istituto atipico, derogatorio dell'istituto tipico regolato dalla legge e sfornito delle garanzie previste dal legislatore, deve ritenersi che, in mancanza di una volontà derogatoria chiaramente desumibile dal compromesso o dalla clausola compromissoria, il riferimento delle parti alla soluzione di determinate controversie mediante arbitrato normalmente costituisce espressione della volontà di fare riferimento all'arbitrato rituale, ossia all'istituto tipico regolato dal codice di procedura civile».

³⁷² La quale, invece, ha sempre sostenuto l'opposto principio *in dubio pro arbitrato rituale*: in tal senso, per esempio, E. FAZZALARI, *In dubio pro ... arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, 518 ss. e G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2a ed., Torino, 2006, 35.

³⁷³ V. M. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., § 1, secondo il quale «il senso della delega era limpido. In essa non si voleva riconoscere l'unicità, strutturale e funzionale, del fenomeno arbitrale, ossia non si voleva affermare che le regole dettate dal codice di procedura civile debbano tendenzialmente essere applicate anche all'arbitrato libero, salva espressa volontà contraria delle parti e salva comunque la diversa disciplina relativa ai mezzi d'impugnazione del lodo. Piuttosto, nella citata direttiva della delega si voleva chiarire, una volta per tutte, il rapporto tra arbitrato rituale ed arbitrato libero, tornando, se così possiamo dire, all'inizio della sua storia, ossia a quanto la citata sentenza della Corte di cassazione di Torino del 1904 aveva affermato, vale a dire che ben i privati possono, se vogliono, costruire una figura di arbitrato diversa da quella disciplinata dal codice di procedura civile, una figura tutta fondata sull'autonomia delle parti e, quindi,

Si fa riferimento all'espressione («determinazione contrattuale») utilizzata dal legislatore per definire l'esito dell'arbitrato irrituale, dalla quale sembrerebbe desumersi la struttura di tale tipologia di arbitrato come «contratto *per relationem* in cui la determinazione degli arbitri/mandatari – al pari di quella dell'arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c. – funge da referente»³⁷⁴. Particolarmente suggestiva, in tal senso, risulta essere l'utilizzazione, da parte del legislatore della riforma, del sostantivo «determinazione», già utilizzato nell'art. 1349 c.c. per definire il responso dell'arbitratore.

Sempre nella stessa ottica della differenziazione tra le due forme di arbitrato andrebbero lette la previsione dell'impugnabilità del lodo, in via di azione, di fronte al «giudice competente secondo le disposizioni del libro I»³⁷⁵ e, soprattutto, l'inciso – posto nella parte finale del primo comma dell'art. 808-ter - «Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo», che sancirebbe la non applicabilità delle norme del titolo dedicato all'arbitrato – salvo, naturalmente, lo stesso art. 808-ter – qualora le parti abbiano optato per l'arbitrato contrattuale³⁷⁶.

Tuttavia la lettura prospettata – se può trovare degli appigli testuali nel primo comma dell'art. 808-ter c.p.c. – diventa difficilmente sostenibile alla luce del secondo comma, il quale prevede l'annullabilità del lodo contrattuale «1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio».

Appare *ictu oculi* l'analogia tra i motivi che permettono l'annullamento del lodo contrattuale e i vizi di nullità del lodo rituale.

A dire il vero la difficoltà di coordinare i motivi di annullamento del lodo ex art. 808-ter, comma 2, c.p.c. con l'affermata natura dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem* appare in tutta la sua portata agli stessi oppositori della teoria unitaria.

disciplinata secondo i principi che il codice civile detta per i contratti. Insomma la delega, superando gli assunti della c.d. teoria unitaria, che aveva negli ultimi anni portato gran parte della dottrina ad avvicinare l'arbitrato libero a quello rituale, voleva tornare chiaramente a distinguere le due tipologie di arbitrato nel modo in cui naturalmente si distinguono i fenomeni giuridici, ossia, prima che per il loro *nomen*, per le discipline giuridiche ad essi collegate».

³⁷⁴ La definizione è di M. MARINELLI, *op. cit.*, 40; v. però le osservazioni di G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., 671, secondo il quale l'espressione non è coerente con la definizione di arbitrato contrattuale sostenuta dai fautori del contratto *per relationem*, dal momento che la determinazione dell'arbitro dovrebbe porsi come un mero atto giuridico inglobato nella convenzione d'arbitrato.

³⁷⁵ Con una netta differenza, quindi, rispetto alla impugnazione per nullità regolata prevista per l'arbitrato rituale, che può essere interpretata come una vera e propria impugnazione «di secondo grado».

³⁷⁶ Nel senso della tendenziale inapplicabilità all'arbitrato contrattuale delle norme previste dal codice per l'arbitrato rituale propendono tutti gli autori che si oppongono alla teoria cd. unitaria: v., in termini, M. BOVE, *op. loc. cit.*; M. MARINELLI, *op. cit.*, 39-40, il quale, peraltro, ritiene che il legislatore non abbia voluto escludere l'applicazione di tutte quante le disposizioni previste per l'arbitrato rituale, ostando a tale interpretazione anche l'espressa previsione dell'inapplicabilità al lodo contrattuale dell'art. 825 c.p.c., che, in tale ottica, risulterebbe pleonastica; C. CONSOLO, *Le impugnazioni cit.*, 410; ma anche G. VERDE, *op. cit.*, 671-672 e P. BIAVATI, *sub art. 808-ter cit.*, 168-169.

Per esempio, Consolo, senza mezzi termini afferma che nell'art. 808-ter c.p.c. sono confluiti «due orientamenti ricostruttivi della natura dell'arbitrato – e, così, delle due forme arbitrali – che, per molti versi, appaiono irriducibilmente opposti»; e, dopo aver ribadito la propria adesione alla tesi dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem*, afferma che l'ovvia conseguenza sarebbe stata quella dell'impugnabilità della determinazione contrattuale per i vizi che consentono l'impugnazione dei negozi e non la previsione di «motivi di impugnativa ... pensati per giudizi di impugnazione processuali»; così da concludere ritenendo «la norma errata in radice»³⁷⁷.

In termini sostanzialmente analoghi si era espresso Marinelli³⁷⁸, il quale ritiene che «dal congiunto operare delle norme di cui si compone il nuovo art. 808-ter c.p.c. scaturisce un ibrido di difficile interpretazione».

La predetta *impasse* nel coordinamento tra i due commi dell'art. 808-ter c.p.c. è però superabile qualora si aderisca all'opposta tesi che ricostruisce l'arbitrato contrattuale in termini analoghi a quello rituale.

Appare infatti più corretto l'approccio di quella parte della dottrina che tenta di interpretare nel modo più coerente l'intero complesso delle disposizioni dell'art. 808-ter c.p.c. e il suo rapporto con la direttiva di delega.

Partendo infatti dalla legge delega, la stessa in effetti sembra sì «limpida», ma nel senso opposto a quello affermato da Bove: nel momento in cui, infatti, il legislatore delegante afferma che le norme in tema di arbitrato dovessero trovare «sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale», la delega è chiara nell'affermare che il complesso di norme di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. debba trovare in ogni caso – *id est*: nell'ipotesi di arbitrato contrattuale, oltre che rituale – applicazione, «con l'esclusione di quelle norme che fondano la differenza tra le due forme di arbitrato (e cioè quelle relative all'*exequatur* e alle impugnazioni)»³⁷⁹. Questa, se si segue il significato letterale delle parole, non può che essere l'unica possibile interpretazione della delega; si tratta poi di vedere come la stessa sia stata attuata e come, alla luce di questa, interpretare la norma delegata.

Quanto al modo in cui la delega è stata attuata, si può notare come gran parte della dottrina abbia, sotto diversi aspetti, criticato la formulazione del nuovo art. 808-ter c.p.c.

E la critica si appunta, anzitutto, sulla definizione data dal legislatore al provvedimento finale degli arbitri contrattuali, e cioè «determinazione contrattuale». Quanto al sostantivo, si può notare che – data la nota esistenza delle divergenze dottrinali e giurisprudenziali relative all'interpretazione della figura dell'arbitrato contrattuale e, soprattutto, considerata la volontà di definitivamente accantonare la ricostruzione dell'arbitrato contrattuale come contratto *per relationem* ancorato alla figura dell'arbitraggio – sarebbe stato forse più opportuno utilizzare una differente definizione (per es., decisione, lodo etc.), in modo da evitare qualsiasi richiamo all'art. 1349 c.c., nel quale, in relazione alla figura dell'arbitraggio, si parla di deferimento al terzo della «determinazione» della prestazione dedotta in contratto. Maggiori equivoci può creare, però, l'aggettivo contrattuale. Come

³⁷⁷ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 409 ss.

³⁷⁸ M. MARINELLI, *op. cit.*, 41-42.

³⁷⁹ In tal senso F.P. LUISSO, *op. cit.*, 366; F.P. LUISSO, B. SASSANI, *op. cit.*, 263.

messo in evidenza dalla dottrina, la definizione di determinazione (e di lodo) contrattuale è in ogni caso impropria, dal momento che «è difficile immaginare che il lodo sia un contratto, perché non si vede come esso possa costituire il risultato di un accordo tra gli arbitri, da un lato, e le parti in lite, dall'altro lato, volendo rispettare la definizione dell'art. 1321 c.c.»³⁸⁰. Dal momento che, tuttavia, non è possibile ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi al lodo come a un contratto, l'aggettivo «contrattuale» necessariamente va a sottolineare la differenza tra i due tipi di arbitrato in relazione agli effetti degli stessi, in quanto solo l'atto finale dell'arbitrato regolato dall'art. 808-ter c.p.c. e non di quello rituale è destinato ad avere effetti negoziali e non di sentenza³⁸¹.

Le indicazioni della legge delega permettono di interpretare correttamente anche la parte finale del primo comma dell'art. 808-ter c.p.c., nella parte in cui afferma che «altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo».

Non si nasconde che, a una prima lettura, la norma potrebbe essere interpretata nel senso di negare in radice l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. all'arbitrato contrattuale. Ma, come detto in precedenza, una tale lettura non può che essere esclusa se la lettura dell'inciso venga effettuata *secundum Constitutionem*, cioè armonizzando la norma delegata con i criteri contenuti nella legge delega³⁸².

E tale lettura armonizzata con le indicazioni deducibili dalla legge-delega porta a interpretare l'inciso *de quo* nel senso che le norme che regolano in via generale l'arbitrato sono applicabili anche all'arbitrato contrattuale; e, qualora le parti non abbiano esplicitamente optato per l'arbitrato contrattuale, la disciplina applicabile sarà quella di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. nella sua totalità.

Come è stato messo infatti in evidenza da accorta dottrina³⁸³, il fatto che l'art. 808-ter c.p.c. imponga di applicare le norme in tema di arbitrato rituale ogni volta in cui non vi è una esplicita scelta a opera delle parti a favore dell'arbitrato contrattuale è cosa differente dall'affermare che le norme in tema di arbitrato rituale siano inapplicabili in caso di arbitrato contrattuale. Pertanto, o vi è una scelta chiara e inequivocabile a favore della determinazione contrattuale e, in questo caso, si applicano comunque le disposizioni previste in tema di arbitrato, salvo quelle la cui applicabilità è espressamente negata (artt. 824-bis e 825 c.p.c.) ovvero quelle con essa incompatibili e fatto salvo in ogni caso il potere delle parti di prevedere norme derogatorie; «altrimenti» si applica in blocco la disciplina in tema di arbitrato rituale.

L'interpretazione riportata, che si ritiene di condividere in pieno, ha non solo il pregio di essere in sintonia con la direttiva di delega, ma permettere di leggere in modo più armonico e senza forzature interpretative l'intero art. 808-ter c.p.c.

Infatti, l'opposta lettura pone dei problemi difficilmente superabili in relazione all'interpretazione del terzo comma dell'art. 808-ter c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità al lodo contrattuale della norma relativa al deposito del lodo nella cancelleria del tribunale ai fini della concessione del decreto di esecutività. Che senso avrebbe, infatti,

³⁸⁰ Le parole sono di G. VERDE, *op. ult. cit.*, 673; in senso analogo, per es., G. TOTA, *op. cit.*, § 1.

³⁸¹ Nello stesso senso, G. TOTA, *op. cit.*, § 1, secondo la quale con l'utilizzazione dell'aggettivo contrattuale il legislatore non ha inteso altro che marcare l'alterità *quoad effectum* tra i due tipi di arbitrati.

³⁸² Così V. BERTOLDI, *op. cit.*, § 3.

³⁸³ P.L. NELA, sub *art. 808 ter cit.*, 1646.

ricordare che non si applica una specifica norma, se nella parte iniziale dello stesso articolo fosse sancita l'inapplicabilità *in toto* della disciplina prevista per l'arbitrato rituale? La norma, come è stato notato³⁸⁴, sarebbe pleonastica se il suo unico fine fosse quello di rafforzare il principio sancito poco prima in via generale³⁸⁵.

Non solo, tale opzione interpretativa sconfesserebbe quella giurisprudenza che, progressivamente e in modo sempre più ampio, ha ritenuto di poter applicare all'applicato contrattuale una serie di disposizioni previste per l'arbitrato rituale³⁸⁶.

Ma, più in generale, l'interpretazione accolta permette di coordinare il primo comma con i motivi di annullamento del lodo contrattuale contenuti nel secondo comma della disposizione.

L'analisi dei motivi di impugnazione del lodo contrattuale non fa che rafforzare la tesi che vede nell'arbitrato contrattuale un processo che ha il proprio esito in un giudizio. Tra i motivi di annullamento – della tassatività o meno dei quali si discute, sebbene l'opzione a favore della tassatività sembri preferibile³⁸⁷ – elencati dal legislatore non sono infatti più presenti taluni dei vizi che, in precedenza, la giurisprudenza riteneva idonei a inficiare la validità del lodo.

Si fa riferimento, in particolare, ai motivi sottostanti alle azioni contrattuali, e cioè a errore³⁸⁸, violenza e dolo di cui all'art. 1425 ss. c.c., all'impugnativa per eccesso di mandato ai sensi dell'art. 1711 c.c. nonché a quella per manifesta iniquità o erroneità della determinazione del terzo ai sensi dell'art. 1349 c.c.³⁸⁹.

³⁸⁴ Per esempio da M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 879, nota 53.

³⁸⁵ E infatti chi sostiene l'opposta opzione interpretativa è costretto, in relazione al comma 3 dell'art. 808-ter, a ritenere che l'ultimo inciso dell'art. 808-ter sia «dettato semplicemente *ad abundantiam*»: così M. BOVE, sub art. 808 ter, in *La riforma del diritto arbitrale. Commentario sistematico*, a cura di S. MENCHINI, 1151.

³⁸⁶ Per esempio in tema di applicabilità dell'art. 810 c.p.c.: v., in tal senso, Cass., S.U., 3 luglio 1989, in *Riv. arb.*, 1991, 61, successivamente seguite da altre sentenze in termini.

³⁸⁷ Tale è, per esempio, l'opinione di M. MARINELLI, *Arbitrato cit.*, secondo il quale non è possibile ritenere che i motivi di annullabilità del lodo di cui all'art. 808-ter possano essere estesi in via interpretativa. Nello stesso senso B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale cit.*, § 2, secondo il quale i motivi sono «tendenzialmente esaustivi», fatta eccezione per la violazione dell'ordine pubblico. In realtà, più in generale, sembra da condividersi l'idea – espressa, tra gli altri, da G. TOTA, *op. cit.*, § 4 e C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche cit.*, 276 – secondo la quale rimangono spendibili nei confronti del lodo i motivi di nullità radicale, quali, oltre alla violazione dell'ordine pubblico, l'incompromettibilità della controversia, l'inesistenza del patto compromissorio, la contrarietà a norme inderogabili.

³⁸⁸ Da intendersi come errore essenziale di fatto – analogo a quello che fonda, ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. la revocazione ordinaria della sentenza – ma non come errore di diritto: in tal senso, per es., Cass. 15 settembre 2004, n. 18577, in *Impresa*, 2004, 2008. In dottrina si veda per tutti C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 260.

³⁸⁹ Quanto a quest'ultimo motivo, la sua inutilizzabilità rispetto al lodo contrattuale viene sostenuta anche da chi, come G. VERDE, *op. cit.*, 674, non ritiene che i motivi contenuti all'art. 808-ter c.p.c. siano esaustivi, sulla base della considerazione che l'art. 1349 c.c. presuppone la mancanza di autonomia nella determinazione del terzo. Vale, peraltro, la pena di sottolineare come la utilizzabilità, avverso il lodo contrattuale, dell'impugnativa di cui all'art. 1349 c.c., fosse in generale negata dalla giurisprudenza, fatta salva l'ipotesi della manifesta iniquità dovuta a dolo di cui all'art. 1349, comma 2, c.c. Per una tale ricostruzione v. M.

Quelli introdotti dalla riforma sono invece motivi di natura schiettamente processuale, incompatibili con la definizione del lodo come atto di volontà delle parti ma anche come atto di volontà del terzo inteso come autonomo atto negoziale³⁹⁰.

Si prenda, a mero titolo di esempio, il motivo di annullabilità di cui al n. 1 dell'art. 808-ter comma 2: la possibilità di annullare il lodo perché gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale presuppone che la relativa «eccezione» sia stata sollevata nel corso del «procedimento arbitrale». Si parla di un procedimento all'interno del quale deve essere sollevata, a pena di decadenza della possibilità di far valere il relativo vizio, un'eccezione: niente di più lontano da un atto negoziale e dal suo procedimento di formazione. Ma un discorso analogo può essere fatto per gli altri motivi di impugnazione.

Al n. 4 è prevista, in analogia alla nuova norma di cui all'art. 829, comma 1, n. 7 che l'annullabilità derivi dal mancato rispetto delle regole (processuali, di rito) che le parti abbiano imposto agli arbitri: ed è chiaro che l'imposizione di regole processuali non è compatibile con il processo di formazione di un contratto.

Allo stesso modo non è compatibile con il processo di formazione del contratto la violazione del principio del contraddittorio, dal momento che, come è stato messo in evidenza, «un problema di contraddittorio e difesa non sorge mai nel corso di una contrattazione»³⁹¹.

Pertanto, e conclusivamente, si può osservare come non sembrano sussistere dubbi circa la scelta, operata dal legislatore, a favore di un modello di arbitrato contrattuale analogo e non diametralmente opposto a quello rituale.

15. Focalizzando, infine, l'attenzione al principio del contraddittorio – oggetto specifico di questa analisi – occorre mettere in evidenza, come già ricordato nei paragrafi precedenti, che l'espressa previsione della violazione dello stesso come motivo di invalidità del lodo non costituisce, a differenza (di almeno alcuni) degli altri motivi di cui al comma secondo dell'art. 808-ter c.p.c., una novità assoluta, nel senso che, in modo più o meno coerente, da tempo la giurisprudenza aveva affermato la necessità del rispetto del principio anche all'interno dell'arbitrato contrattuale.

Tuttavia l'espressa previsione dello stesso e il suo raffronto con gli altri motivi di annullabilità del lodo previsti dall'art. 808-ter c.p.c. impone qualche piccola riflessione.

In primo luogo, è stato messo in evidenza come la legge-delega preveda la necessità del rispetto del principio del contraddittorio in modo autonomo rispetto ai vizi del procedimento propriamente intesi. Da ciò sembra potersi trarre, anzitutto, il corollario che il principio del contraddittorio non costituisca un vizio del procedimento in senso proprio, dal momento che

MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale* cit., 190 ss.

³⁹⁰ V. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale* cit., § 2.

³⁹¹ P.L. NELA, sub *art. 808 ter* cit., 1646.

l'importante è che il contraddittorio sia rispettato in concreto, al di là delle forme del processo³⁹².

Inoltre, così come il rispetto delle forme processuali che le parti abbiano eventualmente imposto agli arbitri non è automaticamente in grado di assicurare il rispetto del contraddittorio (con la conseguenza che il lodo, non annullabile ai sensi dell'art. 808-ter n. 4, lo sarà invece ai sensi del successivo n. 5), allo stesso modo, in senso inverso, il mancato rispetto di quelle forme non importa necessariamente il mancato rispetto del contraddittorio (con la conseguenza che il lodo, non annullabile ai sensi dell'art. 808-ter n. 5 perché il contraddittorio è stato in concreto assicurato, lo potrebbe essere ai sensi del n. 4 per vizio del procedimento).

Quanto poi all'estensione in concreto del principio, è stato sottolineato che «la sua concreta delimitazione darà non poco lavoro alla giurisprudenza»³⁹³.

Per esempio, si è ritenuto che, in considerazione della mancata previsione dell'errore di fatto revocatorio tra i motivi di annullamento del lodo, tale vizio – finora riconosciuto come idoneo a inficiare la validità del lodo – possa essere recuperato attraverso l'ipotesi della violazione del contraddittorio, «poiché il fallace convincimento dell'arbitro (che ha, ad es., ritenuto pacifico un fatto contestato o viceversa contestato un fatto implicitamente ammesso) esita una decisione inaspettata, che si impernia su di uno snodo ritenuto non controverso dalle parti e per tale ragione rimasto fuori dalla dialettica difensiva dei contendenti»³⁹⁴.

Al di là dei singoli esempi che possono essere fatti, l'espressa previsione dell'annullabilità del lodo per violazione del principio del contraddittorio non sembra possa avere altra conseguenza se non quella di estendere, anche all'arbitrato contrattuale, le stessa disciplina applicabile, in caso di violazione del contraddittorio, in relazione all'arbitrato rituale.

³⁹² V. F.P. LUIO, B. SASSANI, *op. cit.*, 264.

³⁹³ Così P. BIAVATI, *op. cit.*, 175.

³⁹⁴ V. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 412.

PARTE 3) BIBLIOGRAFIA.

1. G. ALPA, *L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale*, in ID., (coordinato da), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, I, 235
2. M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2^a ed., Torino 1879, 31-37 e 223-245.
3. V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 61 ss.
4. V. ANDRIOLI, *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292-297.
5. V. ANDRIOLI, *Arbitrato e arbitraggio nei trasferimenti coattivi* (nota a Cass., Sez. III, 13 febbraio 1940, n. 517), in *Foro it.*, 1940, I, 814
6. V. ANDRIOLI, *Le disposizioni processuali del codice della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 125
7. V. ANDRIOLI, *Nota a Cass. 23 maggio 1947, n. 805*, in *Foro it.*, 1948, I, 22-23.
8. V. ANDRIOLI, *Chirografi d'avaria rituali e irrituali*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, 292
9. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., Napoli 1957, I, 282-283.
10. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., IV, Napoli 1960-61, 28-29, 37-38.
11. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., IV, Napoli 1964, 823-832.
12. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 314-321.
13. C. ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 323-343.
14. G. ARPAIA, *Domande nuove e rispetto del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale* (nota ad App. Napoli, 9 gennaio 1997, n. 1), in *Rass. avv. stato*, 1997, I, 184-186.
15. T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308, ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205 ss.
16. T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. it. sc. comm.*, 1936, 1 ss., ora in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 233 ss.
17. T. ASCARELLI, *Sui cosiddetti collegi arbitrali per la liquidazione del danno*, in

18. F. AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nocciolo duro* (nota a Cass. 15 marzo 1995, n. 3032), in *Dir. arb.*, 1997, 73-78.
19. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123-1143.
20. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3^a ed., Milano 2005, 313 ss.
21. M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Archivio giur.*, 1903, LXX, 60.
22. L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 126-163 e 247-269.
23. J. C. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 1-18.
24. C.M. BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, III, Napoli 1979, 57-99.
25. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma 1936, 87 ss.
26. A. BERLINGUER, *Contraddittorio e consulenza tecnica* (nota a collegio arbitrale Genova, 2 dicembre 1993), *Riv. arb.*, 1994, 762-768.
27. V. BERTOLDI, *Osservazioni a margine del nuovo art. 808 ter c.p.c.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*.
28. F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 738 ss.
29. E. BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 947 ss.
30. P. BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1159 ss.
31. P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45.
32. D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 821 ss.
33. M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688-744, in particolare 712 ss.
34. M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it.
35. M. BOVE, sub *art. 808-ter c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1182 ss.
36. BRUNETTI, *Sulla natura e sull'impugnabilità del compromesso irrituale*, in *Foro pad.*, 1950, I, 463.
37. BRUNETTI, *Brevi considerazioni in margine all'arbitrato irrituale*, in *Foro pad.*, 1952, III, 126.

38. P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, 252 ss., ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 1 ss. spec. 36.
39. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537-562.
40. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 628-702.
41. L. CALIENDO, *In tema di arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 52.
42. G.P. CALIFANO, Sub. artt. 299-305 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato (aggiornamento)* (a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE), Torino 2001, I, 540-582.
43. G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3a ed., Torino 2005.
44. G. CALOGERO, *Contraddizione*, in *Enc. it.*, XI, Roma 1961, rist. 1949, 246 a-b.
45. G. CALOGERO, *Contraddittorio*, in *L.U.I.*, V, Roma 1970, 380.
46. G. CALOGERO, *Filosofia del dialogo*, 1970, 380.
47. C. CALVOSA, *Interruzione del processo civile*, in *Nss. D. I.*, VIII, Torino 1962, 926-935.
48. F. CAMMEO, *Nota a Cass. Torino 12 ottobre 1893*, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 133 ss.
49. G. CANALE, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale* (nota a Trib. Torino 13 aprile 1987), in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 109-112.
50. G. CANALE, Sub art. 83-bis l.f., in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di A. JORIO), Torino 2006, 1335 ss.
51. R. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1170-1172.
52. M. CAPPELLETTI-V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 604-650.
53. T. CARNACINI – M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *N. D. I.*, I, 2, Torino 1937, I, 648 ss.
54. T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 874-923.
55. T. CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 629-645.
56. F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 439.
57. F. CARNELUTTI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 121.
58. F. CARNELUTTI, *Accettazione del lodo improprio da parte dei compromittenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 54.
59. F. CARNELUTTI, *Pronuncia arbitrale fuori dai limiti del compromesso*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 22.
60. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 99-100.
61. F. CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 197.
62. F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 389 ss.

63. F. CARPI, *Sospensione dell'esecutività del lodo omologato e tutela del diritto di difesa*, in *Riv. arb.*, 1992, 440-445.
64. F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1-23.
65. A. CAVALAGLIO, *Interruzione del processo di cognizione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 71-112.
66. B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 357 ss.
67. C. CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881.
68. C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano 1990.
69. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, in particolare 134-140.
70. C. CECHELLA, *Mancata formulazione della domanda e violazione del contraddittorio nell'arbitrato* (nota a collegio arbitrale Roma, 22 novembre 1990), in *Dir. arb.*, 1991, 848-850.
71. C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Dir. arb.*, 1995, 213-236.
72. C. CECHELLA, *Il nuovo motivo di nullità del lodo rituale per violazione del contraddittorio (art. 829, comma I, n.9, c.p.c.) ed un atteso indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Dir. arb.*, 1996, 298-301.
73. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005.
74. C. CECHELLA, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano 2007.
75. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, ora in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 174 ss.
76. S. CHIARLONI, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 335 ss.
77. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli 1940, I.
78. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (ristampa), Napoli 1965.
79. B. CIACCIA CAVALLARI, *Prospettive di interruzione nel procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 188 ss.
80. M. CIRULLI, *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale* (nota a Cass. 5 marzo 1992, n. 2650), in *Giust. civ.*, 1993, I, 2783-2804.
81. E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 407-425.
82. P. COGLIOLO, *Arbitrati senza le forme rituali*, in *Dir. comm.*, 1915, II, 496.
83. P. COGLIOLO, *Clausole arbitrali imperfette*, in *Dir. comm.*, 1924, II, 102 ss.
84. P. COGLIOLO, *Ancora una parola sugli arbitrati non rituali*, in *Dir. comm.*, 1924, I, 237-238.
85. COLASURDO, *Appunti sull'arbitrato irrituale* (nota a Cass. 16 maggio 1962, n. 1070) in *Giust. civ.*, 1962, I, 2162.
86. V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577-619.

87. G. COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, in particolare 171-202.
88. L.P. COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1150-1168.
89. L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma 1987, §§ 1.-5. (pp. 1-12 dell'estratto).
90. L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., IV, Torino 1989, 1 ss.
91. L.P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1994, 153-174.
92. L.P. COMOGLIO, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio (nota a Cass. 27 luglio 2005, n. 15705)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747-762.
93. C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.
94. C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 1189 ss.
95. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2a ed., Padova, 2006, 164 ss.
96. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2a ed., Padova, 2008, in particolare 409 ss.
97. F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss.
98. C. COSSU, *Arbitrato e principio del contraddittorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 269.
99. F. DANОВI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 21 ss.
100. G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3 ed., Torino 2005.
101. V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.
102. V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217-231.
103. V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 443-464.
104. F. DE SANTIS, *La garanzia del contraddittorio nel procedimento di exequatur del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2001, 135-147.
105. L. DE GREGORI, *In tema di arbitrati irrituali. – Nullità degli arbitrati irrituali con obbligo di decidere secondo le regole del diritto*, in *Dir. comm.*, 1924, II, 147 ss.
106. G. DE SEMO, *Compromesso - "Arbitrium boni viri" - Mandato peritale*, in *Dir. comm.*, 1915, I, 17 ss.

107. F. U. DI BLASI, *L'arbitrato nel diritto processuale*, in *Giur. it.*, 1932, I, 692.
108. A. DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico* (a cura di G. SCHIANO DI PEPE), Padova 2007, 278 ss.
109. P. D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 344
110. M. ELIA, *In tema di arbitrato* (nota a Cass. 9 agosto 1948, n. 1447), in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, 1948, 3°, 275-277.
111. E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861-880.
112. E. FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 298-318.
113. E. FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 118-198.
114. E. FAZZALARI, *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano 1967, 117-137.
115. E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459-482.
116. E. FAZZALARI, *Processo. Teoria generale*, in *Nss. D. I.*, XIII, Torino, 1969, 1067-1076.
117. E. FAZZALARI, *I processi nell'ordinamento italiano (lezioni)*, Padova 1973.
118. E. FAZZALARI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile*, in , 80-124.
119. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, s.d., ma 1986, 819-836.
120. E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1-11.
121. E. FAZZALARI, *Processo di arbitrato libero* (nota a Cass. 18 gennaio 1992, n. 595 e Cass. 5 marzo 1992, n. 2650), in *Dir. arb.*, 1993, 51-56.
122. E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Dir. arb.*, 1993, 583-587.
123. E. FAZZALARI, *Sulla "libertà di forme" del processo arbitrale*, in *Dir. arb.*, 1999, 637-641.
124. E. FAZZALARI, *Contraddittorio e motivazione* (nota a Cass. 21 settembre 2001, n. 11936), in *Dir. arb.*, 2001, 687-688 (anche su *Foro it.*, 2002, I, 444).
125. M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli 1937, 134 ss.
126. C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, anno XLIX, N.s., n. 33, Città di Castello 1984.
127. C. FERRI, *L'oggetto del contraddittorio tra le parti*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, 451-469.
128. C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 780-795.
129. A. FINOCCHIARO, *Interruzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*,

XXII, Varese, 1972 428-454.

130. C. FURNO, *Sul regime d'impugnazione degli arbitrati liberi* (nota a App. Torino 15 febbraio 1938), in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, 25.

131. C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.

132. C. FURNO, *Limiti di applicazione e tutela del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267-276.

133. T. GALLETTO, *Il biancosegno*, in ALPA, (coordinato da), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, I, 218.

134. E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* (nota a App. Roma 7 ottobre 1946), in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 248-264.

135. A. GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 1999, 393-407.

136. A. GILI, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata* (nota a Cass. 24 luglio 1993, n. 8293), in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1044-1050.

137. G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, 3-94.

138. M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano 1963, 73-153.

139. M. GRANDI, *Arbitraggio, arbitrato irrituale e applicazione dell'art. 1349 c.c.*, in *Riv. dir. lav.*, 1972, II, 305 ss.

140. E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580.

141. E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Dir. arb.*, 1993, 1-12.

142. E. GREGO, *Sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, in *Dir. comm.*, 1918, II, 97 ss.

143. E. GREGO, *Ancora sui cosiddetti «compromessi irrituali»*, in *Dir. Comm.*, 1919, II, 419 ss.

144. D. GROSSI, *Sulla legittimità del deposito di memorie e documenti dopo la scadenza del termine fissato dagli arbitri* (nota a collegio arbitrale Vicenza, 9 aprile 1990), in *Dir. arb.*, 1993, 259-263.

145. M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2006, 1049 ss.

146. GUALTIERI, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di clausola compromissoria e di procedimento di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* (nota a Cass. 12 febbraio 1968, n. 470), in *Giust. civ.*, 1968, I, 1016

147. S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova 1990.

148. S. IZZO, *Omessa formulazione dei quesiti e rituale proposizione della domanda di arbitrato* (nota a Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472) in *Riv. arb.*, 2003, 320-332.

149. L. LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, 211-235.

150. L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 373-387.
151. M. LAZZARA, *Sub art. 83-bis l.f.*, in *Il nuovo fallimento* (a cura di F. SANTANGELI), Milano 2006, 365 ss.
152. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria e su alcune sue clausole particolari*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, 35.
153. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, *Questioni varie in tema di liquidazioni delle avarie comuni. Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, II, 274.
154. S. LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti compromessi irrituali*, in *Foro it.*, 1926, I, 1065
155. A. LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1201-1216.
156. A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, Milano 1965.
157. E.T. LIEBMAN, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 89
158. E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio e la costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 128-129.
159. E.T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore - Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese 1968, 130-134 (già in *Mon. Trib.*, 1966, 607 ss.).
160. LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitri* (estratto dagli *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, 1931-32, vol. VI), Messina, 1933, 16 ss.
161. F. P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano 1975.
162. F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.
163. F. P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?* (nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637), in *Giust. civ.*, 2002, I, 1612.
164. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 4^a ed., Milano 2007, I-IV.
165. F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 2006.
166. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 18^a ed., Torino, 2006, 116-123
167. G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino 1966.
168. G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 610 ss.
169. R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 299-316.
170. R. MARENGO, *Successione nel processo*, in *Enc. dir.*, LXIII, Milano, s.d. ma 1990, 1393 ss.
171. R. MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 793 ss.
172. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale – Profili comparatistici e*

processuali, Torino 2002, in particolare 190-251.

173. M. MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, 867.
174. M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2007, 36 ss.
175. L. MARMO, *Arbitrato rituale ed arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2025 ss.
176. G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.*, IV, Torino 1959, 459-461.
177. G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Nss. D. I.- App. II*, Torino 1981, 604-606.
178. F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova 1969.
179. F. MAZZARELLA, *Note minime in tema di arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Giur. merito*, 1969, I, 335.
180. F. MAZZARELLA, *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 62-92.
181. A. MENCARELLI, *L'istituto dell'arbitrato irrituale nel diritto italiano*, in *Nuovo diritto*, 1933, 405 ss.
182. A. MINOZZI, *Il foglio in bianco come accettazione anticipata dei giudizi arbitrali*, in *Studi in onore di C. Fadda*, IV, Napoli, 1906, 385.
183. G. MIRABELLI – D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli 1997.
184. L. MONTELEONE, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863-874.
185. L. MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.
186. L. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 441 ss.
187. A. MORDIGLIA, *Prelevamento di combustibile dal carico per necessità della nave*, in *Dir. mar.*, 1951, 59.
188. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., III, Milano, s.d., 42.
189. C. NAPOLITANO, *Questioni processuali arbitrali* (nota ad App. Torino 27 aprile 1951), in *Foro pad.*, 1951, I, 745 ss.
190. A. NASI, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 1961, 720-728.
191. P.L. NELA, *Sub art. 808-ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.
192. P.L. NELA, *Sub art. 816-bis c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.
193. P.L. NELA, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a

cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II.

194. R. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, 321-369.
195. E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale* (a cura di C. CECHELLA), Milano 2006.
196. E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.
197. E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 130 ss.
198. G. PERA, *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 334 ss.
199. PESCATORE, *La logica del diritto (frammenti di dottrina e giurisprudenza)*, Roma, 1883, in particolare pagina 70.
200. N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673-681.
201. N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss.
202. A. PROTO PISANI, *Sub art. 101 c.p.c.*, in *Comm. Allorio*, Torino 1973, 1084-1097.
203. C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano 1963.
204. C. PUNZI, *Il procedimento per la dichiarazione di esecutività del lodo arbitrale: normativa senza giudizio con contraddittorio differito e garanzia del diritto di difesa* (nota a Corte cost. 4 marzo 1992, n. 80), in *Giur. cost.*, 1992, 823-830.
205. C. PUNZI, voce *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1998.
206. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000.
207. C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.
208. C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 395 ss.
209. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino 2008, III.
210. R.R., *Poteri degli arbitri in tema di prove e delle parti circa il lodo che abbiano dichiarato "non appellabile"* (nota a Cass. 17 luglio 1953, n. 2368), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, II, 68-70.
211. G. RAMPAZZI, *Sub art. 808-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006, 2171 ss.
212. G. RAMPAZZI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006.
213. G. RAMPAZZI, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006, 2203-2204.
214. E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano 1939, 196-198.

215. E. REDENTI, *Il “contraddittorio” davanti alla Corte costituzionale*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, 309-317.
216. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, 1954, III, 445-487, in part. 470 n. 268.
217. N. RESTAINO, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento arbitrale e decisorietà del lodo* (nota a Cass. 14 marzo 1953, n. 611), in *Giur. compl cass. civ.*, 1953, V, 100-102.
218. L. RESTAINO, *Sub. art. 83-bis l.f.*, in *La riforma della legge fallimentare* (a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI), Torino, 2006, I, 491-492.
219. M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903, 60-95
220. E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 24 maggio 1968, n. 1583), in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703-715.
221. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974.
222. E.F. RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 436-451.
223. E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del “diritto alla prova”*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159-162.
224. E.F. RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, 13-23.
225. G.F. RICCI, *Sub art. 816 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 262 ss.
226. G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1-24.
227. G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, 2^a ed., Bologna 2008, 353 ss.
228. G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, 4^a ed., Milano 1994, 307- 311
229. A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 38 ss.
230. L. ROVELLI, *Arbitrato irrituale e figure affini*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 229 ss.
231. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il contraddittorio negli arbitrati rituali e irrituali*, in *Foro pad.*, 1993, I, 48-49.
232. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 4^a ed., Padova 2005.
233. G. RUFFINI, *Sub art. 820 c.p.c.*, in *Codice di procedura commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 2^a ed., Milano 2000, II.
234. G. RUFFINI, *Sub art. 816-bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3^a ed., Milano 2007, III, 5856-5873.
235. G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISO), 3^a ed., Milano 2007, III, 5873 ss.
236. L. SALVANESCHI, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio* (nota a Cass. 27 settembre 1994, n. 7872), in *Corr. giur.*, 1995, 327-329.
237. L. SALVANESCHI, *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale* (nota ad App. Milano 25

- settembre 1998, n. 2589), in *Riv. arb.*, 1999, 723-730.
238. L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-sexies c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI) – *Le nuove leggi civili commentate*, 1299 ss.
239. P. SANDULLI, *Il contraddittorio nel “processo aziendale disciplinare”* (nota a Pret. Milano 26 marzo 1976), in *Riv. dir. proc.*, 1976, 857-870.
240. F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, I, 272 ss.
241. F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss.
242. F. SANTORO-PASSARELLI, *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1157 ss.
243. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli 1975, 52-53.
244. B. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it*, §§ 1-6.
245. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931.
246. S. SATTA, *Meditazioni sull'arbitrato*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova 1970 3-20.
247. S. SATTA, *Chiose*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova 1970, 21-39.
248. S. SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. arb.*, 1974, 1-8.
249. G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, estratto dagli *Annuali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, 89 ss., spec. 104.
250. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1958, 276-303.
251. G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2^a ed., Milano, 1967, 23-24, 27, 163-164.
252. A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 496.
253. A. SIRACUSANO, *Omologazione del lodo arbitrale e contraddittorio* (nota a Pret. Roma, ord. 1^o giugno 1991), in *Riv. arb.*, 1992, 72-81.
254. P. SORACE, *Arbitrati formali e arbitrati liberi*, Roma 1932.
255. A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429.
256. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389-434.
257. M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997.
258. G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193-248.
259. G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634-658.
260. G. TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 451 ss.

261. F. TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Dir. arb.*, 1991, 743-755.
262. G. TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale (art. 808-ter c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 2007, 555 ss.
263. R. VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio* (nota ad App. Milano 24 marzo 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 405.
264. R. VECCHIONE, *Arbitrato irrituale - eccesso dai limiti del mandato* (nota a Trib. Crema 29 maggio 1954), in *Foro pad.*, 1955, I, 823.
265. R. VECCHIONE, *Gli arbitri amichevoli compositori, la rinuncia al deposito e alle impugnazioni e l'arbitrato irrituale* (nota ad App. Brescia 21 dicembre 1955), in *Foro pad.*, 1956, I, 189.
266. R. VECCHIONE, *Lodo libero dichiarato esecutivo e litispendenza* (nota a Cass. 18 luglio 1957, n. 2995), in *Foro pad.*, 1957, I, 1189.
267. R. VECCHIONE, *Il biancosegno nell'arbitrato irrituale* (nota ad App. Bologna 8 maggio 1952), in *Temi*, 1953, 7.
268. R. VECCHIONE, *Lodo per biancosegno e pronuncia fuori dei limiti del compromesso* (nota ad App. Venezia 2 maggio 1955), in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 1059.
269. R. VECCHIONE, *Qualche passo indietro in tema di arbitrato libero* (nota a Cass. Brescia 26 gennaio 1956, n. 230), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 661.
270. R. VECCHIONE, *Il principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota ad App. Milano 16 ottobre 1952), in *Foro pad.*, 1953, I, 33.
271. R. VECCHIONE, *Violazione del principio del contraddittorio e nullità del lodo per mancata escussione di tutti i testi* (nota ad App. Milano 10 aprile 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 1209.
272. R. VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 178-180.
273. R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971.
274. G. VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, 425 ss.
275. G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 665 ss.
276. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova 2006.
277. V. VIGORITI, *Quale contraddittorio per l'arbitrato libero?* (nota a App. Milano 18 settembre 1990), in *Dir. arb.*, 1991, 559-562.
278. M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 823-837.
279. M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1958, 846-874.
280. A. VOIELLO, *Per la qualificazione dell'arbitrato irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 538.
281. E. VULLO, *Una conferma in tema di applicazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato rituale* (nota a Cass. 17 dicembre 1993, n. 12517), in *Dir. arb.*, 1995, 441-444.
282. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 641-647.

* * *

283. L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, Thèse, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, 2006, préface L. CADIET.
284. A. BÉNABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge*, JCP, 1977, I, 2849.
285. A. BÉNABENT, *L'art. 16 du nouveau code de procédure civile, version 1981*, D. 1982, chron. 55.
286. B. BOCCARA, *Le procédure dans le désordre. I. - Le désert du contradictoire*, JCP, 1981, 3004, spéc., n. 79 et s.
287. G. BOLARD, *Les juges et le droit de la défense, en procédure civil*, *Mélanges P. Bellet*, 1991, 49.
288. M.-E. BOURSIER, *Le principe de Loyauté en droit processuel*, Thèse, éd. Dalloz, 2003.
289. L. CADIET-E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4e éd., Paris, 2004.
290. T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, 156.
291. P. CATALÀ - F. TERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, 1976.
292. T. CLAY, *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre*, in *Colloque du Clunet « Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : évolutions et innovations »*, 15.
293. G. CORNU, *V° Contradiction, V° Contradictoire*, in *Vocabulaire juridique (publié sous la direction de G. CORNU)*, Paris, 1987, 199-200.
294. G. CORNU, *Le principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions)*, in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, 83, spéc. 93.
295. G. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *J.-Cl. de procédure civile*, 1991, fasc. 114.
296. G. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *J.-Cl. de procédure civile*, 2003, fasc. 114.
297. G. COUCHEZ, *La parole et l'écrit en droit judiciaire privé*, in *XIVe éd. Colloque des Instituts d'Étude judiciaires, Presses universitaires de Reims 1985*, (spécialement 61 s.).
298. H. CROZE - Chr. MOREL, *Procédure civile*, PUF, 1988.
299. P. DELVOLVÉ', *Le nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'État*, D. 1979, chron. 281.
300. DORSNER-DOLIVET/BONNEAU, *L'ordre public, le moyens d'ordre public en procédure*, D. 1986, chron. 59.
301. G. FLECHEUX, *Le droit de être entendu*, *Mélanges P. Bellet*, 1991, 149.
302. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse Paris II, 1988.
303. M.-A. FRISON-ROCHE, *Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in *Le principe du contradictoire devant le juridictions internationales*, Paris, Pédone, coll.

- « *Contentieux international* », 2004, 125.
304. M.-A. FRISON-ROCHE, *V° Contradictoire*, in *Dictionnaire de la justice (publié sous la direction de L. CADIET)*, Paris, 2004, 236-243.
305. O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988.
306. H. LEGAL, *Commentaire*, in *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pédone, coll. « *Contentieux international* », 2004, 67.
307. R. MARTIN, *Principes directeurs du procès*, in *Répertoire de procédure civile*, D. 2000, 1 ss. , in part. 21-26.
308. F. GUINCHARD, *Le contradictoire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit constitutionnel*, in *Rev. experts*, vol. 44, n. 3, 1999.7.
309. F. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel/Droit commun et droit comparé du procès*, 3e éd., Paris, 2005.
310. F. GUINCHARD-F. FERRAND, *Droit processuel/Droit interne et droit comparé communautaire*, 28e éd., Paris, 2006.
311. (J. HÉRON)-P. THIERRY LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006.
312. Ch. JARROSSON, *Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation?*, *RGDP*, 1999, 764.
313. A. JAUFFRET - J. NORMAND, *Manuel de procédure civile et voies d'exécution*, LGDJ, 14e éd., 1984.
314. P. JULIEN, note a Conseil d'État, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 6.
315. P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joli*, 1996, 11 ss.
316. J-P. LE GALL, *À quel moment le contradictoire? Une application de la convention européenne des droits de l'homme*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1996, 55.
317. R. MARTIN, *De la contradiction à la vérité judiciaire*, in *Gaz. pal*, 1981, 1, doct. 209.
318. R. MARTIN, *Principes directeurs du procès*, in *Répertoire de procédure civile*, D. 2000, 1, in part. 21-26.
319. R. MARTIN, *Le caractère contradictoire de la procédure civile, principe général du droit*, in *Ann. loyers*, 1980, 913.
320. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le juge et la contradiction*, in *Le NCPC (1975-2005)*, *Économica*, 2006, 295.
321. L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, thèse Toulouse, déc. 2003.
322. L. MINIATO, *La "consécration" du principe du contradictoire le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile*, D. 2005, 308-309.

323. L. MINIATO, *Le "principe du contradictoire": nouveau principe directeur de procès?*, D. 2005, 2537.
324. H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, *Mélanges en l'honneur de Paul Robier*, Paris, 1961, II, 175 et s. - Chron. cit. D. 1972, 91 spec. n° 10 - *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Paris, 1973.
325. H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, 1973, 144.
326. J. MOURY, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile*, Thèse, Paris II, 1986.
327. N. NORMAND, *L'office du juge*, 1965, 102, 160 s., 172.
328. N. NORMAND, *Le relevé d'office des moyens touchant*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1991, 152.
329. N. NORMAND, obs, *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 180.
330. N. NORMAND, obs, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, 184, 402, 710 ss.
331. N. NORMAND, obs, *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, 417.
332. N. NORMAND, obs, *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, 145, 598, 802.
333. N. NORMAND, *J.-Cl. de procédure civile*, fasc. 150, 151, 152.
334. Cl. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, *Rép. Defrénois*, 1976, 31220, n° 46.
335. Cl. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, Paris, 1976.
336. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1974, 454 et 852.
337. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1975, 777.
338. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1976, 826.
339. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1978, 730.
340. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1981, 454 et 902.
341. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1982, 466.
342. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1983, 194 et 590.
343. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1985, 446.
344. R. PERROT, obs, *Rev. trim. dir. civ.*, 1993, 890.
345. R. PERROT, (application à l'arbitrage des règles de procédure civile), in *Rev. arb.*, 1980, 642.
346. PIERRON, *Les notes en délibéré dans le procès civil*, *JCP G*, 1952, I, 1036.
347. P. RAYNOUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16*, en *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Toulouse, 1981, 715-734.
348. ROLAND-BOYER, *Audi alteram partem*, in *Adages de droit français*, 4e éd., Paris, 1999.
349. P. SCHLOSSER, *L'arbitrage, la contradiction et le droit d'être entendu en droit*

suisse, allemand et français, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges Roger Perrot*, 1996, Dalloz, 299, spéc. 455.

350. O. SCHRAMECK, *Quelques observations sur le principe du contradictoire*, in *L'État de droit. Mélanges G. Braibant*, 1996, Dalloz, 629.

351. J.-B SIALLELI, *La lamentable histoire de l'article 16*, in *Barreau de France*, janv.-févr. 1978.

352. L. SINOPOLI, *Le principe du contradictoire et la Cour Européenne des droits de l'homme*, in *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pédone, coll. « *Contentieux international* », 2004, 79.

353. H. SOLUS – R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, n° 106.

354. G. TARZIA, *Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne*, in *Rev. int. droit comparé*, 1981, 789 ss.

355. J. VIATTE, *Les moyens de droit relevés d'office et la contradiction*, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, doct., 21.

356. J. VIATTE, *Enrichissement et perfectionnement du Nouveau Code de procédure civile*, *Journ. Not.*, 1981, 1581, art. 56432

357. G. WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire. A propos du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973*, *D.* 1974, chron. XIX, 95-96.

358. G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, *D.* 1978, chron. VIII, 36-38.

359. G. WIEDERKEHR, *Les droits de la défense et le principe de la contradiction*, in *Procédures et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, Coll. "Droit et justice", 2003, 167.

360. I. ZAKINE, *L'exigence du contradictoire*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1996, 69.

INDICE.

PARTE 1) L'ARBITRATO RITUALE. 1. Introduzione. Dalle radici storiche del principio del contraddittorio alla codificazione del 1865. 2. La codificazione del 1942 e l'art. 101 c.p.c. 3. L'interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 101 c.p.c. 4. Il contraddittorio come tratto distintivo del processo. 5. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. 6. Segue. Il rapporto tra contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio nell'ordinamento francese. 7. Segue. L'evoluzione di legislazione, dottrina e giurisprudenza francesi. 8. Segue. La dottrina italiana: tesi di C. Ferri. 9. Segue. La tesi di S. Chiarloni. 10. Segue. La posizione della giurisprudenza e di altra parte della dottrina. 11. Principio del contraddittorio e arbitrato rituale: la codificazione del 1865 e l'interpretazione dottrinale. 12. La codificazione del 1942 e l'art. 816, comma 3, c.p.c.: l'interpretazione dei primi commentatori. 13. L'interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 816, comma 3, c.p.c. 14. Le prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 816, comma 3, c.p.c. 15. Segue. L'art. 816, comma 3 (successivamente 4) c.p.c. nell'interpretazione della giurisprudenza. 16. Segue. Il rispetto del principio del contraddittorio in relazione ad aspetti specifici postisi all'attenzione della giurisprudenza. 17. Il rispetto del principio del contraddittorio in relazione ad aspetti messi in evidenza dalla dottrina. 18. La riforma dell'arbitrato. Introduzione. 19. Segue. La verbalizzazione dell'attività degli arbitri. 20. Segue. Gli effetti della violazione del contraddittorio. 21. Segue. L'art. 816-*sexies* c.p.c. Breve rassegna degli orientamenti antecedenti alla riforma relativamente all'art. 820 comma 3 c.p.c. 22. Segue. Il nuovo art. 816-*sexies* c.p.c. Introduzione. 23. Segue. Presupposti di applicazione della disposizione. 24. Segue. Il nuovo art. 43 comma 3 l.f. e la possibilità di applicare all'arbitrato l'istituto dell'interruzione in caso di fallimento di una delle parti. 25. Segue. Il nuovo art. 83-*bis* l.f. – 26. Segue. Gli effetti: l'assunzione da parte degli arbitri delle misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio. 27. Segue. Il potere di sospensione del procedimento. 28. Segue. La facoltà di rinuncia all'incarico.

PARTE 2) L'ARBITRATO CONTRATTUALE. 1. La sentenza Cass. Torino 27 dicembre 1904; 2. Segue. *Ratio* della predetta sentenza; 3. Opinioni dottrinali favorevoli alla validità degli arbitrati contrattuali; 4. Segue. La teoria contrattualistica pura; 5. Opinioni dottrinali contrarie all'ammissibilità dell'arbitrato contrattuale; 6. La posizione della giurisprudenza;

7. L'intervento del legislatore del 1942; 8. La posizione della dottrina successiva all'entrata in vigore del codice di procedura del 1942: la tesi dell'arbitrato contrattuale come arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento; 9. Segue. Tesi di autori che, pur non aderendo alla teoria cd. unitaria dell'arbitrato, rifiutano l'inquadramento dell'arbitrato contrattuale in termini di arbitraggio nella transazione; 10. La posizione della giurisprudenza: le prime sentenze che affermano la necessità del rispetto del contraddittorio anche in ambito dell'arbitrato contrattuale; 11. La teoria cd. unitaria dell'arbitrato: le tesi di Carnacini e Fazzalari; 12. Segue. La diffusione in dottrina della teoria cd. unitaria; 13. L'evoluzione giurisprudenziale successiva all'affermazione della teoria cd. unitaria; 14. La riforma dell'arbitrato: il nuovo art. 808-ter c.p.c.; 16. Il principio del contraddittorio nell'arbitrato contrattuale a seguito della riforma.

PARTE 3) BIBLIOGRAFIA.