

Corso di dottorato in Diritto dell'arbitrato interno ed internazionale

Ciclo: XXII

***IL RAPPORTO TRA GIUDIZIO RESCINDENTE E GIUDIZIO
RESCISSORIO NELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITA' DEL
LODO ARBITRALE***

TUTOR

Chiar.mo Prof. Sergio Menchini

CANDIDATO

Dott. Giacomo Bugliani

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

INTRODUZIONE

Il tema del rapporto sussistente tra giudizio rescindente e giudizio rescissorio a seguito dell'annullamento del lodo da parte dell'autorità giudiziaria statale costituisce un aspetto particolarmente interessante dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, benché sia stato affrontato solo sommariamente tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza.

Le difficoltà con cui l'interprete è chiamato a confrontarsi, approcciando una tematica di questo genere, sono individuabili alla luce di due ordini di considerazioni.

Il primo è dato dalla scarsità delle fonti da cui è possibile attingere, sia, come appena detto, per le (purtroppo) sporadiche "incursioni" della dottrina e della giurisprudenza in questa tematica, sia, soprattutto, per il fatto che, *ab origine*, la disciplina di questo profilo si trova esplicitata in una sola disposizione normativa, l'art. 830 del codice di procedura civile.

Il secondo limite cui si va incontro nello svolgimento di un'indagine come quella attuale è costituito dalla singolarità delle scelte operate dal legislatore italiano.

A differenza di altri ordinamenti stranieri, infatti, quello italiano ha affrontato e sinteticamente disciplinato l'invero complesso rapporto tra fase rescindente e fase rescissoria dell'impugnazione per nullità del lodo in maniera non univoca, optando per soluzioni differenziate a seconda del vizio della pronuncia arbitrale che ne ha determinato la nullità di fronte all'autorità giurisdizionale pubblica.

È evidente che, in astratto, le soluzioni ipotizzabili a seguito dell'annullamento del lodo ad opera della Corte d'appello competente siano due.

Al legislatore, infatti, non poteva restare che la scelta tra una pronuncia rescissoria affidata alla stessa autorità che ha provveduto a caducare la decisione dei giudici privati oppure la rimessione della stessa agli arbitri, in conformità con quanto originariamente pattuito tra le parti compromittenti che, con la stipulazione della convenzione arbitrale, avevano inteso rinunciare all'impiego dei servizi offerti dalla giustizia dello Stato e deferire, piuttosto, la composizione della controversia tra di

esse insorta al giudizio di privati, scelti ed incaricati per le loro caratteristiche professionali e, come tali, remunerati dalle stesse parti in lite.

Or bene, il legislatore italiano non sembra aver dato particolare preferenza a nessuna di queste due alternative, optando piuttosto per la creazione di un sistema vario e differenziato, in cui talora il giudizio rescissorio è rimesso alla stessa Corte d'appello che ha annullato la decisione degli arbitri, talaltra è affidato a (presumibilmente nuovi) giudici privati.

Al di là della (forse poco convincente) soluzione normativa, di fronte alla quale all'interprete non resta che chinare il capo e prendere atto di quanto la superiore volontà del nomoteta ha statuito, rimangono insoluti molteplici aspetti che le scarse disposizioni involgenti il tema della presente indagine sembrano trascurare o, comunque, eludere.

Si pensi, anzitutto, ai vari problemi collegati alla questione relativa alla possibilità per le parti, di comune accordo, di rivolgersi agli arbitri piuttosto che alla Corte d'appello per la pronuncia rescissoria anche nei casi in cui il codice di rito preveda l'intervento dell'autorità giudiziaria statale. Oppure ancora all'ipotesi inversa, in cui le parti decidano di adire la Corte d'appello anche nei casi in cui l'art. 830 c.p.c. preveda che siano i giudici privati a rendere la nuova pronuncia di merito. Oppure ancora, in ultimo, alla possibilità per le parti, benché originariamente vincolate dalla convenzione arbitrale, di adire il giudice ordinario di prime cure in alternativa al ricorso, normativamente previsto, alla via arbitrale.

Il codice nulla prevede in maniera chiara ed espressa, né ad oggi la giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi e, pertanto, non resta che affidarsi all'elaborazione dottrina che tuttavia, sul punto, non registra sempre piena uniformità di vedute.

Ma, andando oltre, si può richiamare anche il problema della c.d. litispendenza, che si sostanzia, ai nostri fini, nella considerazione dell'eventualità o meno che il giudizio originariamente avviato con la domanda arbitrale possa dirsi ancora pendente con l'introduzione del giudizio rescissorio in esito all'annullamento del lodo.

La questione, com'è evidente, non è di poco conto ed è passibile di acquisire importanti risvolti pratici.

Si pensi soltanto al caso in cui la proposizione della domanda arbitrale abbia portato all'interruzione del termine prescrizione del diritto fatto valere in giudizio e alla sua correlata sospensione per tutta la durata del processo arbitrale e della successiva fase d'impugnazione di fronte alla Corte d'appello e all'eventualità che l'effetto sospensivo vada perduto ed il giudizio in sede rescissoria sia connotato da una litispendenza in senso ampio nuova e del tutto sganciata dagli effetti prodotti dalla formulazione dell'originaria domanda di fronte agli arbitri.

Benché i tempi del processo arbitrale siano più ridotti di quelli del processo statale, la questione resta, comunque, rilevante per due ragioni. La prima è che alla fase arbitrale ne segue un'ulteriore condotta dall'autorità giudiziaria statale in sede d'impugnazione (la Corte d'appello) con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della (usualmente ampia) durata dei processi affidati agli organi deputati a *ius dicere* per conto dello Stato; la seconda motivazione è che il nuovo sistema di proroga del termine previsto all'art. 820 c.p.c., come novellato dal d.lgs. 40/2006, può sensibilmente dilatare il termine *ab origine* pattuito dalle parti o previsto, in subordine, *ex lege*, rendendo così inevitabile porsi il problema della conservazione degli effetti dell'originaria domanda.

Si pensi, poi, all'ulteriore problema, più sopra appena accennato, inerente la formazione del collegio giudicante in sede rescissoria, allorché la decisione non debba essere resa dalla Corte d'appello: si deve adire il medesimo collegio che ha già pronunciato la decisione caducata o, più verosimilmente (almeno a parere di chi scrive), devono essere nuovi i giudici privati cui affidare l'adozione della pronuncia sostitutiva?

Questione dibattuta è, ulteriormente, quella del *thema decidendum* della fase rescissoria dell'impugnazione per nullità del lodo. Dobbiamo chiederci, in buona sostanza, se le parti siano abilitate a proporre domande nuove o se, al contrario, il *thema decidendum* sia rigorosamente circoscritto a quello oggetto del pregresso giudizio arbitrale, se non addirittura ai soli profili per cui è stata promossa l'impugnazione per nullità.

Inoltre, una volta delineati i confini della cognizione del giudice del rescissorio, mediante l'esatta individuazione del possibile oggetto del giudizio ad esso spettante, si tratta di valutare quale sia l'ambito d'impiego delle prove ad esso rimesso.

Così occorre, *in primis*, valutare se sia possibile utilizzare (e a quali condizioni farlo) gli elementi probatori già acquisiti nel pregresso processo arbitrale; dopo di che si rende necessario considerare se le parti abbiano la possibilità di proporre nuovi mezzi di prova e se gli stessi giudici (pubblici o privati) a cui è affidata la pronuncia sostitutiva del lodo possano individuare mezzi istruttori officiosi.

Giungendo, poi, alla conclusione del giudizio rescissorio, si deve significativamente appuntare l'attenzione sulla questione del metro di giudizio impiegabile dall'organo investito della necessità di adottare, una volta intervenuto l'annullamento del lodo, la pronuncia sostitutiva.

Rispetto a tale questione, si tratta di capire se il giudice del rescissorio sia sempre vincolato al rispetto delle regole di diritto oppure se sia possibile appellarsi ad un giudizio d'ordine equitativo. Problema che, peraltro, si pone esclusivamente nei casi in cui le parti abbiano pattuito, nella convenzione arbitrale, che i giudici privati impieghino il metro di giudizio dell'equità, dal momento che, in caso di assenza di ogni previsione in tal senso, s'impone, com'è naturale, il rispetto delle norme di diritto vigenti. Problema al quale nel lavoro svolto si è cercato di dare risposta nel senso che, sempre e comunque, s'impone il rispetto delle *regulae iuris*, benché nella convenzione arbitrale le parti avessero optato per l'adozione del criterio equitativo ai fini della composizione della lite.

Quid iuris, poi, se si verifica l'estinzione del giudizio d'impugnazione dopo la pronuncia operata in sede rescindente e prima che si sia avuta la pronuncia nel merito, vale a dire durante la pendenza del giudizio rescissorio?

In tale ipotesi, mentre il processo procede verso il riesame del merito, ci troviamo di fronte ad una sentenza resa dalla Corte d'appello in sede rescindente e, segnatamente, di una sentenza non definitiva che dichiara l'invalidità del lodo.

Il fatto che detta sentenza conservi i suoi effetti ci pare cosa difficilmente contestabile e, quindi, se si considera la pronuncia dichiarativa della nullità una sentenza non

definitiva di merito, si può ritenere che essa sopravviva all'estinzione del giudizio rescissorio e faccia salvi i suoi effetti caducatori della pronuncia arbitrale.

Il fatto che si mantenga la pronuncia di nullità del lodo e si estingua la sola fase rescissoria, pone la questione relativa all'individuazione del giudice competente a pronunciare sul merito.

È assolutamente condivisibile che sia escluso l'intervento della Corte d'appello: essa, infatti, ha già compiutamente espletato la sua funzione con la declaratoria d'invalidità del lodo, ha esaurito, con l'annullamento della pronuncia privata, la sua competenza speciale e, pertanto, non resta che risolvere la questione con l'opzione tra il ricorso ad un nuovo collegio arbitrale oppure all'autorità giurisdizionale ordinariamente competente secondo le regole del codice di rito.

Un settore di sicuro interesse per l'indagine oggetto del presente lavoro è anche quello dell'arbitrato di diritto amministrativo, di cui all'art. 6 secondo comma della legge 205 del 2000, il quale sembra lasciare incerti molti rilievi critici e che, ai nostri fini, pone in evidenza il problema della competenza ad adottare la pronuncia in fase rescissoria una volta che, ad opera (plausibilmente) della Corte d'appello, sia stato annullato il lodo. Si discute, infatti, se la nuova pronuncia spetti, allorché sia previsto il ricorso al giudice statale, all'autorità giurisdizionale ordinaria oppure a quella speciale e, segnatamente, amministrativa. Nel caso in cui, poi, si debba risolvere in quest'ultimo senso la questione, rimane da chiarire se la decisione di merito spetti al Tar oppure al Consiglio di Stato, in quanto giudice di secondo grado nella giurisdizione amministrativa. Un'opzione a favore della prima delle autorità giudiziarie appena indicate s'impone per il fatto di dover, comunque, garantire un ulteriore grado di giudizio a quella decisione: controllo che altrimenti difetterebbe, se solo si considera che il ricorso per cassazione, in tal caso, sarebbe ammesso per profili esclusivamente attinenti alla giurisdizione.

Ma un'analisi che voglia dirsi il più possibile completa non può prescindere da una riflessione di diritto comparato e dal valutare, così, il rapporto tra fase rescindente e rescissoria alla luce delle possibili soluzioni offerte dagli ordinamenti stranieri.

In particolare, nelle pagine che seguono si è voluto operare un richiamo a due sistemi giuridici tra loro molto diversi ed acquisiti a modello di confronto per la formulazione

di un giudizio su esperienze giuridiche che si rivelano per molti aspetti antitetico, ma passibili di costituire valido metro di confronto con la nostra.

Si è, infatti, richiamato, nel contesto degli ordinamenti a regime di *civil law*, il codice di rito tedesco, il quale, al par. 1059, affronta la tematica del rapporto tra pronuncia caducatoria del lodo ad opera della corte statale (mediante il rimedio dell'*Aufhebungsantrag*) e la nuova pronuncia di merito, offrendo una soluzione ben distante da quella formulata nella nostra disciplina arbitrale nazionale.

Il quarto comma del par. 1059 ZPO, infatti, stabilisce che il giudice, una volta annullato il lodo, rimetta la causa agli arbitri per la decisione di merito se almeno una delle parti ne faccia richiesta.

Da ciò si dovrebbe desumere, allora, che il giudizio formulato dal giudice statale è esclusivamente indirizzato alla caducazione o meno del lodo, vale a dire ad un controllo meramente esterno e dal carattere marcatamente cassatorio, teso soltanto all'eliminazione dell'efficacia di *res iudicata* attribuita per errore ad una pronuncia privata viziata. Se, da una parte, si esclude il giudizio rescissorio del giudice statale, dall'altra si ammette anche che la salvezza della decisione arbitrale possa arrivare solamente da una nuova decisione privata. La necessità o meno di addivenire ad una pronuncia sostitutiva, così, è chiaramente frutto di una valutazione del giudice statale, ma, nel caso in cui tale eventualità si realizzi, la nuova decisione non può che essere opera di giudici privati, purché almeno una delle parti ne faccia richiesta.

Del resto, come espressamente stabilisce il quinto comma del par. 1059 ZPO, l'annullamento del lodo lascia sopravvivere l'efficacia della convenzione d'arbitrato relativamente all'oggetto della controversia: con la conseguenza che le parti risultano ancora vincolate dal patto compromissorio e, quindi, è sufficiente che una delle parti ne richiami l'esistenza e la vincolatività per far sì che anche l'altra affronti un nuovo processo arbitrale.

Chiara espressione, in buona sostanza, di un accentuato *favor arbitrati* da parte del legislatore tedesco.

Sul fronte dei sistemi di *civil law*, invece, si è intesa richiamare la disciplina del sistema arbitrale anglosassone, *ictu oculi* assai distante dal nostro, anche solo per la varietà di soluzioni che possono aversi in sede d'impugnazione del lodo.

Al di là delle singolari opzioni della *variation* o della *remission*, l'interprete italiano che cerchi un confronto tra quel sistema e il nostro non può che concentrare la sua attenzione sul c.d. *setting aside*, che, tra le soluzioni offerte dalla normativa anglosassone, è il meccanismo caducatorio del lodo più somigliante a quello che si può ottenere con la nostra impugnazione per nullità.

Con esso il lodo è *tamquam non esset*, essendone caducate con efficacia retroattiva la sua valenza di cosa giudicata, di *issue estoppel* e la sua esecutività.

Il problema, tuttavia, si pone in relazione al fatto che ad essere travolto potrebbe essere, oltre che il lodo, anche il pregresso procedimento arbitrale o finanche la convenzione arbitrale che ha dato vita al rapporto processuale di fronte ai giudici privati. Talora si è evidenziato che l'effetto caducatorio ricondurrebbe l'arbitrato al momento immediatamente precedente la pronuncia del lodo, con la conseguenza che gli arbitri continuerebbero ad essere sempre investiti della decisione della causa; talaltra, si è detto che ad essere travolto è l'intero processo arbitrale con correlato venir meno della convenzione arbitrale e necessità di ricondurre la risoluzione della questione alla giurisdizione statale; talaltra ancora, si è evidenziato che la pronuncia di annullamento involge anche la volontà originariamente manifestata di investire determinati arbitri della composizione della lite, comportando, così, che il giudizio venga nuovamente devoluto a diversi giudici privati. La soluzione che pare preferibile è proprio quest'ultima, ragion per cui la controversia dovrà essere deferita sempre a giudici arbitrali, benché diversi da quelli precedentemente investiti, in quanto la convenzione arbitrale preserva la sua efficacia ed è passibile di essere eseguita.

Ecco che, pur nella diversità del sistema giuridico inglese e delle scelte formulate da quell'ordinamento, anche un confronto con esso può rivelarsi utile, proprio perché si possono trovare punti di contatto con le previsioni del codice di rito italiano, non foss'altro per l'affermazione secondo cui l'annullamento del lodo non determina il venir meno del vincolo compromissorio, con la necessità di rivolgersi a nuovi giudici privati per la pronuncia di merito.

Nel nostro ordinamento statale, comunque, cuore del problema afferente il rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo rimane

pur sempre quello relativo alla sorte del giudizio rescissorio a seguito della caducazione della pronuncia privata operata dalla Corte d'appello in fase rescindente. Attraverso la disamina dei singoli motivi di nullità, infatti, è possibile considerare i tre possibili esiti della fase rescissoria, vale a dire la necessità di intervento della Corte d'appello già competente per il giudizio di annullamento, la situazione di permanente vigenza della convenzione arbitrale e, da ultimo, la condizione di ontologica impossibilità di sopravvivenza del vincolo arbitrale con inevitabile necessaria conseguenza di ricorso al giudice ordinario di prime cure.

Quanto di razionale ci sia nelle scelte operate dal legislatore della riforma è cosa non facile a dirsi, anche perché spesso dietro una scelta normativa si nascondono molte complesse valutazioni e giudizi comparatistici che spingono a preferire un'opzione (ancorché apparentemente non ottimale) rispetto ad altre, *ictu oculi* più persuasive, ma, alla resa dei fatti, meno appropriate.

È evidente, alla luce di quanto detto, che la presente indagine non vuole essere altro che un primo embrionale approccio ad una problematica così assai poco dibattuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza nostrane, ma che si rivela particolarmente significativa per la piena comprensione della disciplina arbitrale e per poter garantire un più certo e corretto funzionamento di un istituto in costante espansione nella prassi dei rapporti tra privati.

Massa, 3 Gennaio 2010

CAPITOLO PRIMO

IL GIUDIZIO RESCISSORIO NEL CONTESTO DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO

SOMMARIO: 1.Premessa- 2.La natura dell'impugnazione per nullità nel dibattito dottrinario e nelle pronunce giurisprudenziali- 3.La tesi della riconducibilità dell'impugnazione per nullità all'appello- 4.*Segue*:la sovrapposizione tra appello ed impugnazione per nullità- 5.La tesi della distinzione tra appello ed impugnazione per nullità- 6.Una soluzione "mediana"- a) *Un problema d'impostazione*-b)*L'inopportunità dell'impiego di formule astratte e non risolutive*- c)*Considerazioni in ordine all'impugnazione per nullità come rimedio sui generis*- d)*Un diverso approccio della questione*- 7. La normativa *de residuo* applicabile all'impugnazione per nullità.

1. Premessa.

Affinché possa essere adeguatamente affrontato l'intero spettro delle problematiche connesse al giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità, occorre svolgere, mediante una breve (ma necessaria) analisi di carattere introduttivo, alcuni rilievi che consentano d'inquadrare l'impugnazione stessa, val a dire l'istituto nel quale s'inserisce l'oggetto del presente lavoro.

Com'è noto, il nostro codice di rito prevede, agli artt. 827 e seguenti, che il lodo possa essere fatto oggetto d'impugnazione, attraverso tre differenti rimedi: l'impugnazione per nullità (artt. 828-830), la revocazione c.d. straordinaria e l'opposizione di terzo (art. 831).

Elemento connotante il primo di questi rimedi è la struttura bifasica del suo svolgimento: ad un primo giudizio di carattere rescindente, infatti, può seguire un secondo giudizio finalizzato all'adozione di una pronuncia sostitutiva. Se, infatti, nella fase rescindente l'obiettivo è essenzialmente quello di annullare la pronuncia arbitrale, con il successivo eventuale *iudicium rescissorium* s'intende ottenere una pronuncia che prenda il posto di quella i cui effetti siano stati caducati.

La disciplina che il codice dedica all'impugnazione per nullità tocca diversi profili, offrendo precise indicazioni, ma, al contempo, lasciando aperte numerose questioni, molte delle quali, nonostante la riforma operata con il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, sono ancora al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Prendendo le mosse da alcune generali considerazioni di fondo, deve rilevarsi, innanzitutto, come l'art. 828 c.p.c. contenga la previsione della competenza (riconosciuta alla Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato) ed indichi in novanta giorni, decorrenti dalla notificazione del lodo, il termine (breve) entro il quale il mezzo può essere esperito. Viene, altresì, specificata l'esistenza di un termine lungo d'impugnazione, vale a dire un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione, dopo il quale l'impugnazione non è più proponibile.

La proposizione dell'istanza di correzione del lodo, inoltre, non sospende il termine per l'impugnazione, ma il lodo può essere impugnato limitatamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

Il codice, successivamente, offre la previsione di motivi specifici d'impugnazione per nullità del lodo, che si pone, così, *ictu oculi*, come rimedio a critica vincolata.

L'art. 829 c.p.c. distingue due tipologie di vizi: gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando*. Il legislatore ha effettuato, al primo comma del suddetto articolo, una puntuale elencazione dei vizi procedurali del lodo, i quali possono sempre essere spesi in sede d'impugnazione nonostante qualsiasi preventiva rinuncia, mentre, in merito ai vizi sostanziali inerenti alla violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, ha rimesso alla volontà delle parti o alla previsione di legge la possibilità della loro rilevazione in sede d'impugnazione.

È sempre possibile, comunque, contestare la violazione dell'ordine pubblico ed è *de plano* ammissibile la rilevazione degli *errores in iudicando* nelle controversie previste dall'art. 409 c.p.c. e nel caso in cui la violazione delle regole di diritto concerna la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione arbitrale.

L'art. 830 c.p.c., infine, investe profili più strettamente collegati allo svolgimento del processo d'impugnazione.

Oltre a ribadire l'assegnazione della competenza alla Corte d'appello in fase rescindente, si occupa del ben più complesso problema dell'intervento da riconoscere in sede di adozione della pronuncia sostitutiva.

Benché quest'ultimo aspetto debba essere oggetto di attenta e puntuale disamina nel prosieguo del presente lavoro¹, occorre sin d'ora rilevare che, nel caso in cui l'impugnazione sia accolta per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o

¹ Vedi *infra*, cap. 4.

quinto, la Corte d'appello decide la controversia nel merito, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione d'arbitrato o con accordo successivo. Se, però, una delle parti ha, al momento della sottoscrizione della convenzione d'arbitrato, la propria residenza o la propria sede effettiva all'estero, l'intervento della Corte d'appello è possibile solo allorché le parti abbiano così stabilito nella convenzione d'arbitrato o ne facciano concorde richiesta.

Nei casi in cui la Corte d'appello non decida nel merito, diviene necessario ricorrere alla convenzione arbitrale, tranne, come meglio si vedrà, nel caso in cui alla pronuncia resa in fase rescindente non faccia seguito la necessità (o la possibilità) di un *dictum* sostitutivo.

L'articolo in esame, inoltre, si occupa del caso in cui la nullità investa soltanto una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, prevedendo la sanzione della nullità parziale e si chiude con una disposizione relativa alla sospensione dell'efficacia del lodo.

Essa è dichiarata con ordinanza ed è possibile allorché vi sia il ricorrere di puntuali condizioni consistenti nell'istanza di parte (anche successiva alla proposizione dell'impugnazione) e nell'emergenza di gravi motivi.

2. La natura dell'impugnazione per nullità nel dibattito dottrinario e nelle pronunce giurisprudenziali.

Un'esaustiva analisi del *iudicium rescissorium* non può prescindere da una preliminare considerazione circa la natura dell'impugnazione per nullità del lodo. Soltanto attraverso una compiuta valutazione di questa problematica, infatti, diviene possibile anche cogliere la *ratio* sottesa alla scelta del legislatore di prevedere, a seguito dell'annullamento del lodo, una fase rescissoria, finalizzata alla sostituzione della pronuncia arbitrale.

Più specificamente, si tratta di valutare se ed in quali termini quest'ultima possa essere assimilata al giudizio d'appello previsto per la sentenza.

Astrattamente sono tre le correnti di pensiero dalle quali prendere le mosse per una corretta disamina della questione.

Secondo un orientamento, invero piuttosto risalente, l'impugnazione per nullità sarebbe essenzialmente una sorta di appello della pronuncia resa dagli arbitri².

² Cass. 19 gennaio 1963 n. 63, in *Mass. Foro it.*, 1963, 18; Cass. 21 giugno 1965 n. 1298, in *Mass. Foro it.*, 1965, 378; Cass. 10 gennaio 1966 n. 183, in *Mass. Foro it.*, 1966, 58; Cass. 18 marzo 1978 n. 1357, in *Rep. Foro it.*, 1978,

In questo senso la giurisprudenza³ ritiene che vi sia una certa assimilabilità tra il giudizio di secondo grado avverso la sentenza e il giudizio d'impugnazione per nullità avverso il lodo, avvalendosi, principalmente, di argomentazioni di carattere, per così dire, "storico".

Dal momento che il codice di procedura civile del 1865 prevedeva due distinti rimedi contro la decisione arbitrale, vale a dire l'appello e l'azione di nullità, l'unificazione, operata dal codice di rito attuale, comporterebbe una sovrapposizione del rimedio di cui agli artt. 828 e ss. c.p.c. ad un giudizio di secondo grado "sostanzialmente assimilabile all'appello" o, comunque, qualificabile come appello limitato⁴.

Secondo un'opposta prospettiva, in diverse pronunce giurisprudenziali⁵ e nelle opere di buona parte della dottrina⁶ si evidenzia come tale giudizio non possa *de plano* essere ricondotto all'appello.

Ne dovrebbe conseguire, a stretto rigore, l'inapplicabilità, ancorché sussidiaria, delle regole codicistiche per esso previste. Alla luce di ciò, per esempio, si è detto che la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo viene effettuata al procuratore domiciliatario costituito nel relativo giudizio, non in virtù dell'applicazione analogica degli artt. 170 e 330 del codice di rito, bensì in base alle norme dettate in tema di mandato con rappresentanza⁷.

Sul punto, tuttavia, torneremo più oltre nel corso del presente capitolo, onde approfondire tematiche che, a parere di chi scrive, possono portare ad una, se non corretta, quanto meno coerente presa di posizione sul punto.

Ad ogni modo, si deve segnalare la sussistenza di una posizione "intermedia", frutto, soprattutto, della riflessione dei giudici di legittimità, ma anche di diverse voci dottrinali, molte delle quali partono proprio dalla richiamata netta distinzione tra appello ed impugnazione per nullità⁸.

voce *Arbitrato*, n. 59; Cass. 14 febbraio 1979 n. 965, in *Mass. Foro it.*, 1979, 203 e in *Rep. Giur. it.*, 1979, 223; Cass. 10 dicembre 1981 n. 6552, in *Foro it.*, 1982, I, 404 e Cass. 23 maggio 1984 n. 3144, in *Rep. Giur. it.*, 1984, 204.

³ In particolare si veda Cass. 10 gennaio 1966 n. 183, cit.

⁴ In questo senso, Cass. 18 marzo 1978 n. 1357, cit.; Cass. 14 febbraio 1979 n. 965, cit.; Cass. 10 dicembre 1981 n. 6552, cit. e Cass. 23 maggio 1984 n. 3144, cit.

⁵ Cass. 18 gennaio 1982 n. 293, in *Foro it.*, 1982, I, 683 e Cass. 16 marzo 1981 n. 1470, in *Rep. Giur. it.*, 1981, n. 51.

⁶ Tra gli altri, Califano, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, in Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino 2000, 318; Garbagnati, *In tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 260; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2007, 442 e Punzi, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma 1995, voce *Arbitrato*, 175.

⁷ Così Cass. 293/1982, cit. In senso difforme, tuttavia, si vedano App. Lecce 25 maggio 1979, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Arbitrato*, n. 92; App. Roma 18 febbraio 1969, *id.*, *Rep.*, 1969, voce cit., n. 88 e in *Giur. merito*, 1969, I, 617 e App. Roma 28 marzo 1977, *id.*, *Rep.*, 1979, voce cit., n. 90.

⁸ Califano, *op. ult. cit.*, 318; Luiso, *op. ult. cit.*, 442 e Punzi, *op. ult. cit.*, 175.

In alcune pronunce⁹ il rimedio in questione è visto come un'ipotesi di mezzo d'impugnazione a sé stante, distinta, quindi, dall'appello, ma ad esso in vario modo riconducibile sul piano della disciplina applicabile.

Pur condividendone alcuni caratteri, l'impugnazione per nullità non costituirebbe un comune appello, in quanto limitata, anzitutto, all'accertamento dei vizi previsti all'art. 829 c.p.c.: cosa che, di per sé, ne accentua l'assoluta originalità.

Ulteriormente, nel caso in cui sia rilevata detta nullità, ai sensi del successivo art. 830 c.p.c., è la stessa Corte d'appello che ha riscontrato il vizio a provvedere, avendo essa, tendenzialmente¹⁰, il compito di affrontare la consequenziale pronuncia nel merito, quanto meno nel caso in cui il lodo sia interno.

Ciò non implica, invero, che sia un giudizio analogo a quello svolto in sede di appello civile: sia per ora sufficiente considerare l'indicazione che l'impugnazione per nullità, a differenza di quest'ultimo, si connota per l'accentuata scansione bifasica tra fase rescindente e rescissoria (la prima meramente caducatoria e la seconda, invece, sostitutiva)¹¹.

Quanto si è finora enunciato non vuole essere altro che un'anticipazione di un tema molto ampio e capace di sollevare molteplici riflessioni e prospettive critiche, delle quali, peraltro, sembra necessario occuparsi nelle pagine che seguono.

3. La tesi della riconducibilità dell'impugnazione per nullità all'appello.

Secondo il primo degli orientamenti appena richiamati, l'impugnazione per nullità del lodo sarebbe da ricondurre nell'alveo del rimedio generale dell'appello civile.

Tale tesi offre del mezzo previsto agli artt. 828 e ss. diverse qualificazioni, ora inquadrandolo come appello "limitato", ora come appello "straordinario", fino a giungere ad un'identificazione di esso in termini di vero e proprio appello o, comunque, d'impugnazione ad esso sostanzialmente assimilabile.

⁹ Cass. 23 gennaio 1984 n. 540, in *Rep. Foro it.*, 1984, 162; Cass. 29 luglio 1986 n. 4847, in *Rep. Foro it.*, 1986, 170 e Cass. 31 gennaio 1992 n. 952, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2180 e ss.

¹⁰ Alla luce della nuova formulazione assunta da detto articolo a seguito del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, infatti, occorre distinguere i casi di competenza in fase rescissoria della Corte d'appello da quelli in cui sono gli arbitri, se del caso, ad intervenire. Vedi *infra*, cap. 4.

¹¹ Vedi *infra*, in particolare par. 6.

Si tratta di valutare, dunque, su quali argomentazioni ha potuto fondarsi la riflessione dottrina e giurisprudenziale che si è espressa nei termini appena indicati.

Parte della dottrina¹² identifica l'impugnazione per nullità come un appello limitato per quel che riguarda i motivi.

Nel nostro sistema processuale, infatti, il giudizio arbitrale sarebbe tendenzialmente visto come un giudizio di primo grado ed il lodo che da esso scaturisce sarebbe assimilabile ad una sentenza resa in esito ad un giudizio di prime cure.

Di ciò si avrebbe riscontro, *in primis*, nella competenza: la Corte d'appello, nel cui circondario è la sede dell'arbitrato, è giudice di secondo grado e, pertanto, immediatamente superiore a quello che sarebbe stato competente se la lite, in assenza di convenzione arbitrale, si fosse svolta dinnanzi al giudice ordinario.

Mi sembra, tuttavia, che questo argomento non possa dirsi decisivo: vero è che la Corte d'appello è scelta quale giudice dell'impugnazione del lodo, ma, in assenza di altre indicazioni, l'individuazione di questa autorità giudiziaria può essere vista come frutto di attribuzione di competenza funzionale. L'opzione a favore della Corte d'appello in luogo del tribunale (nella cui circoscrizione avesse eventualmente sede l'arbitrato) potrebbe essere stato dettato, peraltro, dalla volontà del legislatore di far sì che ci si rivolga ad un giudice meno legato al territorio ove hanno operato gli arbitri.

Non mi nascondo che un confronto con il regime d'impugnazione del lodo irrituale, per il quale è prevista la competenza del giudice di primo grado, possa portare a pensare che la competenza della Corte d'appello, nel caso di lodo rituale, nasca proprio dalla volontà di prevedere un giudizio di secondo grado.

Il fatto (invero indubitabile) che si tratti di un giudizio condotto dinnanzi alla Corte d'appello non significa, comunque, che si debba riportare il tutto sul piano dell'appello. L'attribuzione della competenza alla Corte, infatti, non è di per sé indice che la natura del giudizio sia quella dell'appello.

Senza contare, poi, che non sempre i giudici d'appello sono giudici di seconda istanza, dal momento che, come si avrà modo di ribadire in seguito¹³, il legislatore non ha mancato

¹² Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1947, III, 574; Costa, *Diritto processuale civile*, Torino 1980, 99 e Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1967, 632.

¹³ Vedi *infra*, par.6.

d'individuare casi in cui la Corte non è chiamata a riesaminare decisioni prese da giudici di grado inferiore.

La dottrina in esame, in secondo luogo, osserva che, se l'impugnazione viene accolta e viene annullato il lodo, il susseguente giudizio di merito è contraddistinto dall'essere un giudizio di secondo grado, tant'è che si procede utilizzando, per quanto possibile, il materiale raccolto nello stesso giudizio arbitrale¹⁴. La qual cosa sembra, con i dovuti temperamenti, connotazione ricollegabile all'ordinario appello civile.

Quest'ultima conclusione, tuttavia, mi sembra frutto di una sostanziale inversione nell'*iter* logico. Se partissimo da un dato certo, vale a dire da un'esplicita previsione normativa relativa al regime delle prove impiegabili in sede d'impugnazione per nullità, potremmo anche ricavare da esso delle ragionevoli conclusioni circa la possibile assimilazione di quest'ultima all'appello. In verità, nel silenzio del codice sul punto, mi sembra, quanto meno, eccessivo fondare una simile tesi su un dato che è, a sua volta, ricavato a posteriori: quasi a voler sostenere che l'impugnazione *de qua* sia riconducibile all'appello, perché le prove impiegabili sono tendenzialmente quelle raccolte nel giudizio arbitrale e, contemporaneamente, ricavare quest'ultimo dato dal fatto che si tratti di rimedio non dissimile dall'appello ordinario. Il rischio d'incorrere in un circolo vizioso sembra davvero elevato.

Non mi pare assorbente neppure la considerazione in base alla quale l'assimilazione con l'appello debba ricavarsi dal fatto che molti degli effetti che discendono dall'impugnazione per nullità sono omologhi a quelli dell'appello¹⁵: analogia di effetti, infatti, non implica necessariamente identità di natura giuridica.

Ulteriore argomento avanzato dalla dottrina in esame attiene al fatto che il giudice del riesame non si limita a dichiarare la nullità, ma, se ravvisa uno dei vizi di cui all'art. 829 c.p.c., pronuncia anche sul merito.

Occorre sin d'ora sottolineare, tuttavia, che, secondo la disciplina codicistica, non sempre il giudizio di merito è affidato alla Corte d'appello e che, pertanto, da questo principio non è ricavabile una regola che, ad ogni modo, sarebbe non priva di ragguardevoli eccezioni. Si pensi, per di più, al fatto che ad oggi, a seguito della riforma operata con il d.lgs. 40 del 2 febbraio 2006, anche un rimedio a critica vincolata qual è il ricorso per Cassazione può comportare un più consistente intervento nel merito ad opera della Suprema Corte, che è usualmente giudice di

¹⁴ Satta, *op. ult. cit.*, 632.

legittimità. La possibilità, quindi, che la Corte territoriale intervenga (o, *rectius*, possa intervenire) sul merito in sede d'impugnazione per nullità non mi sembra possa dirsi un rilievo assorbente per accostarla, senza troppe remore, al giudizio d'appello.

Altrettanto inconferente sembra la considerazione dell'eventuale giudizio rescissorio quale unitario prolungamento dello *iudicium rescindens*¹⁶, il quale non darebbe vita ad un nuovo processo e la competenza sul quale sarebbe essenzialmente demandata allo stesso giudice (la Corte d'appello).

La stretta compenetrazione, pur nella loro scansione bifasica, tra la fase rescindente e quella rescissoria non vale, ancora una volta, a giustificare la natura di appello del giudizio in questione. Non solo deve rilevarsi come la competenza sul rescissorio potrebbe non spettare alla Corte d'appello¹⁷, ma il difetto delle caratteristiche riconducibili alla qualifica di gravame vale, ancora una volta, ad escluderne, con una certa decisività, il collegamento con l'appello.

Si evidenzi ancora come in giurisprudenza¹⁸ si sia ritenuta l'impugnazione per nullità un appello "limitato", assolutamente non sovrapponibile ad una *quaerela nullitatis*, sia perché si svolge di fronte ad un giudice avente istituzionalmente funzione di organo decidente di secondo grado, sia perché questi, pronunciata la nullità, estende (o, *rectius*, può estendere) il proprio esame al merito. Tant'è che, in caso di nullità, si procede alla pronuncia rescissoria dell'intera causa di merito, intervenendo su tutte le questioni già sottoposte agli arbitri, ancorché non espressamente riproposte.

I termini del possibile intervento in sede di pronuncia sostitutiva sono questione non semplice, della quale si dirà più oltre nel corso del presente lavoro: vale la pena di segnalare, comunque, che la citata sentenza dei giudici di legittimità, oltre a risultare piuttosto risalente, si riferisce ad un quadro normativo che la più recente evoluzione della disciplina dell'arbitrato ha decisamente superato ed in relazione al quale non sembra più possibile fondare un esaustivo ragionamento sulla qualificazione in termini d'appello dell'impugnazione per nullità.

¹⁵ In questo senso Costa, *op. ult. cit.*, 99.

¹⁶ L'espressione è del Carnacini, in *Nov. Dig. It.*, voce *Arbitrato rituale*, Torino 1958, 912.

¹⁷ La centralità del ruolo della volontà delle parti compromittenti in ordine alla competenza per la pronuncia da rendere in sede rescissoria è, a maggior ragione, un segno fortemente distintivo rispetto all'appello. Si potrebbe, comunque, obiettare che anche nell'ordinario appello civile vi sono casi (artt. 353 e 354 c.p.c.) in cui la pronuncia sostitutiva non spetta al giudice di secondo grado, ma i meccanismi ivi previsti di devoluzione al giudice di prime cure nulla o poco hanno in comune con quelli contemplati nel caso dell'impugnazione per nullità.

¹⁸ Cass. 23 maggio 1984 n. 3144, cit.

Quanto sin qui esposto vale a mettere in luce, pur con una certa dose di approssimazione, la non piena assimilabilità tra i due rimedi. Come si vedrà in seguito, comunque, molte delle regole applicabili al giudizio d'appello possono divenire operative anche per il mezzo illustrato agli artt. 828 e ss. cp.c. ed è per tale motivo che la questione dovrà essere oggetto di più approfondita analisi nel corso della trattazione.

4. Segue: la sovrapposizione tra appello ed impugnazione per nullità.

Nella scia della dottrina appena illustrata deve essere collocata anche una prospettiva, in certo qual modo estrema, che ritiene che l'impugnazione per nullità del lodo non sia, *sic et simpliciter*, assimilabile all'appello, ma sia da considerare *tout court* un vero e proprio appello del lodo arbitrale¹⁹.

Partendo dal presupposto in base al quale il potere giurisdizionale degli arbitri trova la sua genesi nella legge e non nella volontà delle parti e considerando che la pronuncia degli arbitri è, nel quadro normativo codicistico, una vera e propria sentenza in senso tecnico, vengono ricavate alcune obbligate conseguenze.

In primis, se è vero che il lodo è una sentenza, anche i mezzi d'impugnazione per esso previsti debbono essere assimilati a rimedi esperibili avverso le decisioni giudiziali in senso stretto: pertanto, anche l'impugnazione per nullità, essendo finalizzata a far seguire all'annullamento la sostituzione della statuizione degli arbitri, deve essere considerata un appello. Il che implica che le regole da osservarsi siano quelle previste per questo giudizio e non quelle dettate per il giudizio di primo grado.

In secondo luogo, l'eventuale riesame nel merito conseguente alla fase rescindente costituisce un giudizio di secondo grado, per cui, coerentemente, quello degli arbitri risulta giocoforza essere un giudizio di primo grado.

La tesi si pone, peraltro, in antitesi sia con quella corrente dottrina che si limita, più semplicemente ad assimilare l'impugnazione per nullità all'appello²⁰, sia con quel filone che ritiene quello in questione un giudizio in unico grado²¹, dal momento che, secondo quest'ultimo

¹⁹ La tesi è avanzata da Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 597 e ss.

²⁰ Cfr. *sub* nota 11.

²¹ Garbagnati, *In tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 259; Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1999, 481-482 e Vecchione, *L'arbitrato*, Milano 1971, 627 e ss.

orientamento, tenendo distinti i due momenti della fase rescindente e di quella rescissoria, si avrà al più un cumulo tra l'azione costitutiva di annullamento e quella di cognizione sul merito della controversia, costituente giudizio in unico grado, avverso il quale è esperibile ricorso per Cassazione.

In contrasto con questa affermazione, infatti, la dottrina ora in esame pone in risalto l'unitarietà del giudizio d'impugnazione del lodo, in esito al quale, oltre all'eventuale annullamento, si avrà il necessario riesame del merito della controversia²².

L'impugnazione per nullità, quindi, altro non sarebbe che un rimedio costruito in maniera unitaria dal legislatore, consistente in un giudizio d'appello “...sia pure particolarmente qualificato dalla origine della sentenza che vi è soggetta e dai motivi di impugnazione”²³.

5. La tesi della distinzione tra appello ed impugnazione per nullità.

La dottrina non ha mancato di sostenere tesi di segno diametralmente opposto a quelle testé evidenziate, considerando l'impugnazione per nullità un mezzo profondamente differenziato dall'appello delle sentenze civili e sconfessando, così, sia la prospettiva della piena sovrapponibilità tra i due rimedi, sia quella della loro, più o meno accentuata, assimilabilità.

Si è già richiamata la pronuncia delle Sezioni Unite civili²⁴, la quale, nello stabilire che l'atto d'impugnazione della sentenza arbitrale si notifica al procuratore domiciliatario costituito nel relativo giudizio, precisa che ciò non avviene in virtù dell'applicazione degli artt. 170 e 330 c.p.c., ma in base alle norme sul mandato con rappresentanza. In altri termini, pur richiamandosi un principio inferibile anche dal sistema codicistico delle impugnazioni delle pronunce giudiziali, viene *apertis verbis* affermato che quel medesimo risultato è raggiunto applicando una regola d'origine sostanziale (quella del mandato con rappresentanza) e non processuale (tramite il rinvio ai citati artt. 170 e 330 del codice di rito civile).

A sostegno della netta divaricazione tra i due mezzi d'impugnazione in esame vi è, poi, un ulteriore argomento di matrice giurisprudenziale.

²² Schizzerotto, *op. ult. cit.*, 600, il quale, pur riferendosi alla previsione dell'art. 830 c.p.c. antecedente la novella del 1994, svolge un'argomentazione che ancora si presta a trovare riscontro nella diversa formulazione oggi acquisita dalla citata disposizione.

²³ *Ibidem*, 602.

²⁴ SS.UU. 18 gennaio 1982 n. 293, cit.

Essendo l'impugnazione per nullità preordinata alla caducazione per intero del lodo medesimo (con effetto anche sulle statuizioni non censurate esplicitamente), ne consegue che la decisione nel merito, dopo l'accoglimento dell'impugnazione con la conseguenziale declaratoria di nullità del lodo, deve affrontare e risolvere tutte le questioni già sottoposte al vaglio arbitrale, benché non espressamente riproposte²⁵.

Questa motivazione, tuttavia, mi sembra, allo stato attuale, del tutto inconferente. Se è vero che l'impugnazione è preordinata alla caducazione del lodo, occorre anche rilevare che essa non è rivolta ad un annullamento totale di questo. L'art. 830 comma primo seconda parte c.p.c.²⁶, infatti, asserisce che, qualora il vizio incida soltanto su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre²⁷, la Corte d'Appello dichiara la nullità parziale del lodo.

A sostegno della tesi in esame più condivisibile è la prospettiva che fa leva sul fatto che al giudice dell'impugnazione, prima di aver dichiarato la nullità del lodo, è inibito ogni esame del merito.

Se il rimedio in questione fosse un appello, il giudice investito potrebbe pacificamente riesaminare nel merito la decisione degli arbitri. Ciò che, invece, viene qui richiesto è, in prima battuta, un *iudicium rescindens*, consistente nell'accertare se sussistano o meno talune delle nullità previste dall'art. 829. Soltanto se il giudizio si conclude con l'accertamento della nullità del lodo è (eventualmente) aperta la strada per una pronuncia sostitutiva foriera di entrare nel merito della questione già sottoposta agli arbitri (c.d. *iudicium rescissorium*)²⁸.

Parimenti, l'impugnazione per nullità risulta figura *sui generis* proprio perché la competenza viene affidata all'autorità giudiziaria statale, organo che appartiene ad un ordine differente da quello degli arbitri, il quale opera dall'esterno rispetto a quella che è la sfera d'azione di questi ultimi²⁹: questo renderebbe ulteriore assorbente conferma della differenziazione sussistente tra il rimedio in questione e le impugnazioni previste nel processo ordinario.

Il fatto che il codice preveda la scansione bifasica tra fase rescindente e fase rescissoria dell'impugnazione per nullità contribuisce, poi, ad inquadrarla non come impugnazione giurisdizionale, ma come speciale procedimento di primo ed unico grado, nel quale siano

²⁵ Così Cass. 5 marzo 1980 n. 1470, in *Rep. Giur. it.* 1980, voce *Arbitrato*, 70.

²⁶ Introdotta con la legge 25 gennaio 1994 n. 25.

²⁷ Evidenziando, come afferma Cass. 15 dicembre 1997 n. 12652, i rapporti di logica e giuridica connessione, dipendenza e pregiudizialità tra le varie parti della pronuncia arbitrale.

²⁸ Si vedano Cass. 25 giugno 1963 n. 1721, in *Mass. Foro it.* 1963, 506-507 e Cass. 2 febbraio 1966 n. 372, *ivi*, 1966, 118-119.

esercitate, in via eventuale, due azioni: quella di annullamento del lodo e quella di cognizione in merito alla controversia oggetto del patto compromissorio. Il fatto che la competenza venga rimessa alla Corte d'appello³⁰ non significa in alcun modo che quello in questione sia un giudizio di secondo grado, ma implica soltanto che, per scelta del legislatore, si è ritenuto sufficiente il ricorso ad un solo grado di giurisdizione, affidato alla competenza funzionale di detto giudice³¹. Autorevole dottrina³² attribuisce, piuttosto, il carattere di giudizio di unico grado alla sola fase rescissoria. Vi è, innanzitutto, un motivo di ordine storico: l'art. 33 del codice di procedura civile abrogato attribuiva la competenza a giudicare sulla domanda di nullità al giudice che sarebbe stato competente a conoscere della causa in primo grado, allorché non vi fosse stata la convenzione arbitrale³³.

Né sembra, in secondo luogo, che la previsione dell'impugnazione per *errores in iudicando* possa riportare il rimedio in esame all'alveo dell'appello civile.

Il fatto che il giudizio in questione non sia un appello, infatti, è ulteriormente confermato dal fatto che il giudice che interviene in fase rescissoria non ha il compito né di confermare né di riformare la pronuncia annullata, ma ha la più ampia facoltà di disporre ulteriore istruttoria³⁴.

Vero è, peraltro, che non sembra esserci distonia tra quanto previsto sul punto dall'art. 829 comma terzo c.p.c. e quanto previsto dall'art. 360 n. 3 c.p.c. con riguardo al ricorso per Cassazione³⁵, ma questo non significa certo attribuire al giudice dell'impugnazione le funzioni proprie della Suprema Corte. La Cassazione, infatti, non viene in alcun modo esautorata del suo ruolo, dacché la sentenza è, comunque, successivamente ricorribile dinnanzi ad essa.

Né, tanto meno, deve ravvisarsi un parallelo tra il giudizio rescissorio in sede d'impugnazione per nullità e quello previsto all'esito della cassazione con rinvio di un pronuncia dei giudici di legittimità, dal momento che il giudice della fase rescissoria è (o, meglio, può essere) lo stesso

²⁹ Così Redenti-Vellani, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1999, 602.

³⁰ Prima della novella del 1994, al giudice di grado immediatamente superiore a quello che sarebbe stato competente a conoscere della controversia devoluta al giudizio degli arbitri.

³¹ Garbagnati, *In tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 260.

³² Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 627 e ss.

³³ Anche se, ad onor del vero, il fatto che l'edizione successiva del codice attribuisse detta competenza al giudice superiore a quello che avrebbe dovuto intervenire nel merito (in difetto di vincolo compromissorio) porterebbe a conseguenze ben diverse, consolidando la prospettiva che l'impugnazione per nullità sia, quanto meno sotto questo profilo, accostabile all'appello.

³⁴ Vecchione, *op. ult. cit.*, 632.

³⁵ In senso difforme Garbagnati, *op. ult. cit.*, 251-252, ritiene che ciò riguardi solo il caso in cui gli arbitri *stricti iuris* abbiano applicato senza autorizzazione principi riconducibili al parametro dell'equità.

della fase rescindente ed è, comunque, libero di riapprezzare il fatto senza sentirsi vincolato ad una previa pronuncia.

Credo, però, che possa ritenersi inconferente ed agevolmente censurabile l'affermazione secondo la quale il giudizio di merito sarebbe ravvisabile quale giudizio di unico grado (e, perciò, ben distinto dall'appello civile), per il fatto che in esso si possono proporre anche domande del tutto indipendenti dai dedotti motivi di nullità, purché rientranti nella previsione del patto compromissorio³⁶.

Risulta evidente, al contrario, come il riesame nel merito debba essere circoscritto, comunque, alle originarie domande sottoposte al vaglio degli arbitri, prima che intervenisse la caducazione del lodo ad opera della Corte d'appello. Nel caso contrario, infatti, si trasformerebbe la fase rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità da sede per l'adozione di una pronuncia sostitutiva dell'originario lodo ad occasione per la proposizione di un giudizio nuovo e sganciato dalla vicenda processuale pregressa, incapace di beneficiare, peraltro, degli effetti sostanziali dell'originaria domanda arbitrale.

Come si vede, comunque, diverse sono le ragioni che depongono per un allontanamento dell'impugnazione per nullità dall'appello civile: ciò nonostante, si tratta di considerare se queste affermazioni debbano essere valorizzate in modo assoluto o non debba, piuttosto, procedersi ad una loro riqualificazione in un'ottica più mite che tenga conto anche dei possibili punti di contatto tra i due rimedi.

Di tale approccio si cercherà di dare conto nelle pagine che seguono.

6. Una soluzione “mediana”.

a) Un problema d'impostazione.

Come si è avuto modo di constatare, le due tesi fino ad ora esposte prestano il fianco a diverse critiche. Volendo giungere ad un approccio della questione che tenga conto della realtà del rimedio in esame e che non rimanga travolto da disquisizioni di ordine puramente teoretico, deve considerarsi che, come spesso accade, la soluzione si ritrova entro logiche compromissorie.

³⁶ Sempre Vecchione, *op. ult. cit.*, 633.

Credo che, in casi come questo, qualche utile elemento alla definizione della questione della natura dell'impugnazione per nullità si possa ricavare solamente uscendo dalle pastoie di un'indagine svolta sul piano della pura astrattezza.

Occorre considerare, innanzitutto, che l'impugnazione per nullità non può essere definita *sic et simpliciter* un appello: valga, senza necessità di altre specificazioni, la scelta del legislatore di assegnare al rimedio in questione un *nomen iuris* specifico e non sovrapponibile a nessun altro rimedio previsto dal nostro ordinamento processuale. In buona sostanza, se il codice di rito avesse voluto prevedere per la contestazione della nullità dei lodi arbitrali l'appello previsto per le sentenze del giudice civile, non si vede per quale motivo non avrebbe dovuto dirlo espressamente. Così come nessun senso avrebbe avuto costruire una categoria ulteriore rispetto a quelle già disponibili, per poi riportare *de plano* la sua concreta operatività a quella dell'appello civile.

Ciò valga, quindi, per smentire fin da subito qualsiasi indebita sovrapposizione tra appello ed impugnazione per nullità: quest'ultima è indubbiamente un rimedio *sui generis*, con una storia e una ragione giustificativa non riconducibili alla vicenda impugnatoria delle sentenze civili. Sarebbe risultato quanto meno inopportuno che il codice di rito, che dedica all'arbitrato una disciplina apposita, finisse, in sede di impugnazione, per rinnegare la specificità di questo *ius singulare* e ricondurre (in maniera oltretutto "velata") la disciplina del lodo nella sfera d'azione della giustizia civile e con l'osservanza di tutte le regole che alla stessa presiedono.

Il fatto, però, che l'impugnazione per nullità non sia tecnicamente un appello non significa che a questo rimedio essa non debba essere, per molteplici aspetti, ricondotta.

Ed è in quest'ottica che la questione deve essere rivalutata: occorre rovesciare la prospettiva e, dopo aver abbandonato disquisizioni teoriche troppo spesso aporetiche, guardare alla questione in una logica ancorata al dato della disciplina applicabile. Il che equivale a porsi i seguenti quesiti: una volta accertato che avverso il lodo può essere esperito il rimedio previsto agli artt. 828-830 c.p.c., si tratti o meno di appello, quali regole procedurali devono essere seguite? E ancora, il fatto che il giudizio si svolga di fronte alla Corte d'appello (nella cui circoscrizione si trova la sede dell'arbitrato) è condizione sufficiente per poter ritenere applicabile la disciplina dell'appello in via suppletiva e per colmare le numerose lacune della scarna disciplina emergente degli articoli richiamati?

A queste domande cercheremo di rispondere a breve. Per il momento cominciamo con l'evidenziare una serie di indici che consentano di cogliere l'ontologica distanza intercorrente tra appello ed impugnazione per nullità.

Si è già fatto riferimento al fatto che il codice impieghi un *nomen iuris* differente, argomento certamente non esaustivo, ma, comunque, fortemente indiziario della volontà legislativa di dar vita ad un istituto dotato di caratteristiche peculiari.

Ma è la stessa conformazione del rimedio in questione a segnare la netta divaricazione con l'appello.

Come noto, quest'ultimo è un mezzo di gravame, mediante il quale, cioè, è possibile far valere qualsiasi vizio della sentenza di primo grado e provocare un pieno effetto devolutivo, in virtù del quale il giudice di detta fase viene reinvestito del potere di decidere tutto ciò che è già stato fatto oggetto di cognizione del primo giudicante. Resta inteso, a scanso di equivoci, che la cognizione del giudice d'appello è, comunque, limitata ai capi della sentenza che sono stati fatti oggetto specifico d'impugnazione³⁷.

Altra struttura è, al contrario, quella propria dell'impugnazione per nullità. Come avremo modo di considerare più ampiamente nel corso di questo lavoro, la parte che intenda far valere la nullità del lodo deve attenersi a quanto specificamente disposto all'art. 829 c.p.c., il quale enuclea una serie di vizi passibili di essere fatti oggetto di censura dinnanzi alla Corte d'appello. Conseguentemente, potranno essere spesi i dodici motivi, individuanti i cc.dd. *errores in procedendo*, di cui al primo comma e si potranno far valere i cc.dd. *errores in iudicando* nei limiti del terzo, quarto e quinto comma, vale a dire nel caso in cui ciò sia previsto dalle parti o dalla legge, salvo che non ricorra un'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico, non si versi in una delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. o si tratti di un caso in cui gli arbitri abbiano violato norme di diritto in ordine alla risoluzione di una questione pregiudiziale che per legge non avrebbe potuto essere fatta oggetto di convenzione arbitrale.

Ne deriva la configurazione di un rimedio impugnatorio a critica vincolata, in questo molto più simile al ricorso per Cassazione piuttosto che all'appello.

Il fatto che l'effetto devolutivo possa riproporsi allorché si addivenga alla fase rescissoria e si ottenga un pronuncia sostitutiva³⁸ non vale a smentire quanto appena detto. Di per sé, infatti, l'impugnazione per nullità ha, come obiettivo primo, quello della caducazione del lodo viziato:

³⁷ È il principio del c.d. "*tantum devolutum quantum appellatum*".

soltanto una volta esaurita la fase rescindente (esperibile entro i limiti poc'anzi accennati) si potrà consentire a chi di competenza di intervenire, se del caso, nella vicenda già sottoposta al vaglio del collegio arbitrale.

Non ci si nasconde, in verità, che altri elementi possono condurre l'interprete all'opposta soluzione della riconducibilità all'appello.

Si consideri, innanzitutto, che il giudice competente è la Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato. Ciò potrebbe far pensare che il legislatore abbia voluto individuare nel giudice di secondo grado delle sentenze l'organo più adatto per revisionare anche le pronunce arbitrali. L'argomento, tuttavia, è facilmente smentibile allorché soltanto si valuti che il giudice suddetto non è stato scelto per il suo ruolo di organo giurisdizionale di seconda istanza, ma, piuttosto, come "funzionalmente" competente a disporre l'eventuale caducazione delle pronunce dei giudici privati.

Questo sarebbe uno di quei casi, non infrequenti nel nostro ordinamento³⁹, in cui la Corte d'appello è chiamata a pronunciarsi in unico grado, in quanto ritenuta più idonea di altri giudicanti alla funzione rescindente del lodo.

Né vale l'obiezione di quanto previsto all'art. 824 *bis* c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006, il quale prevede testualmente che "*salvo quanto disposto dall'art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*". Se il lodo viene ad essere assimilato ad una sentenza anche la revisione operata dai giudici d'appello potrebbe essere paragonata ad un giudizio di secondo grado accostabile, *mutatis mutandis*, all'appello. Senza addentrarci in una complessa questione che ci condurrebbe fuori dall'oggetto della presente indagine, valga soltanto considerare che la disposizione non dice che il lodo (rituale), dalla data della sua ultima sottoscrizione, diviene una sentenza, ma che della sentenza

³⁸ Bernardini, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari 1998, 112.

³⁹ Si pensi, tra gli altri casi, a quanto previsto, in relazione all'arbitrato estero dagli artt. 839 ed 840 c.p.c., i quali prevedono un meccanismo di riconoscimento dei lodi stranieri (anche nella eventuale fase di opposizione) facente leva sul ruolo della Corte d'appello non certo in veste di giudice di secondo grado. Ma ancora, per uscire dalla materia arbitrale, si tenga conto di quanto dice il testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327). L'art. 54 comma primo di detto testo normativo, infatti, espressamente asserisce che "*decorsi trenta giorni dalla comunicazione prevista dall'art. 27 comma secondo, il proprietario espropriato, il promotore dell'espropriazione o il terzo che ne abbia interesse può impugnare dinanzi alla Corte d'appello, nel cui distretto si trova il bene espropriato, gli atti dei procedimenti di nomina dei periti e determinazione dell'indennità, la stima fatta dai tecnici o dalla Commissione provinciale, la liquidazione delle spese di stima e comunque può chiedere la determinazione giudiziale dell'indennità*". Chiaramente non si tratta, nonostante la competenza della Corte d'appello, di un giudizio d'appello.

esso acquisisce gli effetti. Il che non consente di operare indebite ed avventate assimilazioni circa la natura della pronuncia e circa il suo regime impugnatorio.

Né può assumersi come argomento significativo il fatto che vi sia la previsione differenziata di un termine breve e di uno lungo per l'esperienza dell'impugnazione: il primo, decorrente dalla notificazione del lodo, di novanta giorni ed il secondo, di un anno, decorrente dalla data dell'ultima sottoscrizione⁴⁰.

La previsione di un doppio termine d'impugnazione, innanzitutto, non è prerogativa del giudizio d'appello, dal momento che è comune anche al ricorso per Cassazione; secondariamente, il termine breve di novanta giorni è peculiarità propria dell'impugnazione per nullità, non coincidendo con i trenta o i sessanta rispettivamente previsti per l'appello e per il ricorso per Cassazione.

È ben vero, poi, che, a seguito dell'annullamento del lodo, può aversi una pronuncia sostitutiva sul merito, ma la semplice proposizione dell'atto d'impugnazione per nullità non ha, di per sé, l'effetto di sottoporre il merito stesso ad un secondo esame, cosa che sarà possibile soltanto se una delle parti avrà cura di dare vita alla successiva fase rescissoria.

Non mi sembra fondata l'obiezione secondo la quale quest'ultimo segmento dell'impugnazione sia un tutt'uno con la fase rescindente: anche se connessi dal punto di vista procedimentale, questi diversi momenti costituiscono pur sempre distinte articolazioni dell'impugnazione per nullità. Nell'appello, al contrario, il momento del riscontro del vizio della sentenza e quello della elaborazione di una pronuncia sostitutiva sono strettamente collegati in un giudizio che è, comunque, rimesso alla medesima autorità giudiziaria⁴¹. Per non parlare, poi, dei casi in cui il *iudicium rescindens* vive in assoluta autonomia dalla fase successiva, la quale, in casi particolari⁴², non deve neppure essere introdotta.

Potrebbe, inoltre, ravvisarsi un accostamento con l'appello, in considerazione del fatto che la pronuncia resa in fase rescindente è, comunque, passibile di ricorso per Cassazione⁴³. Questa conclusione pare, quanto meno, avventata, sia perché è del tutto inadeguata a giustificare di per sé la natura di appello dell'impugnazione in esame, sia perché il ricorso per Cassazione diviene

⁴⁰ Così i commi primo e secondo dell'art. 828 c.p.c.

⁴¹ Fatte salve le particolari ed eccezionali ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c.

⁴² *Infra*.

⁴³ Non vi è, sul punto, un'espressa previsione normativa, ma l'opinione sembra essere del tutto pacifica in dottrina. Si vedano, *ex multis*, Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 442 e Picardi, *Codice di procedura civile*, Milano 2008, 3762.

indispensabile per garantire un secondo grado di giurisdizione, essendo la Corte di Cassazione giudice di grado superiore a quello che ha reso la pronuncia sulla validità del lodo e, quindi, *naturaliter* vocato alla revisione di questa pronuncia, a prescindere dal fatto (qui smentito) che si tratti di pronuncia resa in appello.

Da ultimo, per di più, si consideri che il criterio di competenza previsto nell'originaria formulazione del codice ha subito una significativa trasformazione: se, infatti, in virtù del vecchio testo dell'art. 828 comma secondo c.p.c., l'impugnazione per nullità avrebbe dovuto essere proposta al giudice superiore rispetto a quello che sarebbe stato competente se non vi fossero stati il compromesso o la clausola compromissoria, adesso viene individuata quale giudice competente *tout court* la Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

Con ciò si vuol dire che, se prima era competente l'autorità giudiziaria di secondo grado rispetto a quella che, in difetto di patto compromissorio, avrebbe dovuto intervenire nel merito, ora è direttamente investita della funzione la Corte d'appello, a prescindere dal fatto che essa sia giudice di secondo grado rispetto a quello che avrebbe dovuto intervenire, nel caso non fosse stata pattuita la via arbitrale. Ciò a rafforzare la tesi che non si tratta, *sic et simpliciter*, di un giudizio di appello contro il lodo.

Circa la connotazione propria dell'impugnazione per nullità, del resto, ha avuto modo di esprimersi in maniera ineccepibile la giurisprudenza di legittimità⁴⁴, secondo la quale essa non darebbe luogo ad un appello che abiliti, in ogni caso, il giudice dell'impugnazione a riesaminare nel merito la decisione degli arbitri, ma al cosiddetto *iudicium rescindens*, consistente nell'accertare se sussista o meno taluna delle nullità previste dalla norma citata come conseguenza di *errores in procedendo* o *in iudicando* e, solo se il giudizio si concluda con l'accertamento della nullità del lodo, è possibile il riesame di merito della pronuncia arbitrale, come oggetto dell'eventuale successivo *iudicium rescissorium*.

Più esplicitamente si è detto che “*il giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale non costituisce un comune appello rispetto alla pronuncia degli arbitri, pur avendone in parte i caratteri, in quanto è limitato all'accertamento, positivo o negativo, dei vizi di nullità previsti dall'art. 829 c.p.c., con la conseguenza, disposta dal successivo art. 830, che, se il giudice*

⁴⁴ Cass. 23 gennaio 1984 n. 540, in *Rep. Foro it.*, 1984, 162.

dell'impugnazione dichiara la detta nullità, deve (in alcuni specifici casi) pronunciare sul merito...»⁴⁵.

Dalla lettura delle pronunce richiamate, in conclusione, si ravvisa un'impostazione mirante più al profilo pratico che non a quello dogmatico: l'impugnazione per nullità, pur avendo aspetti e disciplina parzialmente comuni all'appello, non è a questo sovrapponibile, costituendo un rimedio a sé stante.

b) L'inopportunità dell'impiego di formule astratte e non risolutive.

Non paiono neppure condivisibili, del resto, le già parzialmente⁴⁶ richiamate posizioni dottrinarie e giurisprudenziali che, impegnate nel vano tentativo di classificare il rimedio *de quo*, sono arrivate all'utilizzo di formule dal sapore piuttosto ambiguo.

Come già più sopra accennato, non rimane che una formula vuota l'affermazione secondo la quale l'impugnazione per nullità sarebbe un appello "limitato" per quanto riguarda i motivi⁴⁷. In fin dei conti, risolvere la questione in questi termini significa trovare una soluzione in sé antinomica: se uno degli aspetti essenziali dell'appello è la sua natura di mezzo di gravame, non sembra sia logico accostare a tale istituto processuale la previsione di motivi specifici d'impugnazione, che lo rendono rimedio a critica vincolata.

Parimenti non convince l'idea, pur autorevolmente sostenuta⁴⁸, che quello in questione sia un appello "straordinario". Anche qui, infatti, si sconta una contraddizione in termini, dal momento che, se si fa un'esegesi della natura di un particolare rimedio previsto per il lodo arbitrale alla luce di quelli predisposti dal sistema processuale ordinario, non ha senso definirlo appello e, poi, in virtù delle sue diverse caratterizzazioni, da tale modello discostarlo con la qualifica di "straordinario". In buona sostanza, o l'impugnazione per nullità è un appello o non lo è e, allora, non ha senso l'impiego delle suddette formule dal sapore esclusivamente descrittivo e prive di un rilievo dogmatico e normativo realmente appagante.

⁴⁵ Cass. 29 luglio 1986 n. 4847, in *Rep. Giur. it.*, 1986, 211.

⁴⁶ *Supra*, par. 4.

⁴⁷ In dottrina, tra gli altri, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1947, 574 e Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1987, 886; in giurisprudenza si veda Cass. 23 maggio 1984 n. 3144, cit., Cass. 14 febbraio 1979 n. 965, cit., 95; Cass. 18 marzo 1978 n. 1357, in *Rep. Giur. it.* 1978, 53; Cass. 4 luglio 1969 n. 2453, in *Foro it.*, 1969, I, 726; Cass. 21 giugno 1965 n. 1289, in *Giust. Civ.* 1965, I, 726; Cass. 12 luglio 1963 n. 1593, *ivi*, 1963, I, 2402.

⁴⁸ Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., 235.

Hanno sicuramente il merito di non rimanere avvinte entro le strette maglie dei sistemi d'impugnazione previsti per la sentenza del giudice altre posizioni che, ancorandosi più ad un piano pratico anziché teorico, vedono nell'istituto in esame una sorta di contaminazione legislativa di schemi tipici delle impugnazioni ordinarie⁴⁹, con particolare riguardo all'appello e al ricorso per Cassazione. La prospettazione sembra cogliere nel segno, in quanto, trascurando l'inquadramento dogmatico, si confronta non con la tipologia, ma con la disciplina dei rimedi previsti dal codice di rito avverso la sentenze. Non conta, quindi, l'inserimento in un modello normativo presente nel secondo libro del codice, ma solo la possibile applicabilità analogica di regole *aliunde* predisposte. Apparentemente sulla stessa linea può porsi l'immagine, propugnata in dottrina⁵⁰ di un sistema "ibrido", frutto della promiscuità dei due concetti dell'invalidazione e dell'impugnazione. In verità, l'affermazione sembra qui divergere dalla prospettazione appena enunciata, in quanto incentrata ancora ad una valutazione più dogmatica che pratica: considerare il rimedio in questione una sintesi di impugnazione ed invalidazione, significa, comunque, guardare al fenomeno in termini pur sempre teorici e strutturali.

Credo che, comunque, un dato fermo possa riscontrarsi e cioè che l'impugnazione per nullità non possa essere vista come una continuazione del processo condotto dinnanzi al collegio arbitrale. A differenza di quanto avviene per il giudizio d'appello, che può essere valutato come una continuazione di quello di primo grado, quella in questione è una procedura a sé stante, nettamente distinta da quella arbitrale e rimessa ad un'autorità non solo di grado, ma anche (e soprattutto) di ordine diverso da quello dei giudici privati.

Può, quindi, condividersi che quella in questione sia un'impugnativa *sui generis*, propria dei lodi arbitrali e con caratteristiche autonome e del tutto peculiari. Del resto, in questi termini si esprime vasta parte della dottrina⁵¹ e della giurisprudenza, anche recente⁵², talora sottolineandone il carattere di giudizio di primo ed unico grado di giustizia statale⁵³.

⁴⁹ Così, D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Torino 1951, 416 e Vecchione, *op. ult. cit.*, 366 e ss.

⁵⁰ Camber, *Sull'art. 829, ult. comma, del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 175 e ss.

⁵¹ Tra gli altri, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, 907-908; Carnacini, in *Novissimo Digesto Italiano*, voce *Arbitrato*, Torino 1958, 912-913; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 442 e Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 163.

⁵² Cass. 1 luglio 2004 n. 12031.

⁵³ Si tenga presente che la giurisprudenza che si è espressa in detti termini, facendo leva sulla teoria della natura negoziale dell'arbitrato, ha asserito che, con la legge 5 gennaio 1994, n. 25, il lodo è divenuto una risoluzione negoziale della controversia non più rapportabile ad una sentenza; di conseguenza, l'impugnazione per nullità dinanzi alla Corte d'appello non dà luogo ad un giudizio di secondo grado rispetto a quello svoltosi innanzi agli arbitri, ma costituisce un'azione in unico grado di accertamento di cause di invalidità del lodo. Vedi anche nota 55.

Essa è profondamente diversa sul piano estrinseco dagli altri rimedi previsti per il processo ordinario, perché il giudizio che provoca è affidato a soggetti appartenenti ad altro ordine (quello giudiziario) e con poteri diversi, operando “*in certo modo dall'esterno rispetto a quella che era la sfera d'azione degli arbitri*”⁵⁴.

c) Considerazioni in ordine all'impugnazione per nullità come rimedio sui generis.

L'aver asserito che il rimedio in esame ha una sua connotazione del tutto originale implica, tuttavia, alcune precisazioni, anche in considerazione della recente generale riforma dell'istituto arbitrale.

Come già evidenziato, l'abbandono di una formula mutuata dal sistema delle impugnazioni civili consente, innanzitutto, all'interprete un piano d'indagine autonomo e privo di acquisizioni preconette.

Si impongono, tuttavia, due rilievi problematici tra loro profondamente connessi.

Il primo attiene alla natura negoziale o processuale dell'impugnazione per nullità.

Alcune voci giurisprudenziali⁵⁵ e dottrinarie⁵⁶, infatti, hanno ribadito il carattere negoziale del mezzo. Ma la tesi non sembra convincente alla luce di due considerazioni.

La prima prende le mosse dalla constatazione che detta impostazione tradisca, in certa misura, l'adesione preconetta alla tesi della natura negoziale dell'arbitrato, la quale finisce, a detta dello scrivente, per obliterare la distinzione stessa tra arbitrato rituale ed irrituale⁵⁷.

Senza addentrarci in un terreno sconnesso che, peraltro, rischierebbe di portarci al di fuori della presente trattazione, si vuole rilevare che l'arbitrato, al contrario, si propone quale strumento processuale, pur privo dei connotati giurisdizionali, non essendo riconducibile alla *publica*

⁵⁴ Così Carnacini, *op. ult. cit.*, 913.

⁵⁵ Si veda la recente Cass. 1 luglio 2004 n. 12031, cit., a detta della quale “*con la novella di cui alla legge 5 gennaio 1994 n. 25, il lodo è divenuto una risoluzione negoziale della controversia non più rapportabile ad una "sentenza", di tal che l'impugnazione per nullità dinanzi alla corte d'appello non dà luogo ad un giudizio di secondo grado rispetto a quello svoltosi innanzi agli arbitri, ma costituisce un'azione in unico grado di accertamento di cause di invalidità del lodo. Da tanto consegue che, in caso di mancata comparizione alla prima udienza dinanzi alla Corte d'Appello dell'attore che ha proposto l'impugnazione per nullità del lodo, si applica l'art. 181 c.p.c., ma non gli artt. 348 e 358 c.p.c., sicché deve escludersi che possa aversi, in tal caso, una improcedibilità dell'impugnazione del lodo per mancata comparizione dell'attore preclusiva della nuova impugnazione proposta in termini*”.

⁵⁶ Si veda Cecchella, *L'arbitrato*, cit., 276 e ss., ove si afferma che l'impugnazione per nullità del lodo rituale presenta più analogie con l'azione con cui sono fatti valere i vizi di un atto privato che con l'impugnativa di una sentenza.

⁵⁷ Sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privatistica, ma, mentre il primo dà vita ad una pronuncia assimilabile ad un negozio giuridico (l'art. 808 *ter*, infatti, lo qualifica espressamente “*determinazione negoziale*”), il

potestas statale. È innegabile che alla sua base vi sia la matrice negoziale e consensualistica della volontà dei compromittenti, ma ciò non giustifica, in alcun modo, che la sua natura sia riportata *de plano* a quella di un negozio giuridico. In questo caso, infatti, si finirebbe per vanificare molta della disciplina, palesemente processuale, dell'istituto. E soprattutto, non si riuscirebbe più a cogliere la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale, per il quale è previsto, in sede d'impugnazione, il ricorso al giudice che sarebbe stato competente in primo grado, in difetto di patto compromissorio.

Del resto, l'introduzione, con la riforma del 2006, dell'art. 824 *bis* c.p.c. comporta una più marcata inquadatura del rimedio in questione come impugnazione di carattere strettamente processuale, inizialmente limitata all'accertamento dei vizi di nullità e, a seguito di accertamento positivo, estesa alla cognizione della stessa controversia già sottoposta agli arbitri⁵⁸.

La seconda censura che può muoversi alla teoria negoziale dell'impugnazione per nullità nasce dalla valutazione della disciplina legislativamente apprestata per quest'ultimo mezzo.

Essa, in effetti, presenta una serie di indici sintomatici del carattere processuale del rimedio *de quo*. *In primis*, si consideri la previsione di un termine specifico per l'impugnazione: non solo sussiste una distinzione tra termine breve e lungo, ma, in quest'ultimo caso, vi è una piena sovrapposizione temporale con quello previsto per le sentenze.

In secondo luogo, deve considerarsi che, per prevalente opinione, si ha la continuazione degli effetti legati alla litispendenza, con consequenziale salvezza degli effetti sostanziali della domanda arbitrale.

Ancora, contribuisce ad accreditare la natura processuale del mezzo in esame l'irrilevanza dei vizi negoziali e, ulteriormente, la possibilità di una pronuncia nel merito della Corte d'appello.

Non sembra, al contrario, del tutto convincente la tesi che a smentire la natura negoziale dell'impugnazione per nullità vi sia la previsione di motivi limitati⁵⁹.

La riforma del 2006, infatti, ha introdotto l'art. 808 *ter* dedicato all'arbitrato irrituale ed ha previsto, nel secondo comma, che l'impugnazione del lodo reso al suo esito possa avvenire, dinnanzi al giudice ordinariamente competente (secondo le disposizioni del libro I), per i cinque motivi ivi illustrati.

secondo genera un risultato che è, *ex art. 824 bis*, assimilabile ad una sentenza dell'autorità giudiziaria statale sotto il profilo dei suoi effetti.

⁵⁸ Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005, 212 e ss. e Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 278 e ss.

⁵⁹ Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 163.

È innegabile che, in questa ipotesi, ci si trovi di fronte ad una determinazione negoziale, censurabile di fronte al giudice ordinario nella ricorrenza di motivi limitati. Di conseguenza, non può ascriversi a questa peculiarità la natura negoziale o processuale del rimedio impiegato.

Ciò non toglie, tuttavia, che il ragionamento risulti, per gli altri elementi posti in rilievo, pienamente condivisibile: l'impugnazione per nullità è un rimedio processuale, pur *sui generis*, da modellare, come si vedrà, in conformità con la disciplina dell'appello civile⁶⁰.

L'altro rilievo problematico cui si faceva cenno all'inizio del paragrafo (e che si ricollega a quanto da ultimo accennato) è piuttosto intuitivo: se l'impugnazione per nullità non è riportabile a nessuno dei rimedi legislativamente previsti per il giudizio ordinario, qual è la disciplina ad essa applicabile in via sussidiaria?

È innegabile che le previsioni contenute negli artt. 828-830 c.p.c. si rivelino scarse e lacunose e deve, per di più, considerarsi che non è presente nessuna norma di rinvio, la quale consenta di far fronte alla povertà del dato normativo specifico.

Posto dinnanzi a questa difficoltà, l'interprete, come meglio si vedrà in seguito⁶¹, non potrà che guardare alla disciplina prevista per i procedimenti dinnanzi alla Corte d'appello e, quindi, all'ampio apparato di regole procedurali offerto al capo II del titolo III del libro II, nei limiti in cui ciò non sia incompatibile con le particolarità dell'impugnazione per nullità.

d) Un diverso approccio della questione.

Volendo concludere sul punto (e prima di approfondire il profilo suaccennato della normativa di rinvio applicabile in via sussidiaria), occorre, in questa sede, promuovere un criterio di valutazione circa la natura dell'impugnazione per nullità che sia svincolato da qualsiasi indebita sovrapposizione con modelli già presenti nel sistema codicistico.

Si vuole dire, in sostanza, che si deve prescindere da mere disquisizioni dogmatiche e cogliere il rimedio in questione come un modello a sé stante, la cui problematicità va colta non nella sua connotazione "ontologica", ma nel contesto dei problemi procedurali ed applicativi che essa pone.

In altri termini, l'interprete deve preoccuparsi di ricercare nelle soluzioni offerte dal codice di rito, quelle che meglio possano supplire alla povertà del dato normativo dell'impugnazione per nullità, senza dover indagare della natura del mezzo in questione.

⁶⁰ *Ibidem*, 163.

Un conto è accreditare ad esso un'astratta qualificazione in termini mutuabili da modelli esistenti, un conto è chiedersi, pragmaticamente, quali regole gli si possano applicare: se il primo problema rischia di portare ad esiti poco convincenti e passibili di censura, il secondo problema può portare ad agevoli soluzioni.

Questo è quello che si cercherà di evidenziare di seguito. Purché si tenga fede alla premessa, secondo la quale la non sovrapposibilità del rimedio di cui all'art. 828 e ss. c.p.c. a modelli *aliunde* disciplinati, non esclude che, *de residuo*, a quei diversi paradigmi normativi si possa ricorrere per ovviare alle inevitabili lacune riscontrate e così consentire, al contempo, di rispondere ad esigenze di certezza del diritto e garantire una sempre costante funzionalità pratica del rimedio previsto avverso i lodi arbitrali.

7. La normativa *de residuo* applicabile all'impugnazione per nullità.

Giungendo, così, all'ultima parte di questa indagine di carattere introduttivo, sembra inevitabile appuntare la riflessione sul problema della normativa codicistica applicabile all'impugnazione per nullità, onde colmare le vistose lacune di disciplina degli articoli ad essa espressamente dedicati.

Dopo aver asserito che quella in questione sia un'impugnazione di carattere *stricto sensu* processuale, si possono agevolmente ritenere ad essa ascrivibili le regole previste in generale per l'impugnazione delle sentenze dei giudici statali, vale a dire il complesso di disposizioni contenute nel capo I del titolo III del libro II (capo intitolato, per l'appunto, alle impugnazioni in generale). Ovvio che queste norme in tanto risulteranno applicabili, in quanto non presentino distonie con la disciplina *ad hoc* prevista agli artt. 827 e ss. c.p.c.⁶².

Così si possono ritenere applicabili, a titolo esemplificativo, anche le norme sulle impugnazioni incidentali. Nonostante la diversa opinione di parte della dottrina⁶³ e della giurisprudenza⁶⁴, si

⁶¹ *Infra*, par. 7.

⁶² È evidente, ad esempio, che l'art. 323 c.p.c., dedicato all'indicazione dei mezzi d'impugnazione delle sentenze del giudice non troverà applicazione nel contesto dell'impugnazione per nullità, così come non risulterà possibile l'applicazione delle regole sulla *res iudicata* formale di cui all'art. 324 o quella, sempre a titolo d'esempio, dell'art. 325 sui termini per impugnare. Ma l'elenco potrebbe proseguire, quanto meno, fino all'art. 330, in considerazione del fatto che queste regole sono specificamente "tagliate" sull'impugnazione delle sentenze.

⁶³ Vecchione, *op. ult. cit.*, 393 e Schizzerotto, *op. ult. cit.*, 432. Cecchella, *L'arbitrato*, cit., 278-279, opera, poi, un'attenta distinzione tra regime delle impugnazioni incidentali e regola dell'impugnazione incidentale tardiva, di cui all'art. 334 c.p.c.: mentre il primo è applicabile analogicamente, la seconda non opererebbe nell'impugnazione per nullità. Del resto, secondo l'Autore, l'impugnativa incidentale non sarebbe un'eredità dei principi generali in materia

deve condividere l'assunto che consente l'estensione di dette regole al giudizio arbitrale. Poiché, come autorevolmente sostenuto⁶⁵, anche la parte convenuta, allorché parzialmente soccombente, può avere interesse a far valere la nullità del lodo per un vizio diverso da quello evidenziato da chi ha proposto l'impugnazione, in particolare proprio a seguito dell'impugnazione principale.

E, ancora, non si vedono ostacoli all'applicazione delle regole sull'effetto espansivo interno ed esterno delle pronunce o quelle relative all'integrazione del contraddittorio nelle cause inscindibili o alla notificazione dell'impugnazione inerente a cause scindibili⁶⁶.

In sintonia con una prospettiva tendenzialmente condivisa da vasta parte della dottrina⁶⁷, si ritiene che la normativa applicabile in via sussidiaria sia quella prevista per il giudizio di fronte alla Corte d'appello⁶⁸. Beninteso, nell'impostazione qui assunta, tale richiamo è possibile non come applicazione delle regole dell'appello civile, bensì come impiego delle regole procedurali previste per i giudizi rimessi all'intervento della Corte d'appello quale organo giudicante.

Anche quella parte della dottrina⁶⁹ che ritiene che l'impugnativa in questione non abbia natura propriamente processuale, pur asserendo che la disciplina dell'impugnazione in generale, e dell'appello civile in particolare, debbano essere applicate con molta prudenza, finisce per ritenere inevitabile il ricorso a queste regole.

Del resto, è principio generale quello secondo cui, in assenza di espressa disposizione derogatoria e tenendo conto degli eventuali opportuni adattamenti, dinnanzi al giudice adito si osservano le regole del procedimento per esso predisposto.

d'impugnazione, ma, piuttosto, l'espressione di una generale ammissibilità di una domanda riconvenzionale del convenuto nel giudizio di primo grado (che, nella specie, assume le forme della impugnativa riconvenzionale per nullità del lodo).

⁶⁴ Cass. 7 settembre 1993 n. 9382, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Arbitrato*, 135 e in *Riv. Arb.*, 1994, 287 e ss. (con nota di Fusillo), nonché Cass. 12 luglio 1990 n. 7214, *ivi*, 1990, voce *cit.*, 102.

⁶⁵ Carnacini, in *Novissimo Digesto Italiano*, voce *Arbitrato*, *cit.*, 914.

⁶⁶ Secondo Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 200, l'applicazione di queste regole sarebbe diretta, mentre, secondo Tarzia, in Tarzia-Luzzatto-Ricci, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova 1995, 161, l'applicazione sarebbe analogica.

⁶⁷ Tra gli altri, Califano, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, in Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, *cit.*, 318-319; Fazzalari, *L'arbitrato*, *cit.*, 113, nota 64; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, *cit.* 442 e ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, 177 e ss. e *L'impugnazione per nullità*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, voce *Arbitrato*, Roma 1995, 44 e Verde, *op. ult. cit.*, 163.

⁶⁸ Così come, prima della novella del 1994, si riteneva che si dovessero applicare le norme sul procedimento innanzi alla Corte d'appello, se la controversia condotta dinnanzi agli arbitri fosse stata di competenza del tribunale, oppure quelle sul procedimento dinnanzi al tribunale o al pretore, se la controversia fosse rientrata nella competenza, rispettivamente, del pretore o del conciliatore.

⁶⁹ Cecchella, *L'arbitrato*, *cit.*, 277.

Conforta, in questa direzione anche la più recente elaborazione giurisprudenziale⁷⁰.

Scendendo ad una più dettagliata disamina, per quel che attiene alle regole del c.d. *ius novorum*, si ritiene che, in applicazione analogica dell'art. 345 c.p.c., non siano proponibili domande o eccezioni nuove (non rilevabili *ex officio*)⁷¹.

Ugualmente, ragioni di economia processuale impongono che si applichi l'art. 344 c.p.c., a norma del quale, quindi, può ammettersi, in sede d'impugnazione, l'intervento dei terzi che potrebbero promuovere opposizione a norma dell'art. 404 c.p.c.⁷². Su questa linea, la giurisprudenza di merito ha asserito che, nel giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, è ammissibile l'intervento di soggetti titolari (in quanto parti di un accordo parasociale che prevedeva un sindacato di blocco) di un diritto autonomo e incompatibile con quello di altri soggetti, parti di detto accordo e

⁷⁰ Da ultimo si veda Cass. 22 giugno 2005 n. 13442, in *Guida al diritto* 34/2005, 58, secondo la quale "la trattazione del giudizio di impugnazione del lodo davanti alla Corte di appello deve svolgersi nell'osservanza delle norme stabilite per il procedimento davanti alla medesima, in quanto non derogate dalla specifica disciplina del mezzo di impugnazione di cui si tratta". Esplicita sul punto è, altresì, Cass. 2 aprile 2003 n. 6517, in *Guida al diritto*, 26/2003, 49: "nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale avanti la Corte d'appello si osservano le norme stabilite per il procedimento che innanzi a questa si svolge, in quanto non espressamente derogate". Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto applicabili gli articoli 345 e seguenti del codice di procedura civile.

⁷¹ In dottrina Califano, *op. ult. cit.*, 318-319; Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 201; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 2004, 188 e ss e Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. Arb.*, 1995, 25. In giurisprudenza, Cass. 10 agosto 2007 n. 17630, in www.plurisonline.it, ai sensi della quale "in tema di appalti pubblici, quand'anche al termine di cui all'art. 48 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 si riconosca natura "perentoria", al pari di quello previsto dall'art. 46 dello stesso D.P.R. n. 1063, la decadenza processuale che sanziona la mancata proposizione - entro il termine di sessanta giorni computato in riferimento al termine stabilito per la notificazione dell'istanza di arbitrato ai sensi del citato art. 46 - delle domande della parte alla quale detta istanza sia stata, appunto, notificata, non può, reputarsi dettata a protezione di un interesse pubblico superiore e, di conseguenza, essa non è sottratta alla disponibilità delle parti, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2968 e 2969 cod. civ. Ne consegue che tale decadenza non può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e non è, quindi, opponibile da chi tardivamente l'eccepisca, giacché essa soggiace alla disciplina che attiene alla tempestività delle domande e delle eccezioni proposte nel giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, il quale, risultando assimilabile all'appello, non consente, in forza dell'art. 345, secondo comma, cod. proc. civ., che vengano sollevate, in quella sede, nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio"; Cass. 1 dicembre 1982 n. 6525 in *Rep. Foro. It.*, 1982, voce *Opere pubbliche*, 119 e Cass. 18 marzo 1978 n. 1357, *ivi*, 1978, voce *Arbitrato*, 59. *Contra*, Cass. 17 dicembre 1994 n. 10862, secondo la quale "la parte vittoriosa nel giudizio arbitrale che nel giudizio di impugnazione del lodo chiedi il rigetto dell'impugnazione può chiedere all'istruttore un sequestro conservativo, atteso che il giudizio di impugnazione del lodo è attribuito alla competenza del giudice che sarebbe stato competente per l'appello verso la sentenza, se per la causa decisa fosse stato competente il giudice ordinario (art. 828 comma 2 c.p.c., nel testo precedente all'entrata in vigore della l. 5 gennaio 1994) e che è pertanto applicabile l'art. 673 comma 2 c.p.c., a tenore del quale (con disposizione che deroga al divieto di domande nuove in appello) l'istanza di sequestro conservativo può essere proposta al giudice di appello".

⁷² Così Califano, *op. ult. cit.*, 319; Fazzalari, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. Arb.*, 1992, 623; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, 179; E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 678; Ruffini, *Intervento principale del terzo nel giudizio d'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale*, in *Giur. mer.*, 1992, 307 e Sassani, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1995, 207, nota 23. *Contra*, La China, *op. ult. cit.*, 170; Rizzi, *Lodo-Impugnazione per opposizione di terzo*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato con prefazione di Natalino Irti*, Torino 1997, 450 e ss. e Guarnieri, in Tarzia-Luzzatto-E.F. Ricci, *op. ult. cit.*, 187 e ss.

di una seconda convenzione parasociale, alla quale i primi erano rimasti estranei, in quanto la sentenza arbitrale, che dichiara la sussistenza dell'obbligo a contrarre una permuta azionaria di alcune parti della seconda convenzione, potrebbe arrecare pregiudizio agli intervenuti⁷³.

In questa direzione può essere letta anche un'innovazione (indirettamente) prodotta sulla disciplina arbitrale dalla recente riforma del 2006. Il vecchio art. 830, infatti, prevedeva che, in sede rescissoria, salva diversa volontà delle parti, la Corte pronunciasse anche sul merito e che, in tal caso, potesse⁷⁴ rimettere con ordinanza la causa all'istruttore. Da ciò si ricavava, in dottrina⁷⁵ e nella giurisprudenza di merito⁷⁶, che la trattazione non fosse, a differenza di quanto previsto per l'appello civile, collegiale, ma che si riproponesse il meccanismo dualistico tra trattazione condotta dal giudice istruttore e decisione collegiale, proprio dei processi in primo ed unico grado celebrati di fronte alla Corte d'appello⁷⁷.

Nessun cenno al giudice istruttore viene fatto nella nuova stesura dell'art. 830 e, alla luce di ciò, può forse ricavarsi un altro utile indizio nella direzione dell'applicazione analogica delle regole previste per il giudizio d'appello⁷⁸.

Al fine di impostare più esaurientemente la questione, però, occorre svolgere un'osservazione che consente di affrontare il profilo in esame in un'ottica "generalizzante".

L'indagine che ci occupa in questa sede è proprio relativa alla fase rescissoria dell'impugnazione per nullità e, quindi, costantemente rapportata alla considerazione della scansione bifasica tra giudizio rescindente e rescissorio, la quale postula, pertanto, un preciso raccordo tra l'oggetto dell'impugnazione in questione e l'oggetto del lodo.

Da ciò discende la conseguenza, autorevolmente sostenuta⁷⁹, che vi deve essere piena coincidenza dei limiti soggettivi ed oggettivi del giudizio d'impugnazione con quelli

⁷³ App. Roma 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1861. Sulla stessa linea, Cass. 25 settembre 1984 n. 4820.

⁷⁴ Se la causa non era in condizione di essere decisa e si rendeva necessaria una nuova istruzione.

⁷⁵ Tra gli altri, Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 26-27 e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 180.

⁷⁶ Da ultimo, App. Firenze, 4 luglio 2003 n. 1149, in *Riv. Arb.*, 2005, 279 e ss. Contra, la giurisprudenza di legittimità: Cass. 21 settembre 2004 n. 18917, in *Riv. Arb.*, 2005, 275 e ss.; Cass. 19 settembre 2003 n. 13894, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1313 e ss.; Cass. 7 aprile 2001 n. 1731, in *Giur. it.* 2002, 287 e ss. Nel senso che, anche prima della riforma, la trattazione dovesse essere interamente collegiale, tra gli altri, Califano, *op. ult. cit.*, 319 e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 108.

⁷⁷ Invero, vi era che considerava applicabile il principio della trattazione collegiale, in virtù del fatto che la l. 353/1990, che lo aveva introdotto, era stata resa applicabile a decorrere dal 30 aprile 1995, dopo, cioè, la l. 25/1994. In quanto tale essa sarebbe stata normativa sopravvenuta, incompatibile e prevalente rispetto al (precedente) secondo comma dell'art. 830 c.p.c. In tal senso, Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 108, nota 43 e Loschiavo, *La novella al c.p.c., il grado unico e la nostalgia per il consigliere istruttore*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 575.

determinatisi nel corso del giudizio arbitrale. Questo consente di dedurre quel che più sopra si è espresso: vale a dire che deve rispettarsi il litisconsorzio necessario di tutti coloro che sono stati parti della controversia decisa dagli arbitri (o, in caso d'impugnazione parziale, di controversie decise con parti del lodo dipendenti da quella impugnata e capaci di essere travolte dall'accoglimento dell'anzidetta impugnazione). Così come se ne deve ricavare l'impossibilità per le parti di proporre domande nuove o per i terzi estranei al giudizio arbitrale d'intervenire, volontariamente o coattivamente, in sede d'impugnazione, con la sola particolarità di chi, ai sensi del 344 c.p.c., potrebbe promuovere opposizione di terzo *ex art.* 404.

Concludendo sul punto, si deve sottolineare il fatto che chi impugna ha, comunque, l'onere di depositare tutti gli atti necessari per il giudizio d'impugnazione, vale a dire, la copia autentica del lodo impugnato, nonché il fascicolo degli atti e dei documenti del giudizio arbitrale.

Sembra, tuttavia, controversa la possibilità di applicazione delle regole contenute negli artt. 347 e 348 c.p.c. e della relativa sanzione dell'improcedibilità, ancorché se ne ammetta la sussistenza⁸⁰. Parte della dottrina⁸¹ e della giurisprudenza⁸² ne ammettono l'applicazione analogica⁸³. Ma, anche prescindendo da ciò, è inevitabile concludere per la permanenza dell'onere di deposito degli atti suddetti.

La produzione del lodo è, infatti, indispensabile per valutare sia la sua impugnabilità (non essendo ancora decorso il termine annuale dalla sua ultima sottoscrizione), sia la sussistenza di una delle nullità asserite con l'atto introduttivo del processo impugnatorio.

Ciò non toglie, comunque, che sia sempre sufficiente l'allegazione agli atti del processo di una copia del lodo, ancorché ciò avvenga in maniera irrituale⁸⁴.

Quanto, infine, all'acquisizione del fascicolo contenente atti e documenti del processo arbitrale, non sembra difficile ammettere che gli arbitri (i quali potrebbero avere interesse a trattenere gli

⁷⁸ Del resto è questa l'opinione dei primi commentatori della riforma. Si veda, per tutti, Menchini, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv Arb.*, 2005, 874.

⁷⁹ Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 178.

⁸⁰ Così Sassani, in Consolo-Luiso-Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 396 e ss.

⁸¹ Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *op. ult. cit.*, 201 e Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 26.

⁸² Cass. 18 marzo 1978 n. 1357, cit. e Cass. 10 gennaio 1966 n. 183, cit.

⁸³ In senso contrario, Andrioli, *op. ult. cit.*, 907; Cecchella, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano 2007, 2352 e Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., 329.

⁸⁴ Del resto, si tenga presente che l'attuale formulazione dell'art. 824 c.p.c. risolve in radice il problema. Se, al momento della decisione, vengono redatti tanti originali (o copie attestate conformi) quante sono le parti, è, comunque, nell'interesse di chi impugna far pervenire al giudice dell'impugnazione l'originale del lodo di cui è in possesso.

atti processuali, quanto meno fino a quando le parti non abbiano riconosciuto il loro operato) possano essere indotti alla loro esibizione per ordine del giudice dell'impugnazione, ai sensi degli artt. 210 e 211 c.p.c.

CAPITOLO SECONDO.

IL RAFFRONTO CON LE ESPERIENZE STRANIERE: VIZI E VIRTÙ DEL MODELLO ITALIANO.

SOMMARIO: 1. Premessa- 2. I possibili limiti nelle scelte del legislatore italiano- 3. Segue: la diversità di trattamento del lodo domestico e quello internazionale e la distinzione della competenza nella fase rescissoria sulla base della ragione d'invalidità del lodo- 4. Segue: il regime d'impugnazione della sentenza della Corte d'appello- 5. Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nell'arbitrato nel diritto amministrativo- 6. Il raffronto con il modello tedesco: a) *la normativa anteriore alla riforma*- 7. Segue: b) *l'intervento di riforma del legislatore e le caratteristiche della Aufhebungsantrag*- 8. Segue: c) *il rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio*- 9. Il sistema anglosassone: a) *la revisione del lodo in generale*- 10. Segue: b) *il possibile esito della variation*- 11. Segue: c) *la remission del lodo*- 12. Segue: d) *il setting aside*.

1. Premessa.

Nelle pagine che seguono si tenterà di entrare nel vivo della trattazione e di svolgere una riflessione sui caratteri dell'impugnazione per nullità, con particolare riguardo alla scansione bifasica tra giudizio rescindente e rescissorio.

Si cercherà di mettere in evidenza quali siano i vizi e le virtù del modello elaborato dal nostro legislatore, cogliendone gli ipotetici limiti e i possibili profili positivi nell'economia del processo finalizzato alla caducazione e all'eventuale sostituzione della pronuncia arbitrale.

Una simile valutazione, peraltro, potrà essere efficacemente compiuta sia facendo leva sul dato normativo codicistico, sia sull'elaborazione giurisprudenziale e su quella dottrina sviluppatasi in relazione al sistema arbitrale italiano, sia, ancora, sul raffronto con le norme vigenti in ordinamenti stranieri.

Come noto, infatti, l'arbitrato è istituito in notevole espansione, sia nel nostro paese, sia, più in generale, a livello transnazionale e diviene, giocoforza, necessario considerare le soluzioni adottate negli ordinamenti stranieri, proprio per mettere in luce le eventuali criticità che il modello italiano presenta.

Dopo aver svolto una prima riflessione inerente le opzioni esercitate dal legislatore italiano, verranno prese in più attenta considerazione le scelte elaborate in due ordinamenti stranieri, quello tedesco, come sintesi dei sistemi giuridici dei paesi di *civil law*, e quello inglese, quale emblema degli ordinamenti cc.dd. di *civil law*.

È chiaro che la riflessione sul modello italiano che seguirà, benché collocata nella prima parte del presente lavoro, svolgerà riflessioni che implicano una disamina piuttosto dettagliata delle soluzioni approntate dal nostro codice di rito, con la conseguenza che, oltre che essere introduttiva del presente capitolo, in certo qual senso si rivelerà anche riassuntiva degli orientamenti che dottrina e giurisprudenza hanno, ad oggi, elaborato in ordine al delicato tema del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio dell'impugnazione per nullità del lodo, sui quali, peraltro, si tenterà già da ora di sviluppare una riflessione più o meno accentuatamente critica.

2. I possibili limiti nelle scelte del legislatore italiano.

Prendiamo, dunque, le mosse da una valutazione critica del quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinario relativo al rapporto tra fase rescindente e rescissoria nell'ordinamento italiano.

Viene da osservare, intuitivamente, che la scelta operata dal legislatore italiano sia stata quella di fare del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo un rimedio a critica vincolata e dal carattere rescindente.

Quanto al primo aspetto, va rilevato come detto mezzo possa essere esperito in relazione ai vizi specificamente individuati nell'art. 829 c.p.c., sia con riguardo ai cc.dd. *errores in procedendo* di cui al primo comma, sia con riguardo ai cc.dd. *errores in iudicando* di cui ai commi successivi.

Quanto al secondo aspetto, si deve tener presente che primo obiettivo della Corte d'appello è quello di giudicare dell'opportunità o meno del mantenimento della pronuncia arbitrale, potendosi arrivare, quindi, a rimuovere dal mondo giuridico una pronuncia privata che, dalla data della sua ultima sottoscrizione, produce gli effetti della sentenza statale (art. 824 *bis* c.p.c.).

In conformità con quanto previsto per i mezzi d'impugnazione rescindenti, però, ci si dovrebbe attendere un mero intervento dal carattere esclusivamente caducatorio, cui dovrebbe conseguire una nuova pronuncia resa in esito ad un giudizio rescissorio affidato ad un'autorità pubblica o privata, ma, in ogni caso, diversa da quella che ha decretato l'invalidità del lodo.

Anzi, in un sistema che volesse affermare con decisione l'autonomia della giustizia privata da quella pubblica, in caso di annullamento del lodo ad opera di una corte giurisdizionale dello Stato, si dovrebbe affiancare l'opzione per la rimessione della pronuncia sostitutiva esclusivamente a nuovi giudici privati.

L'impugnazione per nullità dovrebbe avere come unico esito possibile l'annullamento del lodo con conseguente necessità di un nuovo giudizio arbitrale, tranne che nelle ipotesi in cui sia stata compromessa in arbitri una lite su materia indisponibile alle parti oppure la convenzione arbitrale sia stata riconosciuta invalida. Il tutto sempre che le parti non dispongano diversamente, optando per la rimessione del giudizio ad un giudice statale con contestuale rinuncia ad un grado di merito⁸⁵.

Al contrario, la scelta del legislatore del 2006 si è orientata nel senso di operare una serie di distinzioni: l'esito della pronuncia caducatoria è, infatti, diverso a seconda che si tratti di lodo domestico ovvero di lodo internazionale e, ulteriormente, sulla base del motivo che ha condotto all'annullamento del lodo.

Così, senza ripercorrere quanto già detto⁸⁶, l'art. 830 evidenzia che, se l'annullamento del lodo interno si verifica per i motivi di cui ai nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12) del primo comma o ai sensi del terzo, quarto e quinto comma, la pronuncia rimane affidata a quella stessa Corte d'appello che ha dichiarato l'invalidità del lodo medesimo, mentre, nei restanti casi di cui al primo comma, conserva efficacia la convenzione d'arbitrato⁸⁷. Ciò sempre che le parti non abbiano disposto diversamente con la convenzione arbitrale o con accordo successivo.

Se, invece, si è verificato l'annullamento di un lodo reso in esito ad un arbitrato internazionale⁸⁸, la nuova pronuncia è rimessa alla Corte d'appello soltanto se le parti hanno così convenuto al momento della stipulazione della convenzione arbitrale o ne facciano successivamente richiesta. Una simile opzione, peraltro, si giustifica per la volontà del legislatore italiano di far sì che l'autorità giurisdizionale dello Stato non vada ad intrudere sfere che le parti hanno voluto riservare ad organi di giustizia privata, riservandosi la

⁸⁵ In questo senso, Bove, *La giustizia privata*, Milano 2009, 199.

⁸⁶ Si veda *infra*, cap. 4.

⁸⁷ Sempre che, beninteso, di una pronuncia sostitutiva vi sia necessità.

⁸⁸ Nel rispetto dei requisiti d'"internazionalità" del lodo così come previsti al rinnovato art. 832 c.p.c. e presenti alla data di sottoscrizione della convenzione d'arbitrato.

possibilità di ricorrere alla giustizia pubblica solo subordinatamente ad un espresso consenso di tutti i compromittenti⁸⁹.

Ci siano consentiti, però, due rilievi di carattere preliminare.

Innanzitutto, non si capisce la ragione per cui i compromittenti possano decidere di non deferire alla Corte d'appello la decisione di merito nei casi di *errores in procedendo* di cui ai nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11, e 12 del primo comma dell'art. 829 c.p.c. e degli *errores in iudicando*, in considerazione del fatto che difficilmente le parti nella convenzione d'arbitro avranno manifestato la volontà di disciplinare la competenza in sede rescissoria nell'ipotesi di annullamento della pronuncia arbitrale.

Più plausibile è semmai il fatto che lo facciano in un accordo successivo, ma è, comunque, ipotesi di rara verifica.

In secondo luogo, rimane difficile capire perché in certi casi sia stato previsto l'intervento sostitutivo degli arbitri ed esso sia stato negato in altri.

Segnatamente, non è chiaro perché la Corte d'appello possa pronunciare nel merito se il processo arbitrale si sia svolto irregolarmente (ad esempio, per violazione del principio del contraddittorio) e non lo debba fare nel caso d'irregolare costituzione del collegio arbitrale⁹⁰. Parimenti non è chiaro perché detto intervento sia, invece, possibile nel caso di mancata decisione in ordine ad una domanda o eccezione di una delle parti (c.d. infrapetizione) o per contrasto con precedente sentenza passata in giudicato o precedente lodo non più impugnabile (art. 829 comma primo n. 8).

Trattasi, come emerge *ictu oculi*, di valutazioni per certi versi irrazionali e, comunque, non riconducibili ad una precisa logica sistematica.

⁸⁹ Sul punto si veda *infra*, cap. 4 par. 17.

⁹⁰ Menchini, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.*, 4/2005, 867, ritiene che questo sia un caso di assoluto difetto di *potestas iudicandi* e, come tale, giustifichi l'impossibilità di un giudizio in sede rescissoria della Corte d'appello; diversamente Bove, *op. ult. cit.*, 200, considera che quest'ipotesi deve essere trattata alla stregua della violazione delle regole di procedura fissate dalle parti sotto sanzione di nullità, allorché le parti abbiano fissato anche le regole di costituzione del collegio arbitrale e che, proprio in tale eventualità, dovrebbe pur sempre essere consentito un giudizio rescissorio dei giudici d'appello (analogamente alla fattispecie prevista al n. 7 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.). Prima della riforma del 2006 la Cassazione (sentenza n. 11788 del 21 maggio 2007) riteneva che la pronuncia rescissoria della Corte d'appello fosse possibile solo ove si fosse ritenuto che il lodo fosse il risultato di un giudizio reso da arbitri effettivamente investiti di *potestas iudicandi* e, quindi, solamente le ipotesi di c.d. lodo inesistente (per incompromettibilità della lite o invalidità del patto compromissorio) avrebbero inibito il ricorso al giudizio di detta autorità (Cass. 7 ottobre 2004, n. 19994). Ma è evidente che il codice, così come riformato nel 2006, è andato ben oltre tale prospettiva e ha escluso il giudizio rescissorio anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle di rilevato difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri. Si pensi all'annullamento del lodo per mancata pronuncia in un caso in cui gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare nel merito (n. 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.).

Fatta questa scontata premessa, l'interprete è chiamato a porsi le seguenti fondamentali domande: ha senso che il rapporto tra le due fasi del giudizio d'impugnazione per nullità sia strutturato diversamente a seconda che si tratti di lodo interno o di lodo internazionale? E ancora, che significato ha rimettere la pronuncia rescissoria, in certi casi, alla stessa autorità che ha annullato il lodo e, in certi altri, assegnare tale compito ad un diverso organo giudicante?

3. Segue: la diversità di trattamento del lodo domestico e di quello internazionale e la distinzione della competenza in fase rescissoria sulla base della ragione d'invalidità del lodo.

Cercando di riflettere sul primo quesito poc'anzi proposto, si deve prendere atto della volontà chiaramente manifestata dal legislatore della riforma di condurre il lodo interno e quello recante elementi di transnazionalità su due binari diversi.

Ciò non significa che non vi sia una *ratio* che ha spinto ad operare la suddetta distinzione ed essa va ravvisata, come già dimostrato in precedenza⁹¹, nella volontà che il lodo reso nel contesto di un arbitrato con elementi di estraneità sia sottratto, quanto più possibile, all'intervento del giudice nazionale. Se le parti non hanno stabilito diversamente nella convenzione d'arbitrato o con accordo successivo, la pronuncia sostitutiva sarà resa nuovamente dai giudici privati, perché in tal senso si era orientata fin dall'origine la volontà delle parti. In buona sostanza, è possibile abdicare al giudizio privato e rimettersi a quello di un'autorità giurisdizionale statale soltanto se muta la volontà dei compromittenti ed essa viene espressamente manifestata.

Il problema è capire l'ambito di operatività della regola testé enunciata, in considerazione del mutamento apportato dalla riforma del 2006.

Il nuovo art. 830 c.p.c., infatti, fa riferimento, al fine d'individuare la transnazionalità dell'arbitrato, al solo criterio soggettivo della residenza o della sede effettiva di una delle parti all'estero al momento della sottoscrizione della convenzione arbitrale. Il pregresso art. 832 c.p.c., invece, prevedeva anche un criterio c.d. oggettivo: era internazionale anche l'arbitrato

⁹¹ Vedi richiamo *sub* nota 2.

relativo ad una controversia sorta in ordine ad un rapporto, le cui prestazioni dovessero essere eseguite all'estero in misura rilevante.

Il problema diviene allora quello di prediligere un'interpretazione letterale ad una estensiva, cioè si tratta di capire se, ad oggi, sia internazionale il solo arbitrato in cui una delle parti risieda o abbia la sede effettiva all'estero al momento della conclusione del contratto d'arbitrato oppure anche quello inerente ad un rapporto dal quale nascono prestazioni che, in misura rilevante, debbono essere effettuate all'estero.

Come sostiene autorevole e condivisibile dottrina⁹², sembra opportuno dare adesione ad una lettura più libera dell'art. 830 ed estendere i tratti della transnazionalità dell'arbitrato anche al ricorrere del parametro oggettivo del luogo di esecuzione delle prestazioni nascenti dal rapporto controverso. Ne consegue che in tutti i casi in cui la lite dedotta in arbitrato presenti elementi di estraneità, il lodo potrà soltanto essere annullato dal giudice statale italiano, senza che vi sia possibilità per questo di sostituirsi agli arbitri nell'adozione della pronuncia di merito.

Una volta caducato il lodo invalido, infatti, nella perdurante vigenza della convenzione d'arbitrato, la decisione tornerà a nuovi arbitri, sempre che l'annullamento non sia stato determinato da invalidità della convenzione arbitrale o da incompromettibilità della lite, fattispecie nelle quali diventa obbligatorio il ricorso al giudice statale di prime cure.

Detto questo, si tratta ora di passare alla disamina della seconda questione proposta alla fine del precedente paragrafo e, quindi, cercare di cogliere la *ratio* e gli eventuali limiti della scelta del legislatore di rimettere in taluni casi la decisione rescissoria alla Corte d'appello e di rivitalizzare la competenza arbitrale in altre situazioni.

Quel che è certo ed incontrovertibile è che, in una serie di ipotesi espressamente enunciate, spetta alla Corte d'appello adottare una pronuncia che vada a sostituire quella degli arbitri. Perché il legislatore della riforma abbia esercitato questa opzione è cosa non del tutto chiara, né, comunque, si può tracciare con agevolezza un *fil rouge* che leghi tra loro i motivi d'invalidità del lodo, rispetto ai quali è possibile la pronuncia rescissoria della stessa Corte.

Il vero problema sorge per tutte le fattispecie non espressamente enunciate dall'art. 830 c.p.c., vale a dire i vizi di cui ai nn. 1), 2), 3), 4) e 10) del primo comma dell'art. 829 c.p.c., rispetto

⁹² Bove, *op. ult. cit.*, 201-202.

ai quali è, giocoforza, logico pensare che il legislatore abbia inteso limitare l'intervento della Corte d'appello alla fase rescindente.

Ma occorre essere più precisi e rilevare come, una volta che il lodo sia stato annullato per i motivi suddetti, si ponga, in primo luogo, la necessità di individuare in quali casi sia sufficiente arrestarsi alla pronuncia caducatoria o, al contrario, sia necessario che la pronuncia sostitutiva venga adottata da altri giudici privati, anziché dalla Corte d'appello.

Se il lodo è stato annullato per invalidità, inesistenza o inefficacia della convenzione arbitrale o se la lite compromessa in arbitri inerisce a materia indisponibile, nessun dubbio che sia sufficiente eliminare dal mondo giuridico la decisione degli arbitri. Se l'accordo di deferimento della controversia a soggetti privati è invalido o se la materia è di esclusivo intervento giudiziale (essenzialmente perché indisponibile), unico compito del giudice dell'impugnazione è cancellare quella pronuncia indebitamente adottata, eliminandone ogni effetto.

La stessa cosa può dirsi nel caso in cui l'annullamento sia intervenuto sulla base della seconda parte del n. 4 del primo comma dell'art. 829, ovvero se gli arbitri hanno deciso il merito della controversia benché essa non rientrasse nel patto compromissorio o, comunque, *"in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso"*.

Anche qui si è avuta una decisione privata contro ogni volontà delle parti compromittenti ed è, quindi, evidente che sia sufficiente togliere dal mondo giuridico una pronuncia resa *extra ordinem* e contraria alla volontà delle parti.

Giunti a questo punto, però, occorre chiedersi quale sia la sorte della pronuncia sostitutiva negli altri casi in cui non è previsto l'intervento in sede rescissoria della Corte d'appello⁹³.

Per poter giungere ad una composizione della lite alla base dell'ormai caducata decisione degli arbitri, sembra inevitabile ritenere che la funzione giudicante debba essere rimessa a nuovi arbitri oppure, nel caso in cui non conservi validità la pregressa convenzione arbitrale, al giudice statale di primo grado.

Ne deriva che la parte che risulterà soccombente avrà, poi, la possibilità di impiegare due gradi di giudizio di merito, proprio perché quello del giudice statale è un intervento reso come se, in precedenza, nessun altro soggetto avesse giudicato della controversia.

⁹³ Segnatamente, si fa riferimento ai nn. 2), 3) e 4) prima parte del primo comma dell'art. 829 c.p.c.

Ma è proprio qui che è possibile muovere una critica al legislatore, dacché non si riesce a cogliere la necessità di vincolare le parti a rivolgersi *ex novo* al giudice statale di primo grado. Se, in sostanza, nei casi in cui la Corte d'appello non deve *ex necesse* arrestarsi al giudizio rescindente, le parti intendono chiedere a quest'ultima di esprimersi anche in ordine al merito della lite, non si capisce per quale motivo la volontà del legislatore le debba costringere a ripercorrere tutti i gradi di giudizio previsti dall'ordinamento per la composizione delle controversie mediante l'ordinario intervento dei giudici dello Stato. Se le parti, cioè, intendono concordemente rinunciare ad un grado di giudizio statale non si vede perché il sistema glielo debba impedire.

Eppure il dato normativo non sembra lasciare spazio a troppi dubbi: nel caso in cui l'annullamento intervenga per i motivi di cui ai nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12) del primo comma dell'art. 829 o per *errores in iudicando* (terzo, quarto e quinto comma dello stesso articolo) è espressamente previsto che sia fatta salva una diversa concorde volontà delle parti, mentre, nei casi in esame, domina il silenzio del legislatore.

Si potrebbe sostenere che, in virtù dell'elenco suddetto, si siano voluti enunciare gli unici casi in cui è possibile un intervento rescissorio della Corte d'appello, ma sarebbe ben sostenibile anche che, attraverso queste indicazioni, si sia inteso mettere in luce i casi in cui l'intervento della Corte è ammissibile senza che esso sia espressamente richiesto dalle parti e senza inibire la possibilità dello stesso negli altri casi non espressamente individuati.

È l'assenza di un'esplicita previsione in relazione agli *errores in procedendo* di cui ai nn. 1), 2), 3), 4) e 10) che può indurre a trarre la conseguenza che alle parti non sia consentito rimettere il giudizio di merito direttamente alla Corte d'appello, ma, alla luce di quanto appena detto, non c'è motivo per cui la volontà delle parti non possa dirsi sovrana nell'indirizzare, anche in questo ambito, la controversia direttamente al giudice d'appello e rinunciare, così, ad un grado di giurisdizione.

Se nulla le parti hanno detto, il giudizio della Corte deve arrestarsi alla fase rescindente⁹⁴, ma, nel caso le parti lo richiedano espressamente, non si trovano ostacoli di sorta a ritenere che del merito possa essere investita la Corte d'appello.

Per cogliere meglio quanto appena affermato vediamo di distinguere i singoli casi in cui non è previsto *ex lege* l'intervento rescissorio della Corte d'appello.

Cominciamo dal caso in cui gli arbitri hanno erroneamente chiuso il processo con una pronuncia di rito senza scendere all'esame del merito, ipotesi contemplata al n. 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.

Viene naturale pensare che le parti possano richiedere una nuova pronuncia in via arbitrale proprio facendo leva sul fatto che gli arbitri abbiano indebitamente omesso di pronunciare e, quindi, si renda necessario reinvestire della questione nuovi giudici privati, nel rispetto di quanto originariamente pattuito con la conclusione della convenzione arbitrale. Non si vede, però, per quale motivo si debba impedire alle parti di rimettere concordemente la decisione alla Corte d'appello, giacché, in tal caso, sarebbe loro libera scelta rinunciare ad un grado di giudizio e ciò non urterebbe con nessun interesse contrario del sistema.

Quanto ai motivi di nullità di cui ai nn. 3 e 4 (irregolare costituzione del collegio arbitrale e incapacità degli arbitri), una volta annullato il lodo, è naturale pensare che si svolga un nuovo giudizio arbitrale con un collegio ritualmente costituito e con arbitri che possiedano i requisiti di capacità di cui all'art. 812 c.p.c.

Ma anche in questo caso non v'è motivo per ritenere che le parti possano rinunciare ad un grado di giudizio ed investire direttamente della pronuncia di merito la Corte d'appello.

Veniamo, infine, ai motivi per cui all'annullamento non deve neppure seguire la pronuncia rescissoria, ovvero l'invalidità, inesistenza o inefficacia della convenzione arbitrale e l'incompromettibilità della lite (n. 1) o, ancora, la decisione su una lite non rientrante nell'ambito dell'originaria convenzione arbitrale (n. 4).

In tali situazioni si riscontra l'assoluta carenza, ai fini della decisione in via privata della lite, di un valido patto compromissorio, con la conseguenza che la competenza del giudice privato non può dirsi validamente sostenuta e la domanda non può che proporsi al giudice statale ordinariamente competente in primo grado. Anche in questo caso, però, se le parti sono d'accordo, possono chiedere che sia lo stesso giudice che ha provveduto a caducare il lodo a rendere una pronuncia sulla controversia originariamente dedotta in sede arbitrale, giacché non esiste principio che vincola le parti che non vogliono a subire due gradi di giudizio⁹⁵.

Alla luce di quanto premesso, pertanto, sembra pienamente condivisibile rassegnare le seguenti conclusioni.

⁹⁴ Comportandosi, in tal caso, la rinnovata applicazione della convenzione arbitrale ed essendo rimesso il relativo giudizio agli arbitri.

⁹⁵ Si tenga presente, del resto, che un grado di giudizio è andato infruttuosamente speso già in sede arbitrale.

Se il lodo è annullato per i motivi di cui ai nn. 2, 3 e 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c., il giudizio di merito non compete alla Corte d'appello, salvo che le parti non intendano promuoverlo mediante un'espressa dichiarazione in tal senso.

Ciò chiaramente vale sia nel caso in cui il lodo sia interno, sia nel caso in cui sia internazionale. In quest'ultima evenienza, infatti, è previsto il ricorso a nuovi arbitri per salvaguardare l'originaria scelta delle parti di devolvere la controversia a giudici privati e fare in modo che non vi sia intrusione alcuna nel merito della lite da parte di un giudice nazionale. Solo se c'è un'espressa manifestazione di volontà delle parti si può rimettere la decisione alla Corte d'appello.

Se, poi, il lodo è annullato per la seconda parte del motivo illustrato al n. 4 del primo comma dell'art. 829, ovvero allorché gli arbitri hanno deciso nel merito una controversia laddove essa non poteva essere decisa, si possono individuare, all'interno di questa categoria, alcune ipotesi in cui sussisteva un vizio che in astratto poteva dirsi sanabile, ma che, in concreto, non è stato sanato⁹⁶.

Il caso è quello di difetto d'integrazione di un litisconsorte necessario *ex art. 102 c.p.c.* Se tutti i litisconsorti, compreso quello indebitamente estromesso, erano legati alla convenzione arbitrale e non sussistevano problemi nella formazione del collegio (perché, ad esempio, la nomina era affidata ad un terzo designatore estraneo), gli arbitri avrebbero potuto invitare le parti ad integrare il contraddittorio ed evitare, così, una pronuncia suscettibile d'impugnazione per nullità.

In tal caso, la naturale conseguenza è un ritorno del giudizio agli arbitri che, a contraddittorio integro e con tutte le garanzie di difesa del caso, provvedano a rendere una nuova pronuncia privata⁹⁷. Ma non si vede perché escludere la possibilità che tutti i litisconsorti concordemente rimandino la decisione di merito a contraddittorio integro direttamente alla corte d'appello, rinunciando ad un grado di giudizio.

⁹⁶ Così Bove, *op. ult. cit.*, 204.

⁹⁷ Si tratterà, con ogni evidenza, di nuovi arbitri, ancorché sia possibile l'investitura di coloro che già hanno giudicato nel precedente procedimento arbitrale. Ad ostacolare la possibilità di nominare gli stessi arbitri sarebbe soltanto il fatto che i precedenti giudici privati erano incapaci ai sensi dell'art. 812 c.p.c. oppure il ricorrere dell'evento morte. Non è rilevante il fatto che i nuovi arbitri siano gli stessi del precedente giudizio, quanto il fatto che se ne rinnovi la nomina.

E ciò dovrebbe valere, ancora una volta, sia nel caso di arbitrato interno, sia nel caso di arbitrato internazionale, purché, in entrambe le situazioni, sia la volontà delle parti ad optare per tale soluzione.

A diverse conclusioni si dovrebbe giungere nel caso d'insanabilità del vizio, poiché, in tale eventualità, non avrebbe neppure significato addivenire ad una pronuncia sostitutiva.

Veniamo, infine, alle ipotesi in cui il lodo sia stato annullato per i motivi di cui al n. 1 del primo comma dell'art. 829 (invalidità, inesistenza o inefficacia della convenzione arbitrale) o del n. 4 prima parte del medesimo comma (pronuncia *extra compromissum*, resa oltre i limiti del patto compromissorio).

In entrambe le situazioni illustrate lo sbocco naturale sarebbe l'introduzione di una domanda di fronte al giudice ordinariamente competente in primo grado, ma, anche qui, non si vede come non sia possibile consentire la proposizione della domanda direttamente ai giudici d'appello, rinunciando ad un grado di giudizio. Ancora una volta vale il principio per cui, se le parti sono d'accordo, possono trovare il modo per accelerare i tempi della giustizia civile.

Quanto alle (ermeneuticamente più agevoli) ipotesi di annullamento del lodo per i motivi di cui ai nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12) del primo comma dell'art. 829 o ancora terzo, quarto e quinto comma del medesimo articolo, si deve tornare a distinguere tra lodo interno ed internazionale.

Nel primo caso la competenza è *de plano* attribuita alla Corte d'appello, salvo sia diversamente disposto dalle parti; nel secondo spetta agli arbitri, salvo che le parti abbiano espressamente deciso di deferire la decisione ai giudici d'appello⁹⁸.

4. Segue: il regime d'impugnazione della sentenza della Corte d'appello.

Ulteriore questione su cui è possibile brevemente tracciare alcune conclusioni è quella relativa al regime d'impugnazione della sentenza resa dalla Corte d'appello.

È intuitivo ed immediato pensare al rimedio del ricorso per cassazione, con la conseguenza che, in detta sede, trattandosi di un mezzo d'impugnazione a critica vincolata, potranno esclusivamente spendersi i motivi tassativamente individuati all'art. 360 c.p.c.⁹⁹

⁹⁸ Sul punto si fa generale rinvio a tutto quanto più approfonditamente esplicitato *supra*, cap. 4.

⁹⁹ Se la Corte d'appello si è dichiarata incompetente per essere il lodo di natura irrituale, l'eventuale impugnazione spendibile è sempre il ricorso ordinario per cassazione e non il regolamento di competenza, dacché trattasi,

I termini del giudizio che la Cassazione è chiamata a svolgere, peraltro, sono strettamente dipendenti dal contenuto della pronuncia impugnata.

Occorre, infatti, distinguere a seconda che vi sia o meno la decisione nel merito della causa.

In quest'ultimo caso (assimilabile al rigetto dell'impugnazione per nullità del lodo) alla Corte non rimane che svolgere un giudizio di legittimità della pronuncia della Corte d'appello e valutare, di conseguenza, se ben abbia fatto la Corte a confermare o caducare la pronuncia degli arbitri. La Corte di Cassazione non avrà alcuna possibilità di entrare nel merito della controversia dedotta in arbitrato, con la sola eccezione del caso in cui la Corte d'appello non abbia pronunciato nel merito in un caso in cui avrebbe dovuto farlo¹⁰⁰.

Diversamente, se quest'ultima è entrata nel merito della controversia, ricorrendo una delle situazioni di cui all'art. 830 c.p.c., la Cassazione, oltre che valutare la legittimità della caducazione, potrà vagliare anche la soluzione adottata in via sostitutiva dalla Corte d'appello¹⁰¹. Oltre che allargarsi il possibile sindacato della Suprema Corte, si amplieranno anche i possibili esiti del giudizio di fronte ad essa.

Nel primo senso si potrà valutare se sia stato fondato o meno il riscontro dei vizi di cui all'art. 829 c.p.c. e se sia corretto l'*iter* che ha portato la Corte d'appello all'adozione della pronuncia sostitutiva nel merito.

Nella seconda direzione la Cassazione potrà dar luogo a quattro diversi tipi di pronuncia: oltre al rigetto dell'impugnazione, potrà aversi l'accoglimento con o senza rinvio oppure ancora la decisione nel merito ai sensi del secondo comma dell'art. 384 c.p.c.

La cassazione senza rinvio si avrà, innanzitutto, nel caso in cui sia stata rilevata l'incompromettibilità della controversia oppure l'inesistenza della convenzione arbitrale: e ciò sia nel caso in cui sia stata pronunciata decisione rescissoria di merito a seguito

comunque, di statuizione d'inammissibilità dell'impugnazione per nullità *ex art.* 828 c.p.c. Così Cass., 17 novembre 1981, n. 6099 e Id., 13 ottobre 1981, n. 5351.

¹⁰⁰ Così Bove, *op. ult. cit.*, 206.

¹⁰¹ Si deve precisare, se necessario, che il sindacato della Suprema Corte non può prendere direttamente in esame il lodo, ma soltanto la sentenza resa in sede d'impugnazione per nullità: così Cass., 26 settembre 2005, n. 18766; Id., 6 settembre 2005, n. 17801; Id., 1 febbraio 2005, n. 1988; Id., 23 dicembre 2004, n. 23900, Id., 4 giugno 2004, n. 10641, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, 1601, Id., 26 marzo 2004, n. 6069, in *Foro It.*, 2005, I, 1511; Id., 8 agosto 2003, n. 11950; Id., 20 marzo 2003, n. 4082; Id., 19 febbraio 2003, n. 2474; Id., 5 giugno 2001, 5600; Id., 2 febbraio 2001, n. 1496; Id., 22 novembre 2000, n. 15057; Id., 26 febbraio 2000, n. 2184; Id., 15 febbraio 2000, n. 1699; Id., 17 luglio 1999, n. 7588, in *Riv. Arb.*, 2000, 711, con nota di Laudisa; Id., 27 agosto 1998, n. 8528; Id., 27 marzo 1997, n. 2720; Id., 15 dicembre 1983, n. 7402 e Id., 9 maggio 1979, n. 2651.

dell'accoglimento dell'impugnazione per nullità¹⁰², sia nel caso in cui questa sia stata rigettata, poiché in tale ultimo caso è nel potere della Corte di Cassazione dichiarare la nullità del lodo ed entrare nel merito della controversia ricorrendo i presupposti dell'art. 384 c.p.c.¹⁰³. Si avrà, poi, cassazione della sentenza senza rinvio nell'ipotesi in cui, ad esempio, la Corte abbia deciso nel merito in un caso in cui gli arbitri abbiano, a loro volta, statuito su una questione che da essi non poteva essere decisa (art. 829 comma primo n. 4 seconda parte) o ancora se la Corte abbia deciso nel merito in un caso in cui gli arbitri dovevano decidere e non hanno deciso (art. 829 comma primo n. 10), intrudendo, così, la sfera di competenza dei giudici privati¹⁰⁴.

Lo stesso può dirsi nel caso di pronuncia della Corte d'appello con cui, in mancanza di espressa doglianza, sia stata accolta l'impugnazione per nullità contro la statuizione (priva di contenuto decisorio e, come tale, non impugnabile per carenza di interesse) con cui gli arbitri hanno provveduto alla liquidazione del compenso loro spettante¹⁰⁵, nel caso in cui indebitamente la Corte d'appello abbia deciso in merito alla fondatezza di un'impugnazione che avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile¹⁰⁶ o ancora nel caso di sentenza che, omettendo del tutto il giudizio rescindente, abbia pronunciato la nullità del lodo decidendo direttamente nel merito e omettendo il preventivo giudizio circa la sussistenza di uno dei motivi per cui è consentita l'impugnazione per nullità¹⁰⁷.

La decisione con rinvio, invece, si avrà ove la Corte riscontri un vizio di nullità che, se rilevato dalla Corte d'appello, avrebbe dovuto portare all'annullamento del lodo e alla rinnovazione del giudizio di merito, ma anche nell'ipotesi in cui, in sede di legittimità, sia rilevato un difetto d'integrazione del contraddittorio nei riguardi di un soggetto che abbia

¹⁰² Cass., 6 dicembre 2004, n. 22794; Id., 7 febbraio 2001, nn. 1723 e 1729; Id., 4 febbraio 1993, n. 1407; Id., 6 gennaio 1983, n. 66 e Id., 4 luglio 1981, n. 4360.

¹⁰³ Cass., 11 febbraio 1998, n. 1413, in *Foro It.*, 1998, I, 740; Id., 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. Arb.*, 1997, 529 con nota di Bove e, ancor prima, Cass., sez. un., 18 gennaio 1984, nn. 404-411 e 413-416, nonché Cass., sez. un., 9 febbraio 1984, n. 980, che, però, dopo aver cassato la sentenza della Corte d'appello che avevano rigettato l'impugnazione per nullità, avevano rimesso la decisione nel merito al medesimo giudice, in quanto funzionalmente competente a statuire o meno sulla validità del lodo.

¹⁰⁴ Sempre che a ciò, beninteso, non l'abbia autorizzata il consenso delle parti.

¹⁰⁵ Cass., 1 settembre 1997, n. 8306.

¹⁰⁶ Cass., 26 febbraio 2000, n. 2184, 735, con nota di Giorgietti e Id., 7 febbraio 2000, n. 1319, in *Foro It.*, 2000, I, 1896 e in *Riv. Arb.*, 2001, 205.

¹⁰⁷ Cass., 9 novembre 2000, n. 14570.

aderito alla convenzione arbitrale¹⁰⁸. In tal caso, il giudizio di rinvio deve essere riassunto tempestivamente di fronte al giudizio investito della decisione sostitutiva, determinandosi, in assenza, l'estinzione dell'intero procedimento, con conseguente caducazione della stessa pronuncia degli arbitri *ex art. 393 c.p.c.*¹⁰⁹

Si avrà, infine, diretta decisione del merito originariamente deferito al giudizio arbitrale, ai sensi del secondo comma dell'art. 384 c.p.c., soltanto “*qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto*”. In tal modo, pertanto, il legislatore ha inteso preservare alla Suprema Corte il ruolo, espressamente riconosciute, di giudice di esclusiva legittimità.

Si rilevi, comunque, che i ricorsi proposti avverso la sentenza (non definitiva) che decide in ordine all'annullamento del lodo in fase rescindente e avverso la sentenza (definitiva) che interviene in sede di giudizio rescissorio debbono essere riuniti, essendo detta ipotesi assimilabile a quella in cui vengano proposte più impugnazioni contro la medesima sentenza e rendendosi applicabile, di conseguenza, la previsione di cui all'art. 335 c.p.c.¹¹⁰.

5. Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nell'arbitrato nel diritto amministrativo.

Uno dei rilievi maggiormente problematici posti dal rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio nell'impugnazione per nullità concerne l'arbitrato nel diritto amministrativo.

Come noto, esso trova il proprio fondamento normativo nell'art. 6 secondo comma della legge n. 205 del 2000, il quale autorizza l'esperimento della via arbitrale anche in ordine a controversie relative a diritti che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ai fini che interessano in questa sede, il nodo gordiano da sciogliere in merito all'arbitrato in questione è quello attinente la competenza in fase rescissoria dell'impugnazione per nullità del lodo, vale a dire quali regole sovrintendano alla determinazione della competenza del giudice del merito dopo l'annullamento del lodo. Possono applicarsi *de plano* le regole

¹⁰⁸ Cass., 29 luglio 1986, n. 4847. Si evidenzia, peraltro, che la nuova decisione di merito dovrà essere rimessa a nuovi arbitri, di fronte ai quali dovrà essere riassunta tempestivamente la causa, onde consentire la conservazione degli effetti dell'originaria domanda.

¹⁰⁹ Cass., 6 agosto 2003, n. 11842, in *Foro It.*, 2004, I, 970; Id., 26 novembre 1996, n. 10456, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 833 e in *Riv. Arb.*, 1997, 317, con nota di Fazzalari.

¹¹⁰ Cass., 28 ottobre 1994, n. 8922.

dell'arbitrato di diritto comune o deve rinvenirsi una soluzione diversa, in considerazione che si tratta di situazioni controverse rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo?

In via preliminare, però, deve farsi una precisazione terminologica: benché si parli frequentemente di “competenza” in sede rescissoria, quello in questione è un profilo attinente alla giurisdizione.

La questione è, infatti, quella di capire, innanzitutto, se l'impugnazione per nullità preveda o meno l'intervento della Corte d'appello e, successivamente, se la decisione di merito conseguente alla caducazione del lodo sia rimessa al giudice ordinario oppure al giudice amministrativo¹¹¹: si tratta, con ogni evidenza, di problema afferente la giurisdizione e non la competenza¹¹².

Al di là di questo, però, sembra opportuno offrire una panoramica generale delle acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali sino ad ora maturate sul punto, prendendo le mosse dal primo dei succitati profili, quello della competenza nella fase dichiaratoria dell'invalidità del lodo (c.d. rescindente).

In astratto sarebbe contemplabile sia un intervento del giudice ordinario, sia un intervento del giudice amministrativo: la tutela conseguibile nell'una e nell'altra sede è sempre la stessa. Ancorché si volesse attribuire al giudice amministrativo la decisione rescindente, si tratterebbe soltanto di adattare le norme del codice di rito al diverso organo giurisdizionale senza che sussistano difficoltà di rilievo.

Si tratta, in buona sostanza, di capire se ad essere applicate con preferenza siano le norme del codice che assegnano la competenza in sede d'impugnazione per nullità alla corte d'appello oppure se, *ratione materiae*, vi sia attrazione della competenza al giudice amministrativo.

Una parte della dottrina amministrativistica¹¹³ ritiene che essa spetti al Consiglio di Stato, poiché si tratta del giudice competente in appello per le decisioni dei TAR, come lo è la Corte d'appello per le decisioni dei tribunali. Anche perché attribuire la competenza al giudice

¹¹¹ Nei casi in cui essa, ovviamente, non spetti agli arbitri.

¹¹² A conferma del fatto che si tratti di questione di giurisdizione si veda Cass., sezioni unite, 03 luglio 2006, n. 15204, in *Corr. Giur.*, 2007, 981, ove si afferma la possibilità di esperire regolamento preventivo di giurisdizione.

¹¹³ Caia, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 25; Crisci, *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 231, 243; De Lise, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in Cerulli Irelli, *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2001, 181, 192; De Lise-Delfino, *Arbitrato e*

ordinario significherebbe indirettamente eludere il vincolo della giurisdizione esclusiva, dal momento che basterebbe compromettere la causa in arbitri per evitare il ricorso al giudice amministrativo e rimettersi, seppur in secondo grado, al giudice ordinario¹¹⁴.

Diverse sono le critiche che possono muoversi a detta prospettazione.

Innanzitutto, non si può individuare necessariamente la Corte d'appello come giudice d'impugnazione delle sentenze di primo grado, poiché esistono situazioni in cui non è a tale autorità che ci si rivolge per ottenere la riforma di una decisione di primo grado: si pensi anche solo al fatto che le sentenze del Giudice di pace s'impugnano di fronte al Tribunale in composizione monocratica. È sbagliato, dunque, collegare *sic et simpliciter* la competenza del Consiglio di Stato sull'impugnativa del lodo al presupposto che la Corte d'appello sia competente in sede d'impugnazione avverso le sentenze di primo grado del giudice statale.

In secondo luogo, non può non mettersi in luce che la Corte d'appello quale giudice competente *ex art. 828 c.p.c.* per l'impugnazione per nullità del lodo non è scelta perché giudice di secondo grado delle decisioni di prime cure dell'autorità giurisdizionale statale, ma quale organo funzionalmente deputato alla valutazione della legittimità del lodo arbitrale.

Del resto, la scelta del codice di attribuire detta mansione al giudice d'appello nasce, verosimilmente, dalla sua natura di organo centrale del distretto giudiziario e dalla sua articolata composizione.

In terza ed ultima istanza, poi, si consideri il fatto che attribuire al Consiglio di Stato la competenza a decidere dell'impugnazione del lodo nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo significa ridurre considerevolmente il controllo di legittimità fatto dalla Cassazione, allorché la parte soccombente voglia impugnare la decisione di fronte alla Suprema Corte. Com'è noto, infatti, in tal caso il controllo della Corte di Cassazione si ridurrebbe ai soli profili afferenti la giurisdizione e ne risulterebbe grandemente indebolito rispetto a quello che potrebbe farsi ordinariamente avverso le sentenze della Corte d'appello, riducendosi il processo ad un unico grado¹¹⁵.

pubblica amministrazione, in *AGOP*, 2060 e Sigismondi, *Sub artt. 6-7*, in Travi, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000 n. 205). Commentario, NLCC*, 2001, 636.

¹¹⁴ De Paolis, in De Paolis-Mascello-Paolantonio-Marchese-Micocci-Schettino, *Il nuovo processo amministrativo*, Padova, 2001, 18.

¹¹⁵ Luiso, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv Arb.*, 2001, 421. Si deve segnalare che la dottrina favorevole alla competenza del Consiglio di Stato in sede d'impugnazione del lodo reso in materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha fatto leva sul disegno di legge C7042 della XIII legislatura, in materia di servizi pubblici degli enti locali, il quale devolveva espressamente a detta

Altra parte della dottrina, secondo una prospettiva che pare più condivisibile anche a chi scrive, ritiene che rimanga ferma pur sempre la giurisdizione del giudice ordinario e, segnatamente, della Corte d'appello¹¹⁶.

Del resto, anche la dottrina precedente alla legge 205 del 2000 aveva, pressoché unanimemente, affermato che, per l'impugnazione del lodo, l'intervento spettasse alla Corte d'appello e tale era l'opinione sia di chi riteneva ammissibile l'arbitrato nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva¹¹⁷, sia di chi lo riteneva impraticabile (proprio perché, in sede d'impugnazione per nullità, ci si sarebbe dovuti rivolgere inammissibilmente al giudice ordinario)¹¹⁸.

La prima ragione a sostegno di tale assunto fa leva su un semplice ragionamento normativo e logico: all'arbitrato si applicano gli artt. 806 e ss. c.p.c. e quello previsto all'art. 6 secondo comma della l. 205/2000 è un "arbitrato rituale", come tale inquadrabile nell'istituto degli appena citati articoli del codice. Nell'ambito della disciplina dell'arbitrato c'è la previsione

autorità l'impugnazione di cui all'art. 827 c.p.c. In contrario, però, si deve dire che è proprio l'assenza di un'espressa previsione in tal senso dell'art. 6 della l. 205/2000 a spingere a conclusioni difformi: per devolvere al Consiglio di Stato la competenza ex art. 828 c.p.c. è necessaria un'apposita previsione; altrimenti, la Corte d'appello deve ritenersi tributaria di detta funzione.

¹¹⁶ Tra gli altri, Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Cecchella, *L'arbitrato*, cit., 436 e ss.; Caringella, in Caringella-De Marzo-Della Valle-Garofoli, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 599; Consolo, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 537; Id., *Il processo civile fra snellezza e civilizzazione*, in *Corr. Giur.*, 2000, 1267; Luiso, *op. ult. cit.*, 432; Romano Tassone, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2001, 400 e ss. e Verde, *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione (in occasione della legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, in *Riv. Arb.*, 2000, 389 e ss.

¹¹⁷ Andrioli, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1956, I, 849 e ss.; Borella, *Incompatibilità tra giurisdizione esclusiva e arbitrato?*, in *Riv. Arb.*, 2000, 203-204; Consolo, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semiobbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 154-155; Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 239; Id., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Studi in onore di Benvenuti*, II, Modena, 1966, 720; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 142 e Verde, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 1997, 27 e ss.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 221 e ss.

¹¹⁸ Acquarone-Mignone, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 371 e ss.; Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano 1989, 205; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 24 e ss. e De Lise, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1196-1197. Si noti che quella dottrina che dichiarava inammissibile l'arbitrato nelle materie di giurisdizione esclusiva prima della l. 205/2000 proprio perché l'impugnazione per nullità avrebbe dovuto essere proposta, indebitamente, al giudice ordinario, non può che ammettere che ad oggi, essendo l'arbitrato in quelle materie consentito, la competenza sia della Corte d'appello, così come postulato dall'art. 830 c.p.c. Diversamente De Lise, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di Cerulli Irelli, cit., 192 afferma che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, l'impugnativa del lodo deve proporsi dinnanzi al Consiglio di Stato per non "modificare, con l'impugnazione del lodo, le regole sul riparto di giurisdizione".

dell'impugnazione per nullità devoluta alla Corte d'appello, che, come tale, deve ritenersi ascrivibile anche all'arbitrato di cui all'art. 6 della l. 205/2000.

Ancora, le materie compromettibili in arbitrato *ex art. 6* secondo comma sono anche quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sulle quali si è voluto inibire il ricorso all'autorità giurisdizionale ordinaria, ancorché siano controversi diritti soggettivi. Ciononostante si è stabilito di consentire il ricorso all'arbitrato, accettando che, in caso d'impugnazione della pronuncia dei giudici privati, fosse attribuita competenza alla Corte d'appello, vale a dire a quel giudice ordinario, il cui intervento si era voluto, invece, impedire. Ciò, però, non è in contrasto con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'ambito di determinate materie, giacché l'intervento della Corte è limitato al lodo come atto e non inerisce al come la controversia sia stata decisa dagli arbitri¹¹⁹. La Corte, cioè, si limita a valutare l'atto e a riscontrarne i vizi, ma non guarda alla decisione degli arbitri in merito al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, in relazione al quale, appunto, non è consentito il ricorso al giudice ordinario. La Corte, in altri termini, svolge un processo di eventuale annullamento dell'atto, ma non incide sul merito della controversia devoluta in arbitrato, giacché l'annullamento del lodo inerisce a profili del tutto estrinseci alla giurisdizione amministrativa.

Arrivando al secondo dei profili problematici illustrati all'inizio del presente paragrafo, il dilemma che residua (e che più ci interessa in questa sede) è quello della "competenza" nell'ambito del giudizio rescissorio a seguito dell'annullamento della decisione degli arbitri. Ammesso che sia la Corte d'appello il giudice competente all'annullamento del lodo, rimane da chiedersi se, nel caso in cui ciò avvenga, debba essere la stessa Corte ad adottare la pronuncia di merito oppure se la competenza debba passare al giudice amministrativo. Questione che, beninteso, deve intendersi riferita esclusivamente ai casi in cui il giudizio di merito non compete al giudice privato, ma rimanga nell'ambito d'intervento dell'autorità giurisdizionale statale.

Come visto poc'anzi, esistono argomenti piuttosto forti e decisivi per riconoscere che sia la Corte d'appello a dover intervenire in ordine alla pronuncia rescindente del lodo reso nell'ambito del diritto amministrativo, ma non ci è dato di sapere con sicurezza quale sia l'autorità tributaria della decisione di merito sostitutiva di quella caducata.

¹¹⁹ Così Amadei, *op. ult. cit.*, 437.

Possono prospettarsi due diverse soluzioni: la prima è che ad intervenire debba essere nuovamente la Corte d'appello, la seconda è che detto giudizio debba svolgersi di fronte al giudice amministrativo.

Nella prima direzione¹²⁰ si è sostenuto che il giudizio rescissorio spetti, comunque, alla Corte d'appello, in quanto giudice funzionalmente deputato a decidere dell'impugnazione per nullità delle pronunce arbitrali, purché siano osservati i limiti previsti dall'art. 830 c.p.c.

In particolare, viene puntualizzato che l'attribuzione del giudizio di merito ad un giudice diverso da quello individuato *ex art.* 830 c.p.c. dovrebbe essere fondata su seri argomenti, che, tuttavia, mancano¹²¹.

La Corte d'appello è giudice "naturale" dell'impugnazione del lodo e non vi è nulla di "scandaloso" nel passaggio della controversia dal giudice amministrativo a quello ordinario¹²²: se l'ordinamento consente l'arbitrato nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di conseguenza ammette che l'accordo delle parti possa, eventualmente ed indirettamente, produrre una deroga alla giurisdizione¹²³.

A sostegno di ciò si è evidenziato, innanzitutto, che non si tratta di evento eccezionale, poiché ricorre in tutti i casi in cui la controversia deferita in arbitrato non appartenga, in primo grado, alla competenza del tribunale. Ma viene addotta, altresì, un'ulteriore ragione giustificativa, che può esprimersi nei termini seguenti.

Se alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è rimessa la decisione, in determinate materie, sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi e se l'arbitrato è consentito solamente in relazione a diritti soggettivi, diviene giocoforza necessario operare la scelta tra gli uni e gli altri, potendosi esperire la via della giustizia privata solo se ad essere compromesse siano le controversie relative ai primi.

¹²⁰ Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004, 344 e ss.; Consolo, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semiobbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, cit., 154-155; Luiso, *op. ult. cit.*, 430-431; Romano Tassone, *op. ult. cit.*, 402 Verde, *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione (in occasione della legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, cit., 389 e ss.; Villata, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione di atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 787 e Id., *Conclusioni al termine del convegno*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 171.

¹²¹ Così Luiso, *op. ult. cit.*, 430.

¹²² Verde, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., 33; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 221 e ss. e Id., *Ancora su arbitri e pubblica amministrazione (in occasione della legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 6)*, cit., 390.

¹²³ Così Borella, *op. ult. cit.*, 203; Caringella, *op. ult. cit.*, 697 e Romano Tassone, *op. ult. cit.*, 401-402.

Ne consegue che il giudizio rescissorio della Corte d'appello sarà possibile solo relativamente ai diritti soggettivi, giacché un lodo reso in merito ad interessi legittimi può essere soltanto annullato dalla Corte d'appello, senza possibilità che questa pronunci nel merito.

Se, dunque, in ordine a diritti soggettivi rientranti nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è il giudice ordinario a decidere nel merito dopo l'annullamento del lodo, la controversia non fa che ritornare al suo giudice naturale, cui è stata, in via eccezionale, sottratta in base all'art. 103 della carta costituzionale¹²⁴.

In questo senso si è orientata anche la Suprema corte, che ha ribadito che “*l'eventuale impugnativa per nullità del giudizio arbitrale e della relativa sentenza, ove accolta dal giudice ordinario competente, imporrebbe che questi provvedesse anche nel merito della controversia deferita agli arbitri*”¹²⁵.

La seconda soluzione prospettata, quella del deferimento del merito della lite al giudice amministrativo, trova conferma negli orientamenti di una parte della dottrina¹²⁶ e di una certa risalente giurisprudenza ordinaria, soprattutto di merito¹²⁷.

In quest'ottica si ritiene che l'intervento della Corte d'appello debba limitarsi al solo profilo caducatorio della pronuncia privata e alla rimozione dell'atto viziato, mentre la fase rescissoria debba svolgersi alternativamente di fronte agli arbitri o al giudice amministrativo, a seconda del motivo di annullamento e della volontà delle parti compromittenti. Ciò perché il legislatore ha voluto che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, vi fosse solamente l'intervento del giudice amministrativo, senza la possibilità che, seppur indirettamente, le questioni sorte in tale ambito potessero approdare al giudizio del giudice ordinario: poiché, in fase rescissoria, la Corte d'appello non si limita a riscontrare il vizio dell'atto, ma procede all'accertamento delle situazioni sostanziali controverse, deve ritenersi impossibile la rimessione ad essa della decisione sostitutiva nel merito.

¹²⁴ Luiso, *op. ult. cit.*, 431.

¹²⁵ Cass., 10 dicembre 1993, n. 12166, in *Foro it.*, 1994, I, 2472 e, di recente, con ordinanza, Cass., sezioni unite, 3 luglio 2006, n. 15204, in *Corr. Giur.*, 2007, 981.

¹²⁶ Amadei, *op. ult. cit.*, 438; Andrioli, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, cit., 850, nota 3; Consolo, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semiobbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, cit., 151 e ss. e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 249.

¹²⁷ App. Roma, 10 marzo 1948, in *Foro it.*, 1948, I, 426 e App. Trento, 22 dicembre 1955, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, 63. Si veda, però, anche Cass., 24 febbraio 1950, n. 436 e, più di recente, sul fronte della giustizia amministrativa, Cons. Stato, 19 giugno 2003 n. 3655, in *Foro amm.*, 2004, 882.

Ne consegue che, se le parti non dispongono diversamente, se il lodo è annullato per i motivi di cui ai nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12) del primo comma o per il terzo, quarto e quinto comma dell'art. 829 c.p.c., la relativa pronuncia di merito spetta al giudice amministrativo.

Sempre proseguendo in questo percorso argomentativo, resta da chiedersi quale sia il giudice amministrativo cui occorre rivolgersi per ottenere una pronuncia di merito sostitutiva e l'alternativa è tra il giudice di primo grado (T.A.R.) oppure il giudice di secondo e ultimo grado (Consiglio di Stato).

La dottrina che ha condiviso questa linea di pensiero ritiene, più correttamente, che la competenza in fase rescissoria debba essere rimessa al tribunale amministrativo regionale e non al Consiglio di Stato.

Ciò essenzialmente per il fatto che deve, comunque, essere garantito un controllo sulla decisione: questo sarebbe escluso nel caso in cui fosse riconosciuta, in sede rescissoria, la competenza del Consiglio di Stato. Avverso le decisioni di quest'autorità giudiziaria, infatti, non è ammesso il ricorso per cassazione, salvo che si tratti di far esaminare dalla Suprema Corte una questione attinente al riparto di giurisdizione¹²⁸.

Volendo prendere posizione in ordine alla questione della competenza in sede rescissoria, credo che sussistano buone ragioni per ritenere che debba essere tenuto fermo l'intervento del giudice amministrativo e, segnatamente, del tribunale amministrativo regionale: benché l'impugnazione del lodo di cui all'art. 6 comma 2 della legge 205/2000 debba avvenire di fronte alla Corte d'appello, infatti, non deve imporsi la pedissequa applicazione di tutte le norme dettate dal codice di procedura civile sull'impugnazione per nullità, *in primis* l'art. 830.

Se è vero che la convenzione arbitrale può essere considerata un patto derogatorio della giurisdizione, nel senso che sottrae la controversia alla giurisdizione pubblica per deferirla a quella privata, è pur vero che le parti non sono in alcun modo legittimate ad alterare il piano di riparto di giurisdizione che la legge traccia all'interno della giurisdizione statale¹²⁹.

Possiamo a questo punto chiederci se la competenza del giudice amministrativo in fase rescissoria debba essere fatta salva anche nel caso in cui si sia agito per chiedere il risarcimento del danno provocato da lesione di un interesse legittimo.

¹²⁸ Così Amadei, *op. ult. cit.*, 438, nota 69.

¹²⁹ Bove, *op. ult. cit.*, 207.

Per rispondere a questo quesito occorre, in via preliminare, chiarire il significato da dare alla disposizione dell'art. 7 della legge 205 del 2000, la quale sancisce che “*il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*”.

Se prevalente giurisprudenza ritiene che con ciò si sia inteso ampliare l'ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹³⁰, si può, al contrario, interpretare la suddetta disposizione nel senso che il legislatore abbia inteso attribuire all'interessato la possibilità di instaurare contestualmente la domanda risarcitoria e caducatoria di fronte al giudice amministrativo¹³¹. Trattasi, quindi, di una facoltà e non di un'imposizione fatta al privato che voglia agire nei confronti di una pubblica amministrazione per il risarcimento del danno.

La *ratio* della norma è quella di evitare che il privato debba celebrare per forza due processi: il primo per l'annullamento dell'atto e il secondo per il risarcimento del danno, potendo contestualmente chiedere entrambe le tutele al giudice amministrativo. Nulla esclude che il privato non si avvalga di tale opportunità e voglia chiedere la tutela risarcitoria separatamente di fronte al giudice ordinario.

Questa diversa prospettazione dimostra di avere anche solide basi dal punto di vista del dettato costituzionale, dal momento che, nelle scelte del costituente, è chiaro l'intento di deferire le controversie riguardanti diritti soggettivi al giudice ordinario.

Di ciò si ha conferma nell'art. 102 della Costituzione, ove si afferma che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e nell'art. 103, ove si legge che gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie, anche dei diritti soggettivi.

Inoltre, l'art. 111, ai commi sette ed otto, prevede che il ricorso per cassazione avverso le sentenze (di giudici ordinari e speciali) è sempre possibile per violazione di legge, ma che, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, è ammesso per i soli motivi

¹³⁰ Con la conseguenza che la domanda con cui s'intende far valere la richiesta risarcitoria alla pubblica amministrazione derivante da lesione dell'interesse legittimo deve farsi dinnanzi al giudice amministrativo, anche se detta domanda sia proposta autonomamente e, cioè, a prescindere dalla richiesta di annullamento dell'atto lesivo di detta situazione sostanziale: cfr., da ultima, Cass., 23 dicembre 2008, n. 30254.

¹³¹ Bove, *op. ult. cit.*, 13.

inerenti alla giurisdizione. Ne consegue che, se entra in gioco un diritto soggettivo, il suo titolare può agire, per ottenerne la relativa tutela, di fronte al giudice ordinario ed ha sempre diritto a rivolgersi in ultima istanza alla Suprema Corte per far valere l'eventuale violazione di legge. Strumento che gli sarebbe negato se in via esclusiva fosse competente per la tutela risarcitoria il giudice amministrativo.

Una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 7 della legge 205 del 2000 impone di escludere l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della tutela risarcitoria susseguente a lesione di un interesse legittimo e, quindi, invita a leggere la disposizione come attributiva della giurisdizione per connessione. Norma, peraltro, dettata a favore dell'interessato, che può scegliere se avvalersene o meno, chiedendo anche la tutela risarcitoria direttamente al giudice amministrativo¹³².

Se ne ricava, in conclusione, che la richiesta di ristoro per lesione di interessi legittimi può (ma non deve) essere chiesta al giudice amministrativo e, quindi, può essere avanzata anche di fronte al giudice ordinario.

Se così è, si evince che, in caso di annullamento ad opera della Corte d'appello di un'eventuale decisione arbitrale in materia¹³³, la pronuncia rescissoria può essere affidata a quest'ultima, nei limiti di quanto previsto all'art. 830 c.p.c., giacché, in questo caso, si verserebbe fuori dall'ambito applicativo dell'art. 6 comma secondo della legge 205 del 2000 e, in buona sostanza, dalla sfera d'azione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

6. Il raffronto con il modello tedesco: a) *la normativa anteriore alla riforma.*

Una volta conclusa l'indagine sul rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, così come condotta dalla normativa interna, si tratta di passare alla disamina delle soluzioni adottate dagli ordinamenti stranieri.

¹³² *Ibidem*, 14.

¹³³ Per una compiuta e persuasiva ricostruzione della compromettibilità n arbitri delle controversie inerenti le richieste risarcitorie per lesione di interessi legittimi avanzate nei riguardi della pubblica amministrazione si rinvia ad Amadei, *op. ult. cit.*, 414 e ss.

Diviene fondamentale considerare, in primo luogo, la soluzione prospettata dal sistema tedesco, il quale, come noto, è stato oggetto di una recente globale riforma dell'istituto arbitrale.

Sembra cosa opportuna, di conseguenza, prendere le mosse dalla normativa anteriore la riforma, entrata in vigore il 1 gennaio 1998 e che ha interamente novellato il libro X del codice di procedura civile¹³⁴.

Il vecchio par. 1040 ZPO conferiva al lodo l'autorità di cosa giudicata, ma subordinava la sua esecutorietà ad un'ulteriore attività del giudice ordinario, compiuta la quale si creava la condizione di non impugnabilità della decisione arbitrale.

Più in particolare, la concessione dell'esecutorietà del lodo risultava subordinata, ai sensi degli artt. 1042 e ss. ZPO, al rispetto dei requisiti formali di cui al par. 1039 comma primo, alla sua regolare notificazione, al suo susseguente deposito e, infine, alla non impugnabilità per i motivi di cui al par. 1041 comma primo ZPO. Solo a questo punto, si poteva aprire un giudizio di cognizione di fronte alla pretura o al tribunale individuato ai sensi dei artt. 1045-1047 ZPO, culminante con decreto (se condotto senza trattazione orale) o con sentenza (se a seguito di trattazione orale e se fosse stato fatto valere un motivo d'impugnazione del lodo).

L'impugnazione del lodo, ostativa alla dichiarazione di esecutorietà, poteva avvenire nelle tassative ipotesi di cui al primo comma del par. 1041 ZPO, ovvero se 1) fosse stata rilevata la mancanza o l'invalidità del patto compromissorio, 2) si fossero riscontrati vizi del procedimento arbitrale¹³⁵, 3) vi fosse stato contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico tedesco, l'ordine pubblico e il buon costume¹³⁶, 4) vi fossero stati vizi nella rappresentanza processuale delle parti, 5) si fosse registrata violazione del diritto ad essere ascoltati dal giudice con concreto pregiudizio per la parte¹³⁷, 6) vi fosse stato difetto di motivazione (salvo espressa rinuncia delle parti)¹³⁸ e 7) si fossero riscontrati vizi idonei a fondare una domanda di revocazione della sentenza civile *ex* par. 580 nn. 1-6 ZPO¹³⁹.

¹³⁴ Si vedano, sul punto, Habscheid, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. arb.*, 1998, 175 e ss. e Walter, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 670 e ss.

¹³⁵ BGH, 5 maggio 1986, in *NJW*, 1986, 3079 e ss.

¹³⁶ In relazione a norme sia sostanziali che processuali: Baur, *Einige Bemerkungen zum verfahrenrechtlichen ordre public*, in *FS Guldener*, Zürich, 1973, 1 e ss.

¹³⁷ BGH, 8 ottobre 1959, in *BGHZ*, 1960, 43 e ss.

¹³⁸ BGH, 26 settembre 1985, in *BGHZ*, 1986, 40 e ss.

¹³⁹ BGH, 18 gennaio 1990, in *WM*, 1990, 1126 e ss. e BGH, 12 luglio 1990, in *WM*, 1990, 1766.

Risulta evidente che l'impugnazione era consentita per motivi attinenti l'aspetto procedurale e non, invece, per *errores in iudicando* relativi alla correttezza della pronuncia sotto il profilo sostanziale.

Quanto al rapporto tra fase rescindente e rescissoria, infine, era prescritto che l'annullamento della pronuncia arbitrale ne avrebbe provocato alla caducazione *ex tunc*, ma senza possibilità alcuna di reviviscenza del vincolo costituito dall'accordo compromissorio originario. In questo il modello tedesco antecedente la riforma del 1998 risultava molto più simile alla vecchia disciplina dell'art. 830 c.p.c., nella formulazione anteriore alla novella del 2006.

Nella disciplina tedesca, pertanto, l'annullamento del lodo, travolto fin dalle origini e, quindi, *tamquam non esset*, avrebbe giocoforza comportato la necessità di riformulare la domanda di fronte all'autorità giurisdizionale ordinaria.

7. Segue: b) l'intervento di riforma del legislatore e le caratteristiche della Aufhebungsantrag.

È noto come dal primo gennaio 1998 sia in vigore in Germania un nuovo sistema di diritto dell'arbitrato, il quale ha portato alla radicale rivisitazione della disciplina codicistica del libro X della ZPO¹⁴⁰.

Ai vecchi parr. 1025-1048, risalenti all'epoca di emanazione della ZPO, si sono sostituiti i parr. 1025-1066, giudicati da autorevole dottrina maggiormente rispondenti alle esigenze dell'economia del XXI secolo e, in particolare, all'internazionalizzazione del commercio. Si è resa evidentemente necessaria la creazione di un diritto dell'arbitrato che lasciasse più spazio all'autonomia dei privati “*di quanto la legislazione del Keisereereichs non potesse offrire*”¹⁴¹.

Diversamente da quanto hanno fatto altri ordinamenti, la riforma tedesca è giunta con un certo ritardo: in Svizzera ed in Francia, ad esempio, la recezione nella disciplina legislativa dell'istituto arbitrale delle esigenze del commercio internazionale è stata molto più rapida¹⁴².

¹⁴⁰ Si tratta della *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht (Schieds VfG)* del 22 dicembre 1997, in *BGBI*, I, 3224.

¹⁴¹ Habscheid, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, cit., 176.

¹⁴² Per la legislazione svizzera si veda il *Concordato intercantonale sull'arbitrato* del 27 marzo 1996 (relativamente all'arbitrato domestico) e gli artt. 176-194 della *Legge federale sul diritto internazionale privato* dell'11 aprile 1988 (per l'arbitrato connotato da elementi d'internazionalità). Sul punto si rinvia ad Habscheid, *Lehrbuch des schweizerischen Zivilprozess und Gerichtorganisationsrechts*, Basel, 1990, n. 833 e ss. Per il modello francese si vedano gli artt. 1482 e ss. del *Code de procedure civile*.

In particolare, in questi sistemi si è affermata l'opportunità di tenere distinti l'arbitrato domestico e quello internazionale: così, la Legge federale svizzera sul diritto internazionale privato e il Codice di procedura civile francese (artt. 1492 e ss.) hanno optato, con riguardo all'arbitrato transnazionale, per una disciplina molto più elastica, capace di lasciare più spazio e più ampio intervento alle scelte dell'autonomia privata e di rendere quei paesi territori più appetibili per stabilirvi le sedi di procedure arbitrali.

Anche la legge modello UNCITRAL (sull'arbitrato commerciale internazionale), adottata il 21 giugno 1985 ed approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite l'11 dicembre 1985, aveva elaborato una simile suddivisione tra arbitrato interno ed internazionale e si era posta a tutti gli Stati come paradigma per l'avvicinamento delle legislazioni statuali in materia arbitrale¹⁴³.

Benché la riforma tedesca si sia largamente ispirata a detto modello, tuttavia, essa non ha recepito la richiamata distinzione tra arbitrato domestico ed internazionale e, quindi, le nuove regole valgono per entrambe le tipologie di arbitrato: si deve, però, rilevare come la nuova normativa riservi alla volontà delle parti un ruolo indubbiamente molto più consistente di quanto non facesse in passato, recependo, in tal senso, le surrichiamate istanze del commercio internazionale¹⁴⁴.

Quanto al tema che più specificamente ci occupa in questa sede, in luogo dell'azione di annullamento di cui alla precedente disciplina (c.d. *Aufhebungsklage*), il nuovo par. 1059 ZPO prevede un ricorso per annullamento (*Aufhebungsantrag*).

Tale azione è proponibile solo avverso la decisione arbitrale che abbia efficacia di giudicato¹⁴⁵.

Il par. 1055 ZPO stabilisce che il lodo ha, *inter partes*, gli stessi effetti della sentenza che costituisca *res iudicata* e tale caratteristica viene riconosciuta alla pronuncia arbitrale immediatamente nel momento in cui essa viene pronunciata, con la sola esclusione dei casi di lodo inesistente e non più impugnabile.

Per lodo non più impugnabile non si deve aver riguardo all'impossibilità di far valere la c.d. *Aufhebungsantrag*, ma, piuttosto, all'impossibilità di esperire un giudizio arbitrale di appello

¹⁴³ Sul tema, Hermann e Calavros, in Habscheid, *Grundfragen des Zivilprozessrechts-die internationale Dimension*, 191, 237 e ss., nonché Calavros, *Das Uncitral-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1988.

¹⁴⁴ Habscheid, *op. ult. cit.*, 177.

¹⁴⁵ Henn, *Schiedsverfahrensrecht*, Heidelberg, 2000, 189.

previsto dalle parti¹⁴⁶. Ne consegue che la pronuncia così resa, indipendentemente dall'esperibilità del ricorso per annullamento, genera effetti identici a quelli prodotti da un giudicato statale¹⁴⁷.

Giungendo, quindi, alla disamina del mezzo d'impugnazione di cui al par. 1059 ZPO, l'azione di annullamento si propone all'*Oberlandesgericht* (sostanzialmente, *mutatis mutandis*, la nostra Corte d'appello)¹⁴⁸ scelto concordemente dalle parti nell'accordo compromissorio; in caso contrario, si propone di fronte all'*Oberlandesgericht* del luogo in cui si trova situata la sede dell'arbitrato¹⁴⁹. Se la sede non è fissata in territorio tedesco, è competente l'*Oberlandesgericht* del luogo ove ha la propria residenza abituale o la propria sede la parte convenuta oppure ancora ove è localizzato l'oggetto della controversia.

Altrimenti, la competenza è riservata, de residuo, al *Kammergericht* e, nei casi di cui al par. 1025, terzo comma¹⁵⁰, spetta all'*Oberlandesgericht* del luogo ove una delle parti ha residenza abituale o sede¹⁵¹.

Quanto ai termini per la proposizione dell'impugnazione, mentre in precedenza la domanda poteva proporsi *sine die*, oggi, in base al terzo comma del par. 1059 ZPO, il ricorso deve proporsi nel termine di tre mesi dal giorno in cui il lodo è stato comunicato al ricorrente, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente.

¹⁴⁶ Bosch, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, 1991, 42, ove si legge che un ulteriore presupposto perché il lodo acquisti efficacia di giudicato è che non sia spendibile nessun mezzo d'impugnazione: con ciò intendendosi che “*damit ist nicht etwa die Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO gemeint, sondern vielmehr der fall daß die Parteien die Möglichkeit einer Anfechtung des Schiedsspruchs in einem weiteren Schiedsverfahren, etwa durch ein Oberschiedsgericht, vereinhart haben*” (“*a tal fine non deve farsi riguardo all'azione di annullamento di cui al § 1041 ZPO, ma, al contrario, all'ipotesi in cui le parti abbiano contemplato l'eventualità d'impugnazione del lodo di fronte ad un collegio arbitrale di secondo grado*”).

¹⁴⁷ Geimer, in Zöller, *Zivilprozeßordnung*, Köln, 2001, 2414-2415, nonché Schwab-Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 2000, 229 e ss.

¹⁴⁸ Mentre, precedentemente, la competenza era ripartita, a seconda dei casi, tra l'*Amtsgericht* e il *Landgericht*, ora essa è concentrata nell'*Oberlandesgericht*.

¹⁴⁹ Secondo il par. 1062 (*Zuständigkeit*) “*Das Oberlandesgericht, das in der Schiedvereinbarung bezeichnet ist oder, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, in dessen Bezirk der Ort des schiedsrichterlichen Verfahren liegt, ist zuständig für Entscheidungen über Anträge betreffend...*”.

¹⁵⁰ Quando la sede dell'arbitrato non è ancora determinata.

¹⁵¹ Come osserva Habscheid, *op. ult. cit.*, 188, il sistema di competenza così delineato è sintomatico della considerazione che il legislatore tedesco ha della procedura arbitrale. Siccome al par. 1062, quinto comma, si consente che il Governo di un *Land* concentri su di un unico *Oberlandesgericht* o su di un “*oberstes Landesgericht*” tale competenza, risulta invertita la pregressa tendenza alla dispersione delle funzioni giurisdizionali relative alla procedure arbitrali. Quanto al successivo grado d'impugnazione, di esso sarà investito il *Bundesgerichtshof*, ma sono ricorribili solo per violazione di legge (attraverso una *Rechtsbeschwerde*) le decisioni sull'ammissibilità o inammissibilità del giudizio arbitrale, quelle con cui il tribunale arbitrale abbia pronunciato sulla propria competenza, quelle sull'impugnazione del lodo *ex par.* 1059 e quelle sulla dichiarazione di esecutorietà.

Prima, però, di giungere alla disamina e all'approfondimento dell'aspetto che più tocca da vicino la tematica oggetto di questo lavoro, merita ancora, in chiave preliminare, appuntare l'attenzione sui motivi d'impugnazione previsti dall'art. 1059 ZPO avverso il lodo che costituisca *res iudicata*. Una preliminare valutazione di questi profili, infatti, è indispensabile per affrontare il successivo passaggio del rapporto sussistente tra la fase rescindente e quella rescissoria dell'*Aufhebungsantrag*.

A differenza di quanto accadeva nel precedente par. 1041, l'attuale par. 1059 ZPO distingue i motivi di annullamento che debbono essere provati dall'attore da quelli rilevabili anche d'ufficio.

Cominciando dalla prima categoria, costituisce motivo di annullamento del lodo che deve essere provato dall'attore la circostanza che una parte del vincolo compromissorio sia incapace di agire secondo la legge nazionale a lei applicabile o quella per cui il patto compromissorio è invalido ai sensi della legge a cui le parti l'hanno subordinato ovvero, se le parti nulla hanno stabilito in proposito, secondo la legge tedesca.

Il motivo richiama il n. 1 del primo comma dell'art. 829 del nostro codice di procedura civile, ai sensi del quale è annullabile il lodo reso sulla base di una convenzione arbitrale invalida perché inesistente, nulla o inefficace, ma presenta alcuni profili di diversità.

Innanzitutto, l'invalidità nel modello tedesco è valutabile in base alla legge scelta dalle parti e, in mancanza, in base alla legge nazionale tedesca, mentre il nostro codice non prevede che l'invalidità della convenzione arbitrale possa essere subordinata ad una legge nazionale diversa e scelta dalle parti concordemente.

In secondo luogo, il par. 1059 ZPO richiama, altresì, l'incapacità di agire di una delle parti del patto compromissorio, secondo la legge nazionale ad essa applicabile, a differenza di quanto accade nell'art. 829 c.p.c.¹⁵².

Nella vigenza della normativa anteriore alla riforma del 2006, peraltro, il n. 1 dell'art. 829 prevedeva, quale possibile motivo di annullamento del lodo, la nullità del compromesso e da ciò poteva ricavarsi un'ulteriore importante differenza rispetto alla legge tedesca.

L'incapacità di agire di una delle parti in Italia è motivo di annullamento di un contratto, non già di nullità: se, quindi, il patto compromissorio era stipulato da persona anche

¹⁵² Più precisamente, nel nostro ordinamento il rinvio ad una legge nazionale diversa da quella italiana è consentito nei limiti della Convenzione di Roma del 18 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, vale a dire con esclusivo riguardo ai contratti che presentano caratteri di internazionalità e non per quelli meramente interni.

temporaneamente incapace di agire, ciò era motivo di annullabilità (non di nullità dell'accordo arbitrale), come tale non spendibile di per sé e direttamente in sede d'impugnazione *ex art. 829 c.p.c.*¹⁵³

In tal caso, occorre dapprima annullare il contratto d'arbitrato e, solo successivamente, chiedere la declaratoria d'invalidità per mancanza di un valido patto di arbitrato¹⁵⁴.

A me sembra che questo, ad oggi, non sia più necessario, in considerazione del tenore letterale del combinato disposto degli artt. 829 comma primo n. 1 e 817 terzo comma c.p.c.

A norma di dette disposizioni, è motivo di impugnazione per nullità l'invalidità della convenzione arbitrale, purché la parte eccepisca nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato.

Il fatto che il codice abbia sostituito all'espressione "nullità" quella di "invalidità" è significativo del fatto che anche la mera annullabilità della convenzione arbitrale possa costituire *de plano* motivo d'impugnazione per nullità *ex art. 829 c.p.c.* Credo, infatti, non sia obiettabile che l'espressione "invalidità" debba considerarsi di più ampia di quella di "nullità", e che possa, di conseguenza, ricomprendere tanto i casi di nullità quanto quelli di annullabilità. Ne deriva che, l'invalidità dell'accordo compromissorio stipulato da persona incapace di agire, pur costituendo motivo di annullabilità, è direttamente spendibile come motivo d'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829 primo comma n. 1.

Altro motivo di annullamento del lodo si ha se il ricorrente non è stato informato della nomina di un arbitro o della pendenza del processo arbitrale oppure ancora se gli è stato impossibile far valere i propri diritti nel corso del processo arbitrale. Attraverso questa dicitura si sintetizzano due dei motivi di annullamento del lodo di cui all'art. 829 primo comma, vale a dire i nn. 2 (irrituale costituzione del collegio privato) e 9 (violazione del contraddittorio), giacché la mancata informazione circa la pendenza del processo arbitrale

¹⁵³ D'Alessandro, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. Arb.*, 2001, fasc. n. 3, 570-571.

¹⁵⁴ Ciò era possibile proprio perché pacifico che gli effetti della pronuncia di annullamento di un contratto retroagiscono non solo al momento della proposizione della domanda giudiziale, ma al momento della stipulazione del negozio annullato. Tra gli altri, si veda Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 673. E ciò nonostante che la pronuncia di annullamento sia pur sempre da considerarsi costitutiva: diversamente Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 256, ove si legge che quello di annullamento di un contratto è un giudizio di accertamento negativo del complesso dei rapporti nascenti dal negozio viziato, se del caso cumulo ad un giudizio di ripetizione o restituzione nascente dalla pronuncia di annullamento medesima.

può ritenersi la prima e più rilevante espressione della violazione del diritto di difesa di una delle parti.

Rilevabile solo su istanza di parte è, altresì, il vizio del provvedimento pronunciato su una questione non ricompresa nell'accordo compromissorio¹⁵⁵, vale a dire l'ipotesi della pronuncia *extra compromissum*.

Questa situazione è rinvenibile, nel nostro ordinamento, nel n. 4 del primo comma dell'art. 829 c.p.c., ove si legge che è nullo il lodo che abbia pronunciato su una questione non rientrante nella convenzione arbitrale. Quel che merita osservare (e che, invero, s'intuisce *ictu oculi*) è che il sistema tedesco, a differenza di quello italiano, non prevede la diversa ipotesi della pronuncia *infra compromissum*, vale a dire la situazione in cui gli arbitri abbiano ommesso di pronunciare su una o più domande desumibili dal patto compromissorio. Detta fattispecie, come noto, è prevista, invece, al n. 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.

Come efficacemente osservato¹⁵⁶, detta omissione non è priva di una sua logica, dal momento che non si vede dove sia conveniente annullare un lodo che abbia deciso correttamente su alcune delle questioni sottoposte agli arbitri, solo perché alcune altre questioni non sono state decise, benché previste nell'accordo compromissorio. Il fatto che i giudici privati non abbiano adempiuto completamente al loro dovere è cosa sicuramente biasimevole e, come tale, passibile di determinare un'azione per inadempimento contrattuale nei loro confronti, ma ciò non giustifica in alcun modo che si proceda alla caducazione dell'intero lodo, *in primis* delle parti di esso che abbiano deciso su questioni rientranti nel patto compromissorio. Sia esigenze di economia processuale, sia ragioni di tutela delle parti compromittenti impongono di far salve le parti del lodo che abbiano deciso su questioni rientranti nella convenzione arbitrale¹⁵⁷.

Ultimo motivo rilevabile solo su istanza di parte è quello ricavabile dal fatto che la costituzione del collegio arbitrale o il processo arbitrale stesso non sono conformi alle prescrizioni del relativo libro della ZPO o a quanto pattiziamente stabilito dalla parti, purché detta inosservanza abbia influito sul contenuto della decisione arbitrale.

¹⁵⁵ Se tale capo può essere scisso dai restanti capi del lodo, beninteso, solo quello esorbitante può essere annullato.

¹⁵⁶ D'Alessandro, *op. ult. cit.*, 571.

¹⁵⁷ Non è un caso che il codice tedesco preveda la scindibilità dei capi del lodo e, quindi, la salvezza di quelli validamente pronunciati e scindibili da quelli caducati.

L'equivalente nel sistema italiano di tale motivo è costituito dai nn. 2 (irrituale costituzione del collegio arbitrale¹⁵⁸) e 7 (inosservanza delle regole di disciplina del processo fissate dalle parti sotto sanzione di nullità) del primo comma dell'art. 829 c.p.c.

Anzi, ad oggi, in seguito alla riforma del 2006, può affermarsi la precisa coincidenza delle disposizioni in questione. Precedentemente, infatti, rilevava la sola violazione delle regole fissate dal codice per i processi ordinari come passibili di sanzione di nullità e non qualsiasi violazione di regole processuali, benché fissate dalle parti pattiziamente. La disposizione della ZPO, pertanto, ha un ambito applicativo esattamente coincidente con quello dell'omologa disposizione contenuta nell'art. 829 del codice di rito italiano, con la sola precisazione, però, che detta inosservanza deve aver influito sul contenuto del lodo.

Passando ora ai motivi di annullamento rilevabili d'ufficio, la disamina deve prendere le mosse dalle due situazioni in cui ciò è possibile: l'incompromettibilità, secondo il diritto tedesco, dell'oggetto della controversia e il fatto che il riconoscimento o l'esecuzione (*Anerkennung oder Vollstreckung*) del lodo conducano ad un risultato contrastante con i principi dell'ordine pubblico.

La prima delle situazioni illustrate richiama un'ipotesi che, nel nostro ordinamento, viene tradizionalmente inquadrata come fattispecie determinante l'inesistenza del lodo e, quindi, spendibile non necessariamente in sede d'impugnazione per nullità, ma in qualsiasi sede e in qualsiasi momento¹⁵⁹.

Come ricavabile dal par. 1059, abs. 2 lett. a) ZPO, invece, l'ordinamento tedesco qualifica la fattispecie di *Unwirksamkeit* (cioè di lodo pronunciato su diritti indisponibili) come situazione passibile di portare all'annullabilità del lodo mediante il rimedio dell'*Aufhebungsantrag* oppure in sede di declaratoria di esecutività del lodo, quale motivo ostativo alla sua concessione. Certamente non si tratta di vizio spendibile in ogni sede e in ogni momento senza preclusioni¹⁶⁰.

¹⁵⁸ In parte coincidente con il motivo precedentemente illustrato.

¹⁵⁹ Tra gli altri, Bove, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1997, 534 e ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 360-361 e Nela, *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1381 e ss.

¹⁶⁰ La normativa previgente alla riforma non contemplava espressamente l'ipotesi della *Unwirksamkeit*, in virtù del fatto che, in una simile ipotesi, l'*Aufhebungsklage* non avrebbe avuto, come invece usualmente ha, efficacia costitutiva, ma soltanto efficacia di accertamento dell'incapacità originaria del lodo a produrre effetti giuridici. E' noto, infatti, che l'*Aufhebungsklage* privava il lodo degli effetti giuridici che gli erano riconosciuti, quale *res iudicata*, subito dopo la sua pronuncia. La dottrina, però, riteneva che detto rimedio avrebbe potuto spendersi anche avverso il lodo *unwirksam*, così come i normali mezzi d'impugnazione potevano spendersi avverso le sentenze

La seconda situazione che conduce all'annullabilità del lodo anche d'ufficio si ha, come detto, ove il riconoscimento e l'esecuzione del lodo (*Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs*) conducano ad un risultato contrastante con l'ordine pubblico.

La dottrina tedesca rileva che la funzione che l'ordine pubblico assolve in questo contesto è analoga a quella di cui al par. 328 n. 4 ZPO per il riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere¹⁶¹ e sottolinea che l'esame sulla conformità all'ordine pubblico, *ex officio* posto in essere dal giudice dell'*Aufhebungsantrag*, non può risolversi in un inammissibile riesame nel merito della decisione degli arbitri (a differenza di quanto avviene per le sentenze straniere).

Si deve, comunque, ricordare che, secondo quanto dispone il par. 1060 ZPO, i motivi di annullamento del lodo arbitrale rilevabili d'ufficio (vale a dire, l'incompromettibilità della controversia e la contrarietà all'ordine pubblico) possono anche essere spesi come causa ostativa alla concessione dell'*exequatur*, ancorché non sia stata proposta l'azione di cui al par. 1059 ZPO¹⁶². Diversamente, invece, non si possono invocare i motivi di annullamento non rilevabili d'ufficio quale ragione ostativa dell'*exequatur* nel caso in cui sia decorso invano il termine per la proposizione dell'*Aufhebungsantrag*¹⁶³.

inesistenti (Schlosser, , in Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Aufl., Tübingen, 281). Tale soluzione dottrinale è stata recepita, come si può vedere dalle scelte codicistiche della riforma.

¹⁶¹ Geimer, in Zöller, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2001, 2424; Henn, *Schiedsverfahrenrecht*, Heidelberg, 2000, 189 e Roth, *Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Bielefeld, 1967, 15, ove viene spiegato che il controllo sul rispetto dell'ordine pubblico riguarda le decisioni giurisdizionali straniere, tra le quali rientrano anche i lodi arbitrali interni ed esteri. Mentre le sentenze straniere sono frutto di autorità giurisdizionali, le seconde sono fondate al loro autorità sul patto compromissorio: entrambe, però, sono decisioni straniere se considerate dalla prospettiva dell'ordinamento statale tedesco. In tal caso, l'ordine pubblico funge da filtro per le decisioni che contrastino con i capisaldi dell'ordinamento statale ricevente. In tema si veda anche Schwab-Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 2000, 263.

¹⁶² Ciò non vale, s'intende, se l'azione è stata proposta e la relativa domanda rigettata.

¹⁶³ Afferma il par. 1060 ZPO, rubricato *Inländische Schiedssprüche* (lodo interno), che "*die Zwangsvollstreckung findet statt, wenn der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt ist. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Aufhebungsgründe sind nicht zu berücksichtigen, soweit im Zeitpunkt der Zustellung des Antrags auf Vollstreckbarerklärung ein auf sie gesützter Aufhebungsantrag rechtskräftig abgewiesen ist. Aufhebungsgründe nach § 1059 Abs. 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne dass der Antragsgegner einen Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs gestellt hat* (l'esecuzione forzata può aver luogo quando il lodo è stato dichiarato esecutivo. Il ricorso per l'ottenimento dell'*exequatur* è rigettato se sussiste uno dei motivi di annullamento del lodo di cui al § 1059 Abs. 2. Tali motivi non sono presi in considerazione se al tempo della proposizione della domanda di esecutività un'*Aufhebungsantrag* fondata sulla presenza di tali vizi è stata rigettata con sentenza passata in giudicato. Anche i motivi di annullamento del lodo di cui al § 1059 Abs. 2 n. 1 non sono presi in considerazione se è decorso il termine di cui al § 1059 Abs. 3 senza che la parte che si oppone alla declaratoria di esecutività del lodo abbia proposto l'*Aufhebungsantrag*").

Si tratta ancora di disposizione analoga a quella prevista per la concessione dell'exequatur alla sentenza straniera, dal momento che il par. 723 secondo comma ZPO stabilisce che l'esecutività non è accordata se la sentenza straniera non è riconoscibile ai sensi del par. 328¹⁶⁴.

8. Segue: c) il rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio.

Veniamo, dunque, con specifico riguardo al sistema elaborato nell'ordinamento tedesco, ad individuare il profilo che più coinvolge la presente indagine, vale a dire quello del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio nell'*Aufhebungsantrag*.

Il quarto comma del par. 1059 ZPO stabilisce che il giudice, una volta annullato il lodo, rimette la causa agli arbitri per la decisione di merito se almeno una delle parti lo richiede.

Da ciò si desume chiaramente che il giudizio formulato dal giudice statale è esclusivamente indirizzato alla caducazione o meno del lodo, ad un controllo meramente esterno e dal carattere marcatamente cassatorio, vale a dire teso soltanto alla caducazione dell'efficacia di *res iudicata* attribuita per errore ad una pronuncia privata viziata. Ne deriva che non è postulabile una decisione nel merito della causa da parte del giudice statale dopo l'annullamento della pronuncia privata. Se, da una parte, si esclude il giudizio rescissorio del giudice statale, dall'altra si ammette che la salvezza della decisione arbitrale possa arrivare solamente da una nuova decisione degli arbitri. La necessità o meno di addivenire ad una pronuncia sostitutiva, pertanto, è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice statale, ma, nel caso in cui tale eventualità si realizzi, la nuova decisione può essere esclusivamente frutto di giudici privati, purché almeno una delle parti ne faccia richiesta.

E' evidente la notevole differenza che intercorre tra questa disciplina e quella elaborata nel nostro ordinamento all'art. 830 c.p.c., ove vengono elencate una serie di ipotesi nelle quali la pronuncia rescissoria, successiva all'annullamento del lodo, è rimessa alla stessa autorità giudiziaria che ha portato alla caducazione del *dictum* privato.

La scelta del legislatore italiano, peraltro, è stata quella di consentire una deroga patrizia a tale opzione, facendo in modo che, se le parti lo abbiano previsto nella convenzione arbitrale o in accordo successivo, il giudizio rescissorio sia rimesso agli arbitri. Non si rinviene,

¹⁶⁴ "Est ist nicht zuserlassen, wenn die Anerkennung des Urteils nach § 328 ausgeschlossen ist".

invece, disposizione analoga, pur se rovesciata, nel sistema tedesco, dal momento che nessuna norma abilita le parti compromittenti a consentire che il giudizio sostitutivo spetti, anziché agli arbitri, al giudice statale che portato all'annullamento della pronuncia privata.

Al contrario, nel par. 1059 ZPO, la volontà delle parti, *rectius* di una delle parti, rileva soltanto al fine di poter riportare la causa di fronte agli arbitri per l'adozione della pronuncia rescissoria: anzi, è in tal senso indispensabile, in quanto unico veicolo per giungere all'adozione di una nuova pronuncia.

Del resto, come espressamente stabilisce il quinto comma del par. 1059 ZPO, l'annullamento del lodo lascia sopravvivere l'efficacia della convenzione d'arbitrato relativamente all'oggetto della controversia: con la conseguenza che le parti risultano ancora vincolate dal patto compromissorio e, quindi, è sufficiente che una delle parti ne richiami l'esistenza e la vincolatività per far sì che anche l'altra affronti un nuovo processo arbitrale e risulti destinataria degli effetti della decisione scaturitane¹⁶⁵.

Del resto, il quinto comma del par. 1059 ZPO stabilisce che il patto compromissorio rimane in vigore, nonostante sia intervenuto l'annullamento del lodo, anche in caso di dubbio ("*im Zweifel*"). Si tratta, però, di capire cosa s'intenda allorché si afferma che, nel dubbio, a seguito della caducazione in sede di *Aufhebungsantrag*, si considera sempre valida la convenzione d'arbitrato.

Questa previsione si pone in chiara sintonia con le scelte recentemente operate dal legislatore italiano in sede di riforma della disciplina arbitrale, in considerazione del fatto che l'art. 808 *quinquies* oggi prevede che "*la conclusione del processo arbitrale senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato*". Rientra in tale generale previsione anche l'ipotesi in cui il lodo di merito sia stato annullato in esito al giudizio d'impugnazione per nullità e, quindi, la decisione sia stata caducata.

La disposizione tedesca, dal canto suo, esprime un evidente *favor arbitrati*, dacché evidenzia che, anche in caso di dubbio, l'annullamento del lodo non pregiudica la perdurante vigenza della convenzione arbitrale.

Come efficacemente osservato, nella traduzione ufficiale francese si riprende la medesima espressione, vale a dire "*en case de doute*"; la versione ufficiale inglese, al contrario, usa la

¹⁶⁵ Si noti che questa disposizione mette fine alla *querelle* che si era sviluppata in Germania, sotto la vigenza della pregressa disciplina, risolta dalla dottrina maggioritaria nel senso che l'annullamento del lodo provocava anche la caducazione del patto compromissorio. Sul punto si rinvia a Schwab-Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 235-236.

diversa espressione "*in the absence of any indication to the contrary*", ovvero salvo che le parti non abbiano disposto nulla in senso contrario.

Or bene, è proprio quest'ultima l'interpretazione preferita dalla dottrina tedesca, la quale legge "*im Zweifel*" non come "*in caso di dubbio*", ma come "*salvo che nulla sia stato disposto in contrario*"¹⁶⁶. Il patto compromissorio rimane in vita, a seguito dell'annullamento del lodo, se le parti non hanno disposto diversamente, prevedendone la perdita di efficacia.

Una parte della dottrina tedesca¹⁶⁷, analogamente a quanto afferma la prevalente dottrina italiana alla luce delle nuove regole sull'arbitrato, afferma che la permanenza in vigore della convenzione arbitrale (ai sensi del poc'anzi richiamato par. 1059 quarto comma ZPO) postuli la creazione di un nuovo collegio giudicante, diverso dal precedente, dal momento che gli arbitri, il cui lodo è stato annullato, hanno ormai esaurito la loro funzione.

Altra parte della dottrina¹⁶⁸, invece, ritiene che la decisione debba essere rimessa proprio agli stessi arbitri che hanno formulato la prima pronuncia, i quali, investiti del nuovo intervento a seguito dell'annullamento, dovranno svolgere un nuovo giudizio alla luce della ragione che ha portato alla caducazione del lodo precedentemente reso. Si tratterebbe, in buona sostanza, di un'eccezionale ipotesi di prosecuzione del potere decisionale degli arbitri, in quanto non esauritosi con la pronuncia del primo lodo.

A parere di chi scrive, anche per quanto già detto in precedenza, pare più convincente la tesi che rimette ad un nuovo collegio arbitrale la decisione sostitutiva, così come più in generale accade per tutti i giudizi di rinvio, rimessi ad un giudice di pari grado, ma diverso, rispetto a quello che ha reso la pregressa pronuncia.

Questo meccanismo di rimessione del giudizio ad un nuovo collegio arbitrale, tuttavia, incontra dei limiti strutturali, giacché si presentano delle situazioni nelle quali non è possibile che un meccanismo di tal fatta possa avere piena operatività, dacché non è ontologicamente possibile un rinvio agli arbitri per la decisione di merito.

Si tratta delle ipotesi in cui la causa è incompromettibile e di quella in cui il patto compromissorio è stato siglato da soggetto incapace di agire.

¹⁶⁶ Tra gli altri, Henn, *op. ult. cit.*, 190 e Schwab-Walter, *op. ult. cit.*, 279. In Italia il tema è ripreso da Bove, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1998, 691.

¹⁶⁷ Walter, *op. ult. cit.*, 684.

¹⁶⁸ Schwab-Walter, *op. ult. cit.*, 279.

Nel primo caso (incompromettibilità della lite) è intuitivo considerare la totale impossibilità di deferire la controversia al giudizio degli arbitri per due motivi: innanzitutto, perché manca un valido patto compromissorio (in quanto l'originario, stipulato su materia incompetibile, deve ritenersi inesistente) e, in secondo luogo, perché l'inarbitrabilità della lite implica l'impossibilità che essa sia rimessa ad un nuovo collegio giudicante privato. Allo scopo di ottenere una pronuncia nel merito, non resta, quindi, che rivolgersi all'autorità giurisdizionale dello Stato.

Lo stesso può dirsi per l'ipotesi dell'invalidità dell'accordo compromissorio dovuta ad incapacità di una delle parti, in quanto in questo caso si rischierebbe di cadere in una sorta di "circolo vizioso". Se nuovi arbitri dovessero decidere nel merito una lite oggetto di compromesso stipulato da un soggetto incapace, la nuova pronuncia privata risulterebbe pur sempre passibile di annullamento a mezzo dell'*Aufhebungsantrag*. In tal caso, infatti, il rimedio in questione potrebbe essere speso per il medesimo vizio e si tornerebbe alla caducazione del lodo già in precedenza annullato. Se fosse ammissibile un meccanismo di questo tipo non sarebbe possibile giungere da una decisione definitiva e insuscettibile d'impugnazione: anche in tale situazione, pertanto, sembra più ragionevole rimettere la decisione di merito agli organi giudiziari dello Stato.

Si può ancora considerare che, sulla base del disposto del quinto comma del par. 1059 ZPO, salvo che non sia diversamente stabilito dalle parti, la convenzione arbitrale preserva la sua efficacia e, quindi, la necessità che il giudizio sia rimesso agli arbitri si ha tanto nel caso in cui detto intervento sia stabilito dal giudice dell'annullamento del lodo, quanto nel caso in cui questi nulla abbia disposto e si sia limitato alla caducazione della pronuncia degli arbitri. In quest'ultimo caso, tuttavia, anche la dottrina che non condivide l'idea che sia necessario investire della questione un nuovo collegio arbitrale¹⁶⁹, pacificamente considera necessario rivolgere la domanda ad un nuovo collegio arbitrale. Nell'ottica fatta propria da questa dottrina, infatti, occorre tener ben distinte le due situazioni. Se c'è stato annullamento con rinvio, il giudizio viene rimesso agli stessi arbitri che hanno deliberato il lodo annullato, proprio per permettere loro di riparare agli errori commessi e rendere, così, una pronuncia immune da vizi: ciò in adempimento agli obblighi contrattualmente assunti tramite lo *Schiedsrichtervertrag*.

Nel caso di caducazione senza rinvio, invece, non c'è bisogno alcuno di emendare il lodo, dal momento che la pregressa vicenda processuale si è del tutto conclusa ed è stato espunto dall'ordinamento il risultato ultimo di quella precedente attività. Se le parti lo vogliono possono rivolgersi ancora ai giudici privati, ma nulla vincola ad adire gli stessi arbitri: il processo arbitrale così instaurato è nuovo e diverso dal precedente, con la conseguenza che nuovi saranno anche i giudici privati.

Chiaramente questo ragionamento non ha motivo di essere fatto per chi, come lo scrivente, ritiene che, in ogni caso (anche in quello di caducazione del lodo con rinvio), le parti debbano rivolgersi a nuovi arbitri per ottenere una decisione di merito.

Prima di concludere questa, pur breve, disamina del sistema tedesco, ci sia consentito fare un richiamo alla possibilità di rinuncia all'*Aufhebungsantrag* ed all'eventuale successivo giudizio rescissorio¹⁷⁰.

Occorre, in proposito, distinguere la natura dei vizi che possono giustificare il ricorso a detto rimedio. Un conto sono quelli di natura squisitamente privatistica (rilevabili solo su eccezione di parte ai sensi del n. 1 del secondo comma del par. 1059 ZPO), un conto quelli di rilievo pubblicistico (di cui al n. 2 del secondo comma del par. 1059 ZPO).

Per i primi la rinuncia sembra francamente praticabile con agevolezza: se le parti vogliono rinunciare all'*Aufhebungsantrag* e all'eventuale giudizio rescissorio che ne segue, non si vede come possa esservi ostacolo. Si tratta, infatti, di motivi d'impugnazione la cui spendita è rimessa al discrezionale esercizio delle parti che, di conseguenza, possono anche rinunciare a farli valere e ad ottenere una pronuncia sostitutiva.

Per i motivi d'impugnazione di carattere pubblicistico, al contrario, non sembra possibile ipotizzarne la rinuncia, non foss'altro per il fatto che si pongono a presidio di interessi di carattere collettivo e meta individuale, la cui tutela deve ritenersi non subordinata alla discrezione delle parti. Del resto, a conferma di tale assunto si può addurre la circostanza che la loro sussistenza può essere oggetto di rilievo officioso anche in sede di concessione dell'*exequatur*.

¹⁶⁹ Schwab-Walter, *op. ult. cit.*, 279, ma anche Voit, in Musielak, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, München, 2000, 2161.

¹⁷⁰ S'intende far riferimento alla possibilità di rinuncia successiva all'emanazione del lodo e, quindi, in pendenza del giudizio di annullamento ed in costanza del medesimo.

9. Il sistema anglosassone: a) *la revisione del lodo in generale.*

Una puntuale disamina del modello anglosassone si rivela fondamentale per due diversi profili: innanzitutto, perché ci consente di valutare e confrontare le soluzioni adottate da un ordinamento con caratteri molto diversi dal nostro, ma anche e soprattutto perché le scelte ivi operate, in particolar modo in relazione al rapporto tra fase rescindente e rescissoria di revisione del lodo arbitrale, si segnalano per spiccata originalità.

Prendendo le mosse da considerazioni di carattere generale ed introduttivo, le *sections* 67-73 dell'*Arbitration Act* del 1996 codificano in modo esaustivo e completo la disciplina dei gravami del lodo arbitrale, individuati nell'impugnazione per carenza di *substantive jurisdiction* (*sec.* 67), nell'impugnazione per seria irregolarità riguardante il tribunale, il procedimento e/o il lodo (*sec.* 68) e nell'appello per errori di diritto (*sec.* 69).

Tratti comuni di questi rimedi sono il previo esperimento dei mezzi di correzione o degli strumenti arbitrali di *review* o di appello previsti dalla stessa convenzione d'arbitrato, il termine per impugnare pari a 28 giorni (decorrenti dalla data di adozione del lodo o dei provvedimenti di secondo grado previsti dalla convenzione arbitrale e senza che vi sia, salvo eccezioni¹⁷¹, sospensione dell'esecutività della pronuncia privata) e la possibilità che la Corte richieda, in caso di insufficiente motivazione, al tribunale arbitrale una più dettagliata esposizione delle ragioni della decisione¹⁷².

Accanto a questi punti di contatto, tuttavia, esistono diversi profili differenziali tra i gravami in questione, in particolare tra i due *challenges* e l'*appeal on point of law*.

Pertanto, mentre le norme sui *challenges* statuiscono perentoriamente l'irrinunciabilità al rimedio ad opera delle parti, la *section* dedicata all'*appeal* concede ai litiganti tale possibilità. Inoltre, mentre le decisioni rese in sede di *challenge* sono a loro volta impugnabili secondo le regole ordinarie, la sentenza emessa in sede di appello è passibile di revisione da parte della *Court of Appeal* solo in casi particolarmente limitati e non è un caso che il potere di riesame

¹⁷¹ Essenzialmente, ai sensi della *sec.* 66, nel solo caso di gravame per difetto di competenza, allorché "*the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make the award*", purché non sia decaduta dal potere di far valere il difetto di giurisdizione.

¹⁷² Si tenga presente che la dottrina inglese ha sollevato dubbi sull'obbligo motivazionale additivo del tribunale arbitrale nel caso in cui ciò sia richiesto in sede di *challenge* (i.e., impugnazione per difetto di giurisdizione o per seria irregolarità), dal momento che non si vede perché si debba imporre ad arbitri che non vi erano vincolati di approfondire in maniera ulteriormente esaustiva la motivazione della propria pronuncia. A tal fine, si è detto che tale

del giudice del *challenge* sia molto più ampio di quello del giudice d'appello, potendosi basare anche su una nuova ricostruzione dei fatti già sottoposti al vaglio arbitrale¹⁷³.

Ancora, deve essere rilevato come l'esperibilità di un motivo di *challenge* sia subordinata ad una previa tempestiva rilevazione endoprocessuale in corso di arbitrato, laddove l'errore di diritto può essere speso come motivo di gravame senza onere alcuno di previa contestazione. Sul punto è chiaro il legislatore anglosassone, allorché assoggetta il vizio di “*seria irregolarità*” e di “*difetto di giurisdizione*” ad un regime di rilevabilità endoprocedimentale molto rigido: se l'interessato ha preso parte al processo, deve eccepire, immediatamente o nei termini previsti, il difetto di giurisdizione o la seria irregolarità, salva la possibilità di un'eccezionale rimessione in termini nel caso in cui dimostri di non essere venuto a conoscenza del vizio incolpevolmente; se, invece, è rimasto estraneo al giudizio, i vizi in questione potranno essere spesi per la prima volta con l'atto d'impugnazione entro 28 giorni dall'adozione del lodo.

Ma fortemente limitato pare anche l'*appeal on point of law*, giacché possibile per i soli errori di diritto, ma ulteriormente circoscritto, sotto quest'ultimo profilo, dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che esso è impiegabile per i soli casi di errore evidente o nelle ipotesi in cui si ritenesse coinvolto l'interesse pubblico alla determinazione giurisdizionale di una questione controversa¹⁷⁴. Si tratta, infatti, di distinguere i cc.dd. “*one-off cases*”, in cui la decisione di diritto incide solo sull'interesse particolare delle parti ed è, quindi, possibile solo se il lodo è manifestamente sbagliato, dai cc.dd. “*general cases*”, in cui si prospetta come più agevole il ricorso all'appello, in quanto è opportuno un intervento chiarificatore dell'autorità giudiziaria, che metta luce su una questione passibile di coinvolgere l'interesse pubblico.

Di conseguenza, l'*Arbitration Act* del 1996 ne ha limitato l'esperibilità ai casi di decisione arbitrale “*palesamente errata*” o che presti il fianco a serie perplessità, purché, però, la questione abbia valenza generale e rivesta pubblica importanza (*sec. 69*)¹⁷⁵. Non a caso, la

integrazione motivazionale possa essere richiesta solo allorché sussistesse in maniera inequivoca l'obbligo arbitrale di motivare adeguatamente. Sul punto, Merkin, *Arbitration Act 1996*, London, 2000, 153.

¹⁷³ Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, 770.

¹⁷⁴ S'intende far riferimento, in particolare, ai *reasonings* del giudice Diplock volti ad assicurare al lodo la *finality* che il legislatore del 1979 gli ha inteso garantire: sul punto, Merkin, *op. ult. cit.*, 149.

¹⁷⁵ Si veda, però, il caso *CMA CGM SA v. Beteiligungs-Kommanditgesellschaft MS “The Northern Pioneer” Schiffahrtsgesellschaft mbH & Co and Ors* [2003] 1 WLR 1015, 1038 e ss., ove la Court of Appeal ha consentito l'*appeal on point of law* in un caso che Lord Diplock non avrebbe qualificato come “*strong prima facie case that the arbitrator was wrong*”, vale a dire nell'ipotesi in cui il lodo, pur deliberato a maggioranza, aveva visto il netto contrasto di posizioni tra arbitri di equivalente esperienza.

Corte può conoscere dell'appello se la determinazione di diritto incide su diritti delle parti in modo sostanziale, se si tratta di questione oggetto di richiesta di giudizio agli arbitri, ma anche se ritenuta “*just and proper*”.

Se ne ricava, in buona sostanza, l'immagine di un rimedio del tutto peculiare, che, se per certi versi appare simile al nostro appello, ne è sostanzialmente diverso, in quanto di fatto a critica circoscritta, chiuso a qualsiasi rilevanza dell'errore di fatto commesso dagli arbitri¹⁷⁶ e, quanto meno nell'ipotesi in cui risponda ad esigenze pubblicistiche, del tutto eccezionale e tale da poter essere accostato, con tutti gli opportuni temperamenti del caso, all'*appeal* dinnanzi all'*House of Lords*.

10. Segue: b) il possibile esito della *variation*.

Per cogliere meglio l'aspetto che qui più interessa del modello anglosassone, occorre chiedersi se sia possibile anche in quel sistema un'articolazione tra giudizio rescindente e rescissorio come avviene nella nostra impugnazione per nullità e, pertanto, diviene necessario concentrare la riflessione sui possibili esiti del giudizio d'impugnazione.

I tre rimedi impugnatori previsti dall'*Arbitration Act* del 1996 danno vita ad esiti piuttosto variegati. Nel caso d'impugnazione per difetto di giurisdizione, infatti, occorre distinguere a seconda che essa si indirizzi contro una decisione di rito oppure anche di merito: nel primo caso il *challenge* potrà portare alla conferma, alla variazione o all'annullamento totale o parziale del lodo, nel secondo, invece, assumerà i connotati di un mero *order* o di un provvedimento dichiarativo dell'inefficacia totale o parziale del lodo¹⁷⁷. Nel caso d'impugnazione per seria irregolarità, così come nell'appello, la Corte potrà annullare il lodo e rimetterlo al collegio arbitrale per una riconsiderazione¹⁷⁸. L'appello, infine, offre un

¹⁷⁶ Giacché esperibile solo “*on a question of law arising out of an award made in the proceedings*”.

¹⁷⁷ Anche se non dovrebbe esserci grossa differenza tra annullamento e mera declaratoria d'inefficacia del lodo, giacché in entrambi i casi l'arbitrato continua o rivive. Si è detto, però, che, mentre il provvedimento che dichiara l'inefficacia del lodo consente alla Corte che sia convinta dell'insussistenza della competenza del collegio arbitrale d'intervenire essa stessa con efficacia vincolante su tale punto, con il diverso ordine di *setting aside* il giudice statale dovrebbe limitarsi al solo giudizio rescindente. In quest'ultimo caso, gli arbitri potrebbero rivedere (chiaramente anche in senso difforme) la questione della loro competenza, in quanto non vincolati dalla decisione giudiziale. Si veda, sul punto, Aeberli, *Jurisdictional disputes under the Arbitration Act 1996: a procedural route map*, in *Arb. Int.*, 2005, vol. 21, n. 3, 268 e ss.

¹⁷⁸ Con la precisazione, esplicitamente effettuata nel caso di appello, che la *reconsideration* deve avvenire alla luce della determinazione del giudice statale: aspetto questo che avvicina la scelta del legislatore inglese a quella del

ventaglio di soluzioni alquanto ampio, dacché può concludersi con un provvedimento di conferma, di variazione, di mero annullamento o di annullamento con remissione.

Ma si tratta, come emerge *ictu oculi*, di soluzioni alquanto originali e singolari anche nel panorama comparativistico.

L'art. 34 della legge modello UNCITRAL, infatti, prevede che il giudice dell'impugnazione possa solo annullare il lodo e che, al più, possa sospendere il processo onde consentire agli arbitri di riaprire il giudizio, correggere e completare il lodo (in modo, così, da evitarne l'annullamento). In questo caso, però, si tratta di operazione preliminare a qualsiasi censura del giudice dell'impugnazione e, pertanto, diversa dalla *remission* inglese. Ne segue che il meccanismo più prossimo al modello inglese, in questo senso, forse è, con tutti i dovuti temperamenti del caso, quello proprio al già esaminato sistema tedesco, ove il giudice, nei casi in cui ciò risulti appropriato, può rinviare la causa agli arbitri, su richiesta di una delle parti e, comunque, dopo l'annullamento del lodo¹⁷⁹.

Il primo dei possibili variegati sbocchi previsti dall'*Arbitration Act* del 1996 e che deve essere preso in esame è la c.d. *variation*, figura del tutto estranea alla quasi totalità degli ordinamenti europei che, come il nostro, contemplan solo l'annullamento totale o parziale del lodo come possibile esito dell'impugnazione, eventualmente con rimessione del giudizio rescissorio agli arbitri¹⁸⁰.

Nel caso di *variation*, la Corte, adita con un *challenge* per difetto di giurisdizione o con un *appeal* per errore di diritto, può pretermettere il provvedimento ablativo del lodo: la decisione statale, in altri termini, svuota di contenuto l'*award*, ma diventa parte integrante dello stesso, con ciò salvando, anche se solo apparentemente, l'originaria opzione arbitrale.

La *ratio* di tale opzione può forse rinvenirsi nelle ipotesi che giustificano il ricorso ai rimedi in questione, vale a dire il difetto di giurisdizione e l'errore di diritto, che meglio si attagliano ad una variazione del lodo direttamente operata dal giudice dell'impugnazione, ma parte integrante della pronuncia arbitrale. Più che altro, però, a promuovere questa soluzione, nell'intento del legislatore interviene anche la volontà di preservare validità alla convenzione

codice di procedura civile italiano, ove, all'art. 384, si prevede che il giudice del rinvio debba attenersi al principio di diritto enunciato dalla Cassazione.

¹⁷⁹ Non è, però, del tutto appropriato un parallelo tra il modello tedesco e il variegato spettro delle soluzioni inglesi (si pensi anche solo alla *variation*), dal momento che, comunque, anche in Germania la remissione, pur successiva alla decisione del giudice statale, segue pur sempre ad una pronuncia vera e propria di annullamento.

¹⁸⁰ Si pensi al sistema francese, a quello belga o a quello svizzero.

arbitrale. Se il vizio è un difetto di *substantive jurisdiction* o la risoluzione di una questione di diritto, la giustizia statale può prestare il suo intervento modificatore per preservare l'originaria scelta di ricorso alla giustizia privata. Se, però, il mezzo d'impugnazione rivelasse vizi di maggior gravità¹⁸¹, il giudice statale non potrebbe mettere a disposizione sue energie per far salva la pronuncia privata e dovrebbe optare per una più radicale decisione di annullamento o d'inefficacia o ancora per un'eventuale rimessione al giudice privato (ma in esito ad una previa caducazione del provvedimento).

Risulta evidente che la *variation* serba in sé un profilo positivo ed uno negativo. Di positivo c'è, senz'altro, il risparmio di denaro e di tempo che la soluzione comporta rispetto alla necessità di dover previamente ricorrere ad una pronuncia meramente ablativa; di negativo, però, c'è il fatto che la pronuncia in questione è frutto di una sorta d'ingerenza dell'autorità giudiziaria statale nelle vicende del processo privato, così che, in definitiva, si ha un lodo che, pur formalmente opera dei giudici privati, è largamente dovuto ad un *non contractual judge*.

Bisogna riconoscere, tuttavia, che l'esautoramento del collegio arbitrale non è totale, dal momento che la *variation* si può esercitare se implichi il mero rilievo dell'errore di diritto, senza scendere a sindacare la valutazione di merito dei giudici privati. In altri termini, condizioni del potere di *variation* sono: che gli arbitri abbiano individuato tutti i fatti alla base della questione di diritto e che la decisione finale scaturisca senza bisogno di procedere ad integrazione probatoria, a nuove ricostruzioni dei fatti o all'esercizio di poteri discrezionali e decisorii. In caso contrario, infatti, sarebbe più logico aprire la strada alla remissione o all'annullamento¹⁸².

Di solito la *variation* è utilizzata per far fronte ad errori di computo degli arbitri¹⁸³ e, in tal senso, è rimedio molto più simile alla nostra correzione del lodo (art. 826 c.p.c.) che non

¹⁸¹ Si pensi, tra i molti, ad una seria irregolarità provocata da cattiva amministrazione del processo da parte del collegio giudicante privato.

¹⁸² Rhidian Thomas, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards*, London-New York-Hamburg-Hong Kong, 1994, 213.

¹⁸³ *Shipping Corporation of India Ltd v. NSB Niederelbe Schiffahrtsgesellschaft m.b.H. & Co. (The Black Falcon)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 77, 81; *Etablissement Soules et Cie v. Intertradex S.A.* [1991] 1 Lloyd's Rep. 378, 383; *Sealace Shipping Co. Ltd. v. Oceanvoice Ltd. (The Alecos M)* [1990] 1 Lloyd's Rep. 82, 85; *ATIS Maritime Corporation v. Petroleos del Mediterraneo S.A. (The Batis)* [1990] 1 Lloyd's Rep. 345, 353; *Vagres Compania Maritima S.A. v. Nissho-Iwai American Corporation (The Carin Vatis)* [1988] 2 Lloyd's Rep. 330 (C.A.); *Practer & Gamble Philippine Manufacturing Corpn. v. Kurt A. Becher G.m.b.H. & Co. K.G.* [1988] 1 Lloyd's Rep. 88, [1988] 2 Lloyd's Rep. 21 (C.A.); *K/S Arnt J. Moerland v. Kuwait Petroleum Corporation (The Fjordaas)* [1988] 1 Lloyd's Rep. 336; *Colonial Bank (now Bank of Boston Connecticut) v. European Grain & Shipping Ltd. (The Dominique)* [1987] 1 Lloyd's Rep. 239; [1988] 1 Lloyd's Rep. 215 (C.A.); [1989] 1 Lloyd's Rep. 431 (H.L.); *Marc Rich & Co Ltd. v. Tourlotti Compania Naviera S. A. (The Calliopi A)* [1987] 2 Lloyd's Rep. 263; *Vargas Pena Apezteguia y Cia*

all'impugnazione per nullità, eccezion fatta, naturalmente, per il profilo della competenza. Come noto, infatti, nel nostro ordinamento, in prima battuta, il potere di correzione non spetta al giudice dell'impugnazione, ma agli stessi arbitri a cui, ai sensi del primo comma dell'art. 826 c.p.c., le parti interessate debbono rivolgersi entro un anno dalla comunicazione del lodo: solo se il lodo sia stato, per altro motivo, impugnato, è possibile chiedere al giudice dell'impugnazione la correzione dello stesso (ultimo comma dell'art. 826 c.p.c.). Nel sistema inglese, al contrario, la competenza a correggere eventuali errori di calcolo degli arbitri spetta proprio al giudice dell'impugnazione, che può provvedervi in sede di *variation*.

In ogni caso, questo tipo di soluzione può essere adottata anche in altre situazioni, quale quella in cui la nuova statuizione in punto di diritto può essere agevolmente applicata tenendo conto delle valutazioni in punto di fatto già svolte dal collegio arbitrale, in quanto al giudice dell'impugnazione, in tal caso, è dato di limitarsi ad un "*necessary legal adjustment*", mantenendosi entro la ricostruzione fattuale operata dagli arbitri¹⁸⁴.

Ancora, la giurisprudenza anglosassone ha cercato di ampliare ulteriormente l'ambito applicativo del rimedio in esame: così, ad esempio, si è ricorsi a detto strumento anche nel caso in cui il collegio arbitrale, pur avendo correttamente valutato ed argomentato in sede di premessa, non avesse esaustivamente preso in considerazione tutti i diritti del vincitore della causa¹⁸⁵. Trattasi, invero, d'ipotesi di dubbia applicazione, dal momento che una simile soluzione fa dubitare dell'autenticità delle premesse e dell'inattaccabilità della ricostruzione fattuale operata dagli arbitri da parte del giudice della *variation*.

SAIC v. Peter Cremer G.m.b.H. [1987] 1 Lloyd's Rep.394; *President of India v. Lips Maritime Corporation (The Lips)* [1985] 2 Lloyd's Rep., [1987] 1 Lloyd's Rep. 131 (C.A.), [1987] 2 Lloyd's Rep. 311 (H.L.); *Superfos Chartering A/S v. N.B.R. (London) Ltd. (The Saturnia)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 366; *Greenmast Shipping Co. v. Jean Lion et Cie S.A. (The Saronikos)* [1986] 2 Lloyd's Rep. 277; *Société Anonyme Marocaine de l'Industrie du Raffinage v. Notos Maritime Corporation (The Notos)* [1985] 1 Lloyd's Rep. 149, [1985]2 Lloyd's Rep. 334 (C.A.); *Rhwinoel G.m.b.H. v. Huron Liberian Co. (The Concordia C)* [1985] 2 Lloyd's Rep. 55, 58; *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. P & O Bulk Shipping Ltd. (The Discaria)* [1985] 2 Lloyd's rep 489; *President of India v. Olympia Sauna Shipping Co. S.A. (The Ypatia Halcoussi)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 455, 459; *Cargill Inc. v. Marpro Ltd. (The Aegis Progress)* [1983] 2 Lloyd's Rep, 570, 577.

¹⁸⁴ Si rende assai probabile il ricorso alla *variation* nel caso di lodo parziale dichiarativo, che si sia limitato ad accertare l'*an*, ma non abbia affrontato il *quantum* del credito. Si vedano *Dolphin Hellas Shipping S.A. v. Itemslot Ltd.* [1992] 2 Lloyd's Rep. 178; *Paros Shipping Corporation v. Nafta (GB) Ltd. (The Paros)* [1987] 2 Lloyd's Rep. 269 e *Société Anonyme des Minerais v. Grant Trading Inc. (The Ert Stephanie)* 2 Lloyd's rep. 371.

¹⁸⁵ *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Zannis Compania Naviera S.A. (The Tzelepi)* [1991] 2 Lloyd's Rep. 265, ove il tribunale arbitrale aveva compiuto l'errore di non riconoscere l'integrale risarcimento dovuto all'attore, nonostante i fatti di causa lo richiedessero. La Corte statale fece allora opera di *variation*, applicando correttamente le regole di diritto.

Volendo concludere sul punto del rimedio in questione, non può che riflettersi sulla sua assoluta originalità o, fors'anche, oscurità¹⁸⁶, anche sul piano comparativistico.

La soluzione gode sicuramente del pregio dell'economia processuale che comporta un'accelerazione dei tempi di giudizio e un minor impiego di risorse, ma presenta alcuni rilievi critici.

Innanzitutto, è difficile concepire un'unica decisione, quando a determinarla sono due diversi documenti (uno degli arbitri ed uno dei giudici statali) da leggere in correlazione, quasi che la decisione sia data dal lodo, il quale, però, deve essere letto secondo il dispositivo emesso dal giudice statale in sede di *variation*: la cosa, francamente, fa pensare ad un *escamotage* di dubbio valore giuridico, che non permette di conferire un taglio unitario alla statuizione arbitrale¹⁸⁷.

Ma poi c'è un altro rilevante problema di carattere pratico: per il riconoscimento e l'esecuzione all'estero di questa decisione, si deve fare applicazione delle norme sulla circolazione delle sentenze straniere o di quelle della Convenzione di New York sui lodi arbitrali? Il che, in buona sostanza, si traduce nel chiedersi se la decisione finale sia da considerarsi arbitrale (lodo) oppure statale (sentenza)¹⁸⁸.

La dottrina inglese sembra giustamente orientata a considerare pur sempre la decisione finale come una statuizione di giudici privati, pur se essa deve essere letta in sintonia e correlazione

¹⁸⁶ Così Mustill-Boyd, *Commercial Arbitration-2001 companion volume to the second edition*, London, 2001, 617.

¹⁸⁷ Così Aeberli, *Jurisdictional disputes under the Arbitration Act 1996: a procedural route map*, cit., 269, afferma che il rimedio crea incertezza se la determinazione finale sia quella della corte o del tribunale arbitrale (“*whether the determination is that of the court or the tribunal*”), dal momento che non esiste procedura tramite la quale possa procedersi a riscrivere l'originario lodo per conferire effetto alla decisione della corte statale in sede di variazione (“*there being no mechanism for the award to be physically rewritten to give effect to the court's variation*”).

¹⁸⁸ Mustill-Boyd, *op. ult. cit.*, 617, sostiene l'omologia, pur con effetti rovesciati, tra *variation* e *confirmation* del lodo, con la conseguenza che, se nel secondo caso si nega pacificamente la possibilità di esecuzione alla stregua di una sentenza, parimenti deve trarsi la medesima conclusione nel caso di lodo sottoposto o variazione, il quale rimane lodo e come tale deve circolare. Nell'approccio del giurista di *civil law*, però, il lodo sottoposto a variazione deve essere visto nella sostanza come una pronuncia statale e deve, quindi, sussumersi nello schema della sentenza, piuttosto che del lodo. Si può richiamare, ad esempio, quanto affermato dalla Corte d'appello di Firenze nella sentenza del 01/12/1980 *Nideira Handelscompagnie BV c. Moretti Cereali s.p.a.*, in *Dir. maritt.*, 1981, 49 e ss., la quale ha statuito che la Convenzione di New York non si applica al lodo inglese emesso con la procedura di *special case* (di cui alla *sec.* 45), con cui si consente alla Corte statale di scegliere tra più lodi arbitrali quello ritenuto corretto sotto il profilo di diritto. Il punto finale e determinante di detta procedura si ha con l'intervento del giudice statale, dacché il procedimento arbitrale da solo non basterebbe a far acquistare efficacia alla decisione privata, ancora incompleta nella parte di diritto. Solo la sentenza può essere fatta oggetto di riconoscimento secondo le regole proprie del riconoscimento all'estero delle sentenze. Così come si nega il riconoscimento del lodo reso in sede di *special case* alla luce della Convenzione di New York, parimenti si dovrebbe negare tale possibilità al lodo reso in sede di *variation*, in quanto anch'esso frutto del combinato operare di una decisione privata e di una decisione statale.

con una pronuncia accessoria, che è quella della corte statale e, del resto, la normativa di riferimento dice espressamente che la decisione resa in sede di *variation* ha effetto come se fosse una parte del lodo degli arbitri (ai sensi della *sec. 71*, “*the variation has effect as part of the tribunal’s award*”)¹⁸⁹. Il lodo rimane in vita così come originariamente emesso, ma deve essere letto unitamente all’ordine di *variation* della corte statale¹⁹⁰.

La possibilità che il lodo oggetto di variazione circoli secondo le regole di riconoscimento dei lodi stranieri si rende praticabile se la corte statale si è effettivamente limitata ad operare un doveroso correttivo legale a ricostruzioni fattuali operate interamente dagli arbitri e non quando l’intervento variativo si è rivelato talmente radicale da privare il lodo di qualunque effettivo contenuto decisionale.

Del resto, la dottrina inglese ha espresso la preoccupazione che la *variation* non venga spinta al punto di dar vita ad una pronuncia sostitutiva del giudice d’appello che corregga e sovverta radicalmente la decisione degli arbitri¹⁹¹. Non è un caso che la figura della *variation*, da un certo punto di vista, possa essere inquadrata come una sorta di usurpazione ad opera del giudice statale del potere decisorio dei giudici privati e possa, quindi, indebolire l’idea che l’ordinamento inglese tributi profondo rispetto alla giustizia privata arbitrale. L’intervento giudiziale che si verifica in detta ipotesi, infatti, pregiudica considerevolmente la partecipazione del collegio arbitrale nominato dalle parti compromittenti e, pur fornendo formale paternità della decisione agli arbitri, incide pesantemente sul suo contenuto. Se il vantaggio è la celerità processuale, il correlativo svantaggio è un sostanziale tradimento della volontà originariamente manifestata dalle parti nell’accordo compromissorio.

Tutto ciò fa sì che quella della *variation* sia soluzione da prendere in esame in seconda istanza e non costituisca nel regime inglese la soluzione preferibile, così come non sembra essere figura gradita agli altri ordinamenti, in primo luogo a quello italiano, dai cui principi generali non sembra possibile ricavare la legittimità di un rimedio impugnatorio che dia vita ad un provvedimento formalmente arbitrale e sostanzialmente giudiziale.

¹⁸⁹ La pregressa normativa dell’*Arbitration Act* del 1979, al contrario, mostrava la *fiction iuris* di considerare arbitrale una decisione che, nella sostanza, era del giudice statale, in quanto asseriva che “*the award as varied shall have effect...as if it were an award of the arbitrator or the umpire*”.

¹⁹⁰ Mustill-Boyd, *op. ult. cit.*, 617 espressamente dice che “*the award itself continues to exist in its unilaterated state but must to be read subject to the order by which it is varied*”.

¹⁹¹ Tra gli altri, Rhidian Thomas, *op. ult. cit.*, 215.

11. Segue: c) la *remission* del lodo.

Veniamo, dunque, ad una soluzione che, elaborata dal modello anglosassone, meglio si adatta ai meccanismi propri del nostro ordinamento e, soprattutto, a quella dualità tra giudizio rescindente e rescissorio che può aversi nell'ipotesi d'impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell'art. 830 c.p.c. allorché si renda necessaria l'adozione di una nuova pronuncia dopo la caducazione di quella arbitrale.

Il rimedio della c.d. *remission* si ha nell'ipotesi in cui la Corte sia adita ai sensi delle *sections* 68 e 69 dell'*Arbitration Act*¹⁹², ma non ritenga necessario e/o opportuno un provvedimento interamente caducatorio del lodo: in tal caso il giudizio viene piuttosto rimesso al collegio arbitrale per una riconsiderazione della questione.

Si può forse dire che quella in questione sia un'opzione particolarmente gradita al mondo anglosassone, in quanto considerata come percorso privilegiato, da negarsi solo nel caso in cui risulti poco appropriato. Anteriormente all'*Arbitration Act* del 1996, al contrario, si riteneva che questa strada fosse praticabile solo per evitare l'annullamento del lodo, in quanto, comunque, avrebbe comportato un impiego di risorse ed energie sicuramente maggiore della c.d. *variation*, nonostante offrisse l'illusione di mantenere in vita il lodo¹⁹³.

Proprio perché si tratta di una "*reconsideration*", il giudizio viene rimesso allo stesso collegio arbitrale che ha reso la precedente pronuncia e questo costituisce un sensibile profilo differenziale tra la *remission* e il giudizio rescissorio previsto dall'ordinamento italiano a seguito dell'impugnazione per nullità della pronuncia degli arbitri¹⁹⁴.

Chiaramente la rimessione al collegio arbitrale non è priva di limitazioni, *in primis* per il fatto che questo deve rivedere la questione alla luce delle indicazioni contenute nella decisione giudiziale. Ne consegue che il procedimento in questione altro non è che una correzione del lodo endoarbitrale sulla base delle indicazioni di massima fornite dall'autorità giurisdizionale: segno

¹⁹² Vale a dire in sede di *challenge* per far valere una seria irregolarità oppure in sede di *appeal* per una questione di diritto.

¹⁹³ Rhidian Thomas, *op. ult. cit.*, 215.

¹⁹⁴ "*The essence of the power is reconsideration and not a fresh consideration by a new arbitrator*". Come osserva Rhidian Thomas, *op. ult. cit.*, 215, la specificazione è importante, dal momento che talvolta il diritto inglese contempla rimissioni ad arbitri diversi da quelli che hanno formulato il precedente provvedimento. La scelta di rimettere la decisione agli stessi arbitri nasce, come detto, dalla volontà di offrire del lodo una semplice "rivisitazione" e non una sua totale revisione.

evidente della tendenza dell'ordinamento inglese a favorire la collaborazione tra la giustizia statale e quella privata.

È evidente che la *remission* in tanto potrà operare in quanto, per arrivare alla risoluzione finale, si renda necessario il ricorso all'allegazione di ulteriori fatti, alla riassunzione di prove o ancora ad una nuova attività valutativa. Così, ad esempio, tale meccanismo è stato reso operante nel caso *The Energy Progress*, in cui gli arbitri avevano ommesso di prendere in considerazione una clausola contrattuale. Quando la Corte, in sede d'impugnazione rilevò l'operatività della clausola, non fu possibile la pronuncia di condanna della parte vincitrice in arbitrato, poiché non era stata acquisita agli atti la perdita sofferta dalla controparte: per tale motivo, si ritenne che la soluzione più giustamente praticabile dovesse essere quella della *remission* agli arbitri al fine di svolgere le indagini opportune¹⁹⁵.

Tra l'altro, occorre segnalare una questione oggi non così rilevante, ma un tempo di non secondaria importanza: quale efficacia ha l'ordine di remissione del giudice statale? È esso vincolante e passibile di costituire *res iudicata* oppure deve ritenersi non vincolante e, pertanto, inappellabile¹⁹⁶?

La risposta ad oggi appare, per taluni¹⁹⁷, piuttosto semplice, in quanto l'*Arbitration Act* del 1996 ha scelto di impiegare il solo termine di *determination*, precisando che la decisione della Corte deve essere considerata alla stregua di un vero e proprio giudizio, come tale appellabile e passibile di costituire *res iudicata*¹⁹⁸.

¹⁹⁵ *Orient Overseas Management and Finance Ltd. v. File Shipping Co. Ltd. (The Energy Progress)* [1993] 1 Lloyd's Rep. 355. Ma si veda anche il caso *The Niobe (Niobe Maritime Corporation v. Tradax Ocean Transportation S.A.)* [1993] 2 Lloyd's Rep. 52) ove la Corte ritenne necessaria la *remission* agli arbitri per compiere i dovuti accertamenti di fatto in ordine al *breach of contract*, vale a dire alla violazione delle regole contrattuali.

¹⁹⁶ A lungo ci si è interrogati sull'efficacia dell'*order* reso in sede di *remission*. In un primo momento si è pensato di distinguere i casi in cui (come nella procedura di *special case stated*) era da considerarsi vero e proprio *order* come tale vincolante e passibile di costituire *res iudicata* da quelli in cui aveva la valenza di mero parere reso in sede *consultative case*, come tale inappellabile. L'*Arbitration Act* del 1934 confermava che solo la decisione resa in sede di *special case stated* potesse costituire *res iudicata*, pur ritenendo che anche la statuizione resa in sede di *consultative case* dovesse indicarsi come *decision* e non mera *opinion*. Nel 1979 si reintrodusse la parola *opinion* accanto a quella di *decision* o di *determination* e, quindi, si ripropose il problema dell'efficacia della pronuncia giudiziale. La differenza letterale doveva essere considerata espressione della volontà di distinguere tra efficacia vincolante e non vincolante della statuizione del giudice statale oppure doveva essere letta come una semplice svista del legislatore che ha usato tre termini diversi per alludere alla stessa tipologia di decisione? La soluzione venne data da una certa dottrina (Mystill-Boyd, *op. ult. cit.*, 618 e ss.), la quale riteneva che anche l'*opinion* dovesse essere ritenuta vincolante, in quanto, comunque, passibile di appello.

¹⁹⁷ Zuffi, *L'arbitrato nel diritto inglese*, Torino, 2008, 176.

¹⁹⁸ Occorre per completezza segnalare che altri, invero, reputano che la *determination* non possa costituire mai *res iudicata*. Così Aeberli, *op. ult. cit.*, 275.

Quanto al meccanismo che, in concreto, assiste la procedura di remissione agli arbitri, si deve mettere in evidenza come operi una sorta di sospensione del processo d'impugnazione di fronte ai giudici dello Stato in attesa che il collegio arbitrale espleti la funzione richiestagli di integrazione della pronuncia precedentemente resa.

Questo è un profilo che interessa non poco la presente indagine, giacché dimostra come quello in questione non sia un giudizio di tipo rescissorio, quale quello illustrato all'art. 830 del nostro codice di procedura civile, ma, piuttosto, una forma di giudizio incidentale che va ad inserirsi nel contesto dell'impugnazione del lodo arbitrale, senza che questi, peraltro, subisca qualsivoglia forma di soluzione di continuità.

Parte della giurisprudenza anglosassone, invero, sembra qualificare come rescissorio il nuovo intervento degli arbitri, ritenendo che alla base della *remission* vi sia un ordine giurisdizionale passibile di portare alla caducazione del lodo e di far rivivere la competenza arbitrale per l'adozione di una nuova pronuncia¹⁹⁹. Ma la stessa conclusione può trarsi da una sommaria lettura dell'*Arbitration Act* che, mediante l'espressione "*fresh award*" sembra alludere alla necessità che la remissione della seconda decisione agli arbitri generi un rapporto processuale del tutto nuovo e porti ad una pronuncia che vada a prendere il posto della precedente in totale autonomia da questa.

La cosa, però, si espone ad evidente critica, giacché, se così fosse, non vi sarebbe differenza alcuna tra la *remission* e l'annullamento del lodo seguito dal giudizio rescissorio: ne consegue che l'unico elemento distintivo tra la procedura in esame ed il meccanismo giudizio rescindente/giudizio rescissorio è proprio la remissione al collegio arbitrale senza che operi una netta cesura con il processo d'impugnazione della decisione privata.

Non solo, autorevole dottrina²⁰⁰ rileva che la continuità tra giudizio d'impugnazione e remissione agli arbitri è dimostrata dal fatto che oggetto di devoluzione ai giudici privati non è la decisione precedentemente resa, quanto, piuttosto, le direttive della corte statale. Non è un caso che gli arbitri investiti della *remission* abbiano il compito di rivedere il lodo soltanto in merito alle questioni oggetto di censura da parte dell'autorità giudiziaria, nel caso in cui non tutta la

¹⁹⁹ "A remission involves a total setting aside, because the award remitted has no validity unless and until it is confirmed by the arbitrator at a later date and so becomes to that extent a new award in different terms" (sentenza *Hiscox v. Outhwaite*).

²⁰⁰ Mustill-Boyd, *op. ult. cit.*, 567.

pronuncia debba essere oggetto di revisione, ma il giudizio impugnatorio l'abbia coinvolta solo parzialmente.

Vero è che il nuovo *award* copre l'intera materia del contendere, ma gli arbitri, reinvestiti della questione, non possono variare la decisione sui punti rimasti intoccati dal giudizio d'impugnazione, dovendosi, al contrario, limitare a ripetere quanto in precedenza già deciso²⁰¹. Il provvedimento reso in sede d'impugnazione ha la funzione di far salvo il pregresso rapporto processuale e quelle parti del lodo precedentemente rese e ritenute corrette. Di "*fresh award*", allora, si potrà parlare proprio per il fatto che c'è, a differenza di quel che accade nell'ipotesi di *variation*, un nuovo unico *decisum* da cui far scaturire la disciplina del rapporto controverso: tale unico referente, pertanto, è costituito dalla nuova pronuncia arbitrale che in parte emenda ed in parte conferma la precedente statuizione²⁰².

Se si dovesse opinare diversamente, si giungerebbe a non valorizzare debitamente il fatto che il provvedimento arbitrale successivo alla *remission* debba essere reso entro un termine ben preciso e, soprattutto, secondo le direttive formulate dal giudice statale investito dell'impugnazione. Con ciò si conferma il fatto che, con la sospensione del processo impugnatorio, il nuovo intervento degli arbitri si traduce in un addentellato incidentale sorto in seno al gravame ed inserito in un contesto processuale unitario e privo di soluzioni di continuità, al quale debbono rimanere estranee questioni non sottoposte originariamente al primo giudizio arbitrale²⁰³.

²⁰¹ Non credo, però, che dall'affermazione secondo cui gli arbitri debbono formulare un nuovo lodo nel rispetto delle materie oggetto di remissione ("*the tribunal shall make a fresh award in respect of the matters remitted*") possa trarsi la conclusione che la remissione possa avere ad oggetto solo parte del lodo. In tal senso si veda Merkin, *Arbitration Law*, London, 2001, 18-20.

²⁰² L'intera controversia, in buona sostanza, trova la sua soluzione nella nuova decisione arbitrale, resa in sede di *remission* ed in ottemperanza agli *issues* della corte statale.

²⁰³ Sul punto si richiamano due riferimenti giurisprudenziali. Il primo è il caso *Interbulk Ltd. v. Aiden Shipping Co. Ltd., The Vimeira* [1986] 2 Lloyd's Rep. 75, in cui gli arbitri avevano rilevato che il danneggiamento di una nave era stato provocato da un insufficiente spazio di manovra nella banchina del porto, con conseguente parziale responsabilità degli amministratori dello stesso. La corte statale censurò il lodo in quanto gli arbitri avevano preso in considerazione aspetti non devolutigli ed operò la *remission*, autorizzando i proprietari della nave alla presentazione di nuovi mezzi di difesa. In sede di giudizio di remissione venne allegato l'ulteriore fatto della mancanza presso la banchina del porto di adeguati sistemi di protezione per la navigazione notturna. In ordine alla nuova allegazione, il giudice statale, adito per presunta inottemperanza del collegio arbitrale all'*order* precedentemente reso, ebbe a dire che gli arbitri non avevano in merito giurisdizione ("*the arbitrators had no jurisdiction to consider want of safety in the remission proceedings*"). Sulla stessa lunghezza d'onda si pone il secondo riferimento della giurisprudenza inglese che è dato dalla sentenza *Glencore International AG v. Beogradska Plovidha, The Avala* [1996] 2 Lloyd's Rep. 311, relativa alla mancata esecuzione di un contratto di noleggio di una nave. Il collegio arbitrale aveva qui condannato il noleggiatore a risarcire del *lucrum cessans* l'armatore, basandosi, però, su di un inesistente accordo tra le parti e tralasciando molte delle richieste ritualmente formulate nel corso del giudizio. La corte statale dispose allora la *remission*, ma il collegio arbitrale, reinvestito del compito di colmare le pregresse pretermissioni, si trovò dinnanzi l'allegazione, da parte del noleggiatore, di un ulteriore fatto che, se acquisito agli atti, avrebbe ulteriormente ridotto il danno da perdita subita dell'armatore. Per tale motivo, il collegio arbitrale in sede di remissione formulò

12. Segue: d) il *setting aside*.

La terza possibile opzione cui può pervenire il processo impugnatorio della pronuncia arbitrale nell'ordinamento inglese è quello di *setting aside*²⁰⁴. Si tratta di situazione di sicuro interesse ai fini della presente indagine, in considerazione del fatto che è quella maggiormente assimilabile alla dualità tra giudizio rescindente e giudizio rescissorio propria del nostro sistema processuale d'impugnazione delle pronunce arbitrali.

Occorre, però, subito premettere che, accanto a questo possibile esito, si affianca quello di dichiarazione d'inefficacia del lodo, che, pur astrattamente distinto, viene dalla prevalente dottrina inglese²⁰⁵ assimilato al giudizio di annullamento ora in esame. Invero, una pur flebile distinzione tra i due esiti del giudizio impugnatorio può essere svolta, dal momento che si ritiene che il rimedio della declaratoria d'inefficacia sia quello maggiormente confacente alla situazione in cui la pronuncia arbitrale sia stata resa in assenza di giurisdizione degli arbitri. In tal caso, infatti, sarebbe più corretto parlare di nullità piuttosto che di annullabilità del lodo, con la conseguenza che questo viene dichiarato inefficace e non semplicemente passibile di caducazione retroattiva²⁰⁶. Del resto, si è evidenziato²⁰⁷ che il provvedimento che accerta l'inefficacia del lodo per difetto di giurisdizione arbitrale consente alla corte statale di statuire con efficacia vincolante sul punto, mentre l'ordine di *setting aside* si può tradurre in un intervento di carattere esclusivamente rescindente, che lasci, però, impregiudicata la questione relativa alla giurisdizione

due lodi: il primo, in cui si negava la giurisdizione arbitrale sui nuovi fatti (sollevati per la prima volta nel giudizio di *remission*), il secondo (da considerarsi valevole nel caso in cui il primo fosse stato considerato invalido), in cui si teneva conto della nuova allegazione, ancorché rigettandola nel merito. In sede d'impugnazione, venne chiarito il principio secondo cui il rapporto processuale tra giudizio d'impugnazione e giudizio di *remission* è unitario e che gli arbitri non hanno giurisdizione su questioni che non gli siano state espressamente deferite dalla corte per una riconsiderazione (“*the arbitrator who has given his award is functus officio and his jurisdiction is revived only to the extent of the remission*”).

²⁰⁴ Senza considerare, beninteso, il caso della *confirmation* del lodo, fattispecie che qui ha un interesse più relativo, in quanto con essa l'appello è rigettato e non viene accolto nessun motivo di doglianza. Il lodo, pertanto, rimane valido e diventa inoppugnabile e conseguentemente passibile di esecuzione.

²⁰⁵ Tra gli altri, Merkin, *op. ult. cit.*, 17-18 e, in Italia, Marinucci, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1332 e ss.

²⁰⁶ Si tenga conto, del resto, che la declaratoria d'inefficacia è stata fatta oggetto di specifica previsione da parte dell'*Arbitration Act* del 1996.

²⁰⁷ Aeberli, *op. ult. cit.*, 268 e ss. (ma si veda anche *supra*, nota 93).

arbitrale²⁰⁸. Ciò sarebbe la conseguenza della teoria secondo la quale tutti i *declaratory judgments* darebbero vita ad una *res iudicata*²⁰⁹.

La somiglianza dell'ordine di *setting aside* al nostro annullamento del lodo si ricava dall'affermazione²¹⁰ secondo la quale “*the order deprives an award of all legal and factual effect. The order vacates the award: accordingly there is no award and no award ever existed, for it is difficult to apprehend that the order operates otherwise than retroactively*”²¹¹. Il lodo è *tamquam non esset*, dacché con efficacia retroattiva vengono caducate la sua valenza di cosa giudicata, di *issue estoppel* e la sua esecutività.

In questo nessuna distinzione con l'annullamento del lodo ai sensi dell'art. 830 del codice di rito italiano. Il problema, tuttavia, si pone in relazione al fatto che ad essere travolto potrebbe essere, oltre che il lodo, anche il pregresso procedimento arbitrale o finanche la convenzione arbitrale che ha dato vita al rapporto processuale di fronte ai giudici privati.

Nel nostro sistema un simile effetto dipende dal motivo d'impugnazione che sia stato proposto dalle parti ed accolto dalla Corte d'appello. Se, ad esempio, il lodo è annullato per invalidità, inesistenza o inefficacia della convenzione arbitrale (n. 1 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.) è indubbio che ad essere travolti siano il lodo, il procedimento arbitrale e l'accordo che ne è alla base. Ma se il lodo è annullato per mancato rispetto del termine di pronuncia (n. 6) o perché intervenuto *extra compromissum* (n. 4) non vi è motivo di ritenere che la convenzione arbitrale perda efficacia o che sia da considerarsi invalido l'intero processo arbitrale che quella decisione ha partorito.

Nel sistema inglese, al contrario, si sono affacciate, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, interpretazioni dal carattere generalizzante, tese ad individuare soluzioni unitarie in ordine alla portata ablativa del provvedimento di *setting aside*.

Talora si è evidenziato che l'effetto caducatorio ricondurrebbe l'arbitrato al momento immediatamente precedente la pronuncia del lodo, con la conseguenza che gli arbitri continuerebbero ad essere sempre investiti della decisione della causa, conservando la

²⁰⁸ Con la conseguenza che essa potrebbe essere di nuovo rivista dagli arbitri.

²⁰⁹ Spencer Bower-Turner-Handley, *The doctrine of res iudicata*, London, 1996, 71.

²¹⁰ Di Rhidian Thomas, *op. ult. cit.*, 217e ss.

²¹¹ L'ordine [di *setting aside*] priva un lodo di ogni effetto legale e di merito. L'ordine annulla il lodo: concordemente non c'è lodo e nessun lodo è mai esistito, benché sia difficile percepire che l'ordine non possa che operare retroattivamente. Ancor più chiaramente Mustill-Boyd, *op. ult. cit.*, 565 dice che “*as regards setting aside, it is clear that the effect of an order is to deprive the award of all legal effect, so that the position is the same as if the award had never been made*”.

giurisdizione devolutagli pattizamente; talaltra, si è detto che ad essere travolto è l'intero processo arbitrale con correlato venir meno della convenzione arbitrale e necessità di ricondurre la risoluzione della questione alla giurisdizione statale; talaltra ancora, si è evidenziato che la pronuncia di annullamento investe anche la volontà originariamente manifestata di investire determinati arbitri della composizione della lite, comportando, così, che il giudizio venga nuovamente devoluto a diversi giudici privati²¹².

Scendendo maggiormente nel dettaglio, si deve osservare che la prima posizione illustrata intende affermare che l'*order* giudiziale di *setting aside* non implica alcuna decisione definitiva della controversia, ma, al contempo, non spoglia il collegio giudicante privato della funzione decisoria. Compito di questo, infatti, è arrivare ad una pronuncia vincolante e il mancato raggiungimento dell'obiettivo comporta una reviviscenza della giurisdizione privata allo scopo proprio di pervenire al risultato di offrire alle parti una soluzione della controversia tra di esse insorta. È come se l'arbitrato retrocedesse al momento precedente il lodo o a quello in cui si è verificato il vizio di nullità, di modo che si può conservare l'attività istruttoria correttamente compiuta prima del verificarsi della nullità processuale o anche tenere fermi gli eventuali lodi parziali o non definitivi resi nel corso del procedimento arbitrale.

Le parti, quindi, si rivolgeranno agli stessi arbitri già investiti in precedenza della funzione decisoria, perché decidano alla luce del motivo di annullamento rilevato dal giudice statale: l'accordo arbitrale e le obbligazioni che ne sono derivate continuano ad essere sussistenti, in quanto non travolte dalla declaratoria di nullità.

Questa soluzione, tuttavia, non sembra essere la più seguita nella prassi, giacché l'ordine di *setting aside* è usualmente reso per i vizi più gravi del lodo²¹³ e, quindi, determina l'impossibilità di reinvestire gli stessi arbitri della funzione di composizione della lite.

La seconda delle opzioni più sopra illustrate (vale a dire l'ipotesi che l'ordine di *setting aside* travolga l'intero procedimento arbitrale ed anche la *voluntas partium* di deferire in arbitri la lite) non trova grande seguito nelle opinioni dei giuristi e nella prassi giurisprudenziale²¹⁴.

²¹² Una soluzione analoga a quest'ultima nel nostro ordinamento sarebbe possibile solo ove il lodo venisse annullato per i motivi nn. 2 e 3 del primo comma dell'art. 829 c.p.c., ovvero per irrituale costituzione del collegio arbitrale o incapacità dei giudici privati.

²¹³ Di solito riconducibili a *misconduct* arbitrale.

²¹⁴ Ad eccezioni delle risalenti pronunce *Kemp v. Rose* [1858] 1 Giff 258 e *J.Patterson Co. Ltd v. Allied National Corpn Ltd*. [1953] 1 Lloyd's Rep. 520.

La ragione che spinge a ritenere poco avvalorabile questa tesi è quella che muove dalla constatazione che, se il lodo viene annullato dalla corte statale, significa che gli arbitri non hanno mai deciso validamente. Non ha senso, pertanto, dire che il procedimento arbitrale si è consumato con la prima pronuncia e non può essere ripetuto *ex novo*, proprio perché la prima decisione è sorta viziata. Se, quindi, le parti hanno statuito di compromettere in arbitri la lite, tale opzione deve essere mantenuta finché non si ottenga dai giudici privati una decisione valida e vincolante. Quella che appare, invece, la strada maggiormente battuta dalla giurisprudenza anglosassone²¹⁵ è la terza delle soluzioni più sopra ipotizzate, per cui l'annullamento, oltre al lodo, travolge lo specifico procedimento arbitrale che a quella pronuncia ha dato vita, ma non la convenzione d'arbitrato. Ragion per cui la controversia dovrà essere deferita sempre a giudici arbitrali, benché diversi da quelli precedentemente investiti: la convenzione arbitrale preserva la sua efficacia ed è passibile di essere eseguita.

Mentre nella prima ricostruzione sopra proposta, la decisione torna allo stesso collegio arbitrale e il procedimento riprende dal momento in cui si è verificato il vizio che ha inficiato la decisione, in questo caso il procedimento arbitrale viene completamente rinnovato e, pertanto, emendato. Il punto è che tale radicale sanatoria opera solo se tutto il processo viene condotto di fronte ad un nuovo collegio arbitrale, che, alla fine, renderà la nuova pronuncia privata.

Come efficacemente osservato in dottrina²¹⁶, questa strada è praticabile essenzialmente se il lodo è inficiato di un vizio piuttosto grave, quale la “seria irregolarità” nello svolgimento del processo o, comunque, se vi è la ricorrenza di ulteriori circostanze che non rendano possibile la meno invasiva ipotesi di *remission*. In particolare, si renderà necessario procedere all'annullamento del lodo e al successivo giudizio rescissorio di fronte a nuovi arbitri se: sussistono ragioni per dubitare dell'imparzialità dei giudicanti, si è verificata una *miscarriage of justice* che ha alterato lo svolgimento dell'istruzione probatoria²¹⁷ o ancora gli arbitri non hanno le caratteristiche di conoscenza e/o esperienza loro richieste²¹⁸. A ciò si aggiunga l'ipotesi in cui la diversa scelta di

²¹⁵ Si veda la sentenza *Stockport Metropolitan Borough Council v. O'Reilly* [1983] 2 Lloyd's Rep. 70, 80, ove si precisa che lo stesso arbitro può essere reinvestito del merito della questione solo se la corte statale rimetta il lodo alla sua *reconsideration*. Sulla stessa scia, almeno parzialmente, si pongono *V.F.E. Hookway Co. Ltd. v. Alfred Isaacs Sons* [1954] 1 Lloyd's Rep. 491; *Henry Rooke, Sons Co. v. Piper and May* [1927] 28 Ll L Rep. 49; *London Export Corpn Ltd. v. Jubilee Coffe Roasted Co Ltd.* [1958] 1 Lloyd's Rep. 197.

²¹⁶ Merkin, *op. ult. cit.*, 18 e ss.

²¹⁷ E che comporta anche in questo caso un'assenza di terzietà degli arbitri rispetto alle parti e alla decisione finale.

²¹⁸ Si noti che, nell'ordinamento italiano, la mancanza delle qualifiche richieste agli arbitri non costituisce motivo di annullamento del lodo, ma, più direttamente, è valida occasione per poter ricusare l'arbitro e chiederne la sostituzione ai sensi dell'art. 815 c.p.c.

operare la *remission* agli arbitri condurrebbe ad un'istruttoria interamente rinnovata o all'integrale rovesciamento del dispositivo: situazioni nelle quali è evidente la necessità di operare direttamente l'annullamento del lodo e disporre la riformulazione a seguito di un procedimento arbitrale condotto da arbitri diversi da quelli che hanno emesso la decisione caducata.

Il mantenimento in vita della convenzione arbitrale è, senza dubbio, tratto comune al nostro ordinamento, così come caratterizzato dalle scelte operate dalla riforma dell'arbitrato del 2006.

Sia l'art. 830 che l'art. 808 *quinquies* c.p.c., infatti, offrono valido sostegno normativo a detta eventualità. Il primo articolo, infatti, precisa che il giudizio rescissorio a seguito dell'annullamento del lodo per i motivi di cui ai nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12) del primo comma, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 829 c.p.c., si svolge, salvo che le parti non abbiano disposto diversamente, dinnanzi alla Corte d'appello; ma, nei casi in cui la decisione non spetta alla corte statale, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato (sempre che la nullità non dipenda da sua invalidità o inefficacia). L'art. 808 *quinquies*, inoltre, specifica che “*la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato*”, formulazione che lascia inferire che, anche nel caso di annullamento del lodo, sopravvive la convenzione arbitrale. Se, infatti, il lodo è stato annullato, non si può che considerare che gli arbitri non hanno adottato alcuna valida pronuncia di merito, ma dalla disposizione in esame si trae conferma che l'eventuale giudizio rescissorio²¹⁹ deve svolgersi pur sempre di fronte al collegio arbitrale, proprio perché la convenzione arbitrale conserva la sua efficacia e, quindi, vincola le parti a rivolgersi alla giustizia privata.

A differenza del nostro, l'ordinamento inglese sul punto non dice nulla di esplicito, se si fa eccezione del quarto comma della *section 71* dell'*Arbitration Act* del 1996 ove si legge che, se il lodo è annullato o è dichiarato inefficace, è nella facoltà della corte statale disporre la perdita di efficacia di qualsiasi clausola contrattuale che preveda la necessità di rivolgersi alla giustizia arbitrale prima di poter adire quella statale.

La norma lascia intendere che l'annullamento del lodo comporta la possibilità d'intervento in sede rescissoria dei giudici dello Stato, ma lascia, altresì, il sospetto che, senza un preciso *order* giudiziale che sancisca la perdita di efficacia della convenzione arbitrale, questa preservi i suoi effetti e impedisca il ricorso alla giustizia pubblica a favore di quella privata. Il che porta a

²¹⁹ Nei casi previsti dalla legge, s'intende.

concludere che l'ordine di *setting aside* comporta la necessità di un nuovo giudizio rescissorio rimesso, salvo che non sia diversamente disposto, alla giustizia arbitrale: regola simile, ancorché rovesciata, a quella in vigore nel nostro ordinamento.

La stessa prevalente dottrina inglese²²⁰, del resto, chiarisce che la convenzione arbitrale perde i suoi effetti solo quando il vizio accolto dal giudice dell'impugnazione sia proprio relativo alla sua invalidità, affermazione della quale si ha espresso riscontro nelle scelte operate dal nostro legislatore nazionale al già più volte richiamato comma terzo dell'art. 830 c.p.c.

Analogamente a quanto avviene nel nostro sistema, tuttavia, ci si deve interrogare se all'annullamento del lodo segua *ex necesse* lo svolgimento di un giudizio rescissorio o, piuttosto, si diano casi di pronuncia meramente rescindente del giudice statale²²¹.

Non credo possano sussistere dubbi circa il fatto che talora sia bastevole una pronuncia caducatoria dell'autorità giudiziaria, senza il necessario ricorso ad una pronuncia sostitutiva. Basti pensare al caso in cui il lodo sia annullato per invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale: in tale situazione, infatti, le parti saranno libere di stipulare un nuovo accordo compromissorio o rivolgersi alla giurisdizione statale ordinaria, ma senza che ciò comporti alcun collegamento con il pregresso rapporto processuale, ormai esauritosi. Lo stesso dicasi dell'ipotesi di annullamento parziale, allorché la caducazione di parte del lodo sia sufficiente a privare il provvedimento dei giudici privati dei vizi che lo inficiavano, senza bisogno di andare a sostituire quella decisione.

Giunti a questo punto, però, ci si deve porre un ultimo problema, già in precedenza oggetto di riflessione con riguardo al nostro ordinamento interno²²², vale a dire se, una volta annullato il lodo, nella sopravvivenza della convenzione arbitrale le parti siano vincolate a rivolgersi ai giudici privati o, al contrario, possano liberamente optare per la giustizia dello Stato.

La giurisprudenza e la dottrina inglesi non sembrano giungere ad acquisizioni certe ed univoche in materia, dal momento che, talora, si è detto che debba essere la corte statale a valutare se la via arbitrale sia condizione necessaria ed indefettibile in fase rescissoria, mentre, talaltra, si è lasciata

²²⁰ Bernstein-Tackaberry-Mariott-Wood, *Handbook of arbitration practice*, London, 1998, 255.

²²¹ Circa tale profilo si rinvia a quanto più ampiamente detto nel corso del secondo capitolo a proposito del nostro ordinamento nazionale.

²²² Parimenti si rinvia al secondo capitolo.

piena libertà alle parti di cambiare idea e, quindi, adire i giudici pubblici in alternativa a quelli privati²²³.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, non dovrebbero esserci difficoltà ad ammettere che le parti, se lo vogliono, possano rivolgersi alla giustizia offerta dallo Stato. Vero è che rimane in vigore, nonostante l'ordine di *setting aside*, l'originaria convenzione d'arbitrato, ma è anche vero che il deferimento di una controversia alla giustizia privata è una facoltà che l'ordinamento di uno Stato concede ai suoi cittadini (e non solo), non già un'imposizione. Né la scelta arbitrale può dirsi irreversibile, se entrambe le parti sono d'accordo per abbandonare detta modalità di composizione della lite tra esse insorta.

Non credo, quindi, che ci sia spazio per affermare che la corte statale possa imporre agli originari compromittenti di attenersi alla convenzione arbitrale originaria, se questi, concordemente, decidono di optare per la giustizia statale.

È chiaro, però, che la scelta non potrà essere unilaterale, ma, al contrario, necessariamente condivisa, tanto in forma espressa quanto in modo implicito.

Nel primo caso, pertanto, sarà necessaria la conclusione di un ulteriore accordo che formalizzi il mutuo dissenso dal precedente vincolo arbitrale; nella seconda ipotesi, invece, la parte che avrà interesse ad ottenere una nuova pronuncia a seguito dell'annullamento del lodo, potrà (se in questa direzione è orientata la sua volontà) adire il giudice statale e radicare presso questi la controversia, purché la controparte non faccia valere tempestivamente l'eccezione di perdurante vigenza del patto compromissorio.

Questo, del resto, è l'orientamento che si è inteso condividere anche per il nostro sistema arbitrale, allorché si è detto che, a seguito dell'annullamento del lodo ad opera della Corte d'appello, le parti, ancorché ancora vincolate all'accordo compromissorio, possono concordemente decidere di rivolgersi ai giudici dello Stato. L'obbligo di rivolgersi agli arbitri, benché disposto dall'autorità giurisdizionale, si porrebbe in chiaro ed evidente contrasto con l'impostazione consensualistica propria dell'istituto arbitrale e, soprattutto, in netto e stridente

²²³ Così Mustill-Boyd, *op. ult. cit.*, 565 e ss., nota 4, ove si legge che se la corte statale decide di disporre l'annullamento del lodo, poiché ritiene che la controversia possa essere meglio decisa da un diverso collegio arbitrale, "*an order of removal or revocation of authority would be granted as of course, if asked for, together with an order [...] extending the time for commencing proceedings before the new tribunal*". Ma se, in caso contrario, la corte statale decidesse di disporre l'annullamento di modo che la controversia possa essere in condizioni di essere decisa dall'autorità pubblica, essa provvederà in aggiunta ad emettere un ordine in cui revocherà l'accordo arbitrale ("*it will in addition make an order [...] revoking the arbitration agreement*").

contrasto con la nostra carta costituzionale, che esclude qualsivoglia forma di arbitrato obbligatorio²²⁴.

²²⁴ È indubitabile che l'arbitrato obbligatorio non trovi ospitalità nel nostro ordinamento e che la fonte dell'arbitrato non possa che essere la congiunta volontà delle parti, giacché solo essa può scegliere di sottrarre una controversia (su materia disponibile) all'intervento della giustizia dello Stato. Se l'opzione arbitrale venisse imposta "dall'alto", tale eventuale ordine striderebbe con il principio secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge di cui all'art. 25 della Costituzione. Sull'inammissibilità dell'arbitrato obbligatorio si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 127 del 1977, ove si attribuisce al principio della libera scelta della via arbitrale rango costituzionale e si esclude che sia l'omologazione del lodo rituale, sia la sua eventuale impugnazione dinanzi alla Corte d'appello possano ricondurre l'istituto arbitrale nel contesto della giurisdizione statale.

CAPITOLO TERZO.

IL PROCEDIMENTO IN SEDE RESCISSORIA.

SOMMARIO: 1.Premessa- 2.Il problema della litispendenza- 3.La contiguità tra fase rescindente e rescissoria: l'insussistenza della necessità di formulare la richiesta della pronuncia di merito e la possibilità che la decisione della Corte d'appello sia ad un tempo caducatoria e sostitutiva- 4.La formazione dell'organo giudicante- 5.I poteri delle parti e l'ambito di cognizione del giudice in sede rescissoria: il *thema decidendum*- 6.Segue: il *thema probandum*- 7. Il metro di giudizio in sede rescissoria- 8. L'estinzione del procedimento d'impugnazione.

1. Premessa.

Dopo aver svolto una prodromica analisi critica delle linee portanti del modello italiano di disciplina del rapporto tra fase rescindente e rescissoria dell'impugnazione per nullità del lodo, anche alla luce della comparazione con significative esperienze giuridiche maturate in ordinamenti stranieri, si tratta ora di entrare nel merito delle vere e proprie regole procedurali disciplinanti il giudizio a seguito dell'annullamento della pronuncia arbitrale.

Nelle pagine che seguiranno s'intende fornire un inquadramento, quanto più possibile particolareggiato, delle condizioni di validità alle quali lo stesso è subordinato e delle modalità che ne presidiano lo svolgimento.

Sotto quest'ultimo profilo, giova ribadire fin da ora che quello in questione è un vero e proprio processo, destinato al conseguimento di una pronuncia di merito, la quale tenga luogo del lodo arbitrale annullato in sede rescindente dalla Corte d'appello.

Di conseguenza in esso dovranno essere rispettati tutti i principi che consentono ad una dinamica processuale di potersi dire realmente tale, *in primis* l'essenziale ed indispensabile principio del contraddittorio, che garantisca alle parti (per utilizzare una felice espressione impiegata dal legislatore all'art. 816 *bis*, proprio in tema di processo arbitrale) "*ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*".

Quanto al *modus procedendi*, si tratterà di ripercorrere le diverse fasi del processo, dopo averne chiarito i presupposti ed aver colto in termini precisi quale sia l'ampiezza dell'ambito di cognizione sul quale i giudicanti (sia privati che pubblici) sono chiamati ad intervenire.

Sempre in via preliminare e come già anticipato, merita rilevare, tuttavia, che il giudizio rescissorio può svolgersi, ai sensi di quanto illustrato all'art. 830 c.p.c., sia di fronte agli arbitri che di fronte al giudice dello Stato (segnatamente la Corte d'appello).

Tale non secondario profilo dovrà sempre essere tenuto presente nelle riflessioni che seguiranno, onde esplicitare i profili differenziali che connotano il giudizio rescissorio in relazione al giudice competente e al fine di evitare indebite assimilazioni tra le due tipologie processuali.

Un istituto nel quale può cogliersi la differenza tra giudizio svolto dinnanzi alla Corte d'appello e giudizio rimesso al collegio arbitrale è quello che, più di ogni altro, sembra assumere carattere preliminare in una riflessione come quella in corso, vale a dire la litispendenza. Di questo intendiamo occuparci nel paragrafo che segue.

2. Il problema della litispendenza.

Una prima questione sulla quale pare opportuno appuntare l'attenzione è quella relativa alla c.d. litispendenza in senso lato del giudizio rescissorio.

Come noto, infatti, di litispendenza, in termini processualistici, può parlarsi con due diverse accezioni: la litispendenza in senso stretto e quella in senso ampio.

La prima delle due nozioni richiamate ha una valenza più tecnica ed inerisce al particolare effetto processuale previsto al primo comma dell'art. 39 c.p.c., ai sensi del quale, in caso di contestuale proposizione della medesima causa²²⁵ di fronte a due giudici diversi, quello successivamente adito dispone, con ordinanza, la cancellazione della causa dal ruolo. Ciò può avvenire in ogni stato e grado del giudizio, anche *ex officio* e mediante un provvedimento²²⁶ che, secondo la lettera dell'articolo richiamato, per l'appunto dichiara la litispendenza. Il legislatore ricorre all'impiego del criterio di "prevenzione", determinato dal momento di notificazione della citazione: il processo, introdotto con atto notificato o depositato antecedentemente, prosegue il suo corso, mentre a chiudersi è quello il cui atto introduttivo sia stato notificato o depositato successivamente.

Accanto a questa nozione più ristretta, tuttavia, è stata elaborata una nozione lata di litispendenza, che è quella che rileva nella presente indagine²²⁷: con il termine di

²²⁵ Secondo il principio dell'identità delle parti, del *petitum* e della *causa petendi*.

²²⁶ Segnatamente, la medesima ordinanza che dispone la cancellazione dal ruolo.

²²⁷ Se, infatti, si valorizzasse la nozione in senso ristretto di litispendenza, la riflessione ci condurrebbe ben al di fuori della presente indagine, appuntandosi sul diverso profilo della contemporanea pendenza della causa di fronte ai giudici privati e agli organi giurisdizionali. Di detta problematica, estranea a questa sede, si occupa l'art. 819 *ter* c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006.

litispendenza, infatti, si viene anche ad intendere la situazione che si verifica tra la proposizione della domanda giudiziale²²⁸ ed il passaggio in giudicato formale della sentenza conclusiva del processo.

In particolare, occorre volgere l'attenzione alla condizione di avvio del processo con contestuale produzione dei cc.dd. effetti della domanda giudiziale, siano essi sostanziali, siano essi processuali. È questo un profilo di estrema importanza, dal momento che è soltanto con la proposizione della domanda che si possono realizzare, da un lato, gli effetti della litispendenza in senso proprio, della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., dell'irretrattabilità della domanda²²⁹ e della successione processuale²³⁰ e, dall'altro, l'interruzione dell'usucapione in corso o ancora l'interruzione e l'eventuale sospensione della prescrizione²³¹.

Premesse queste brevi osservazioni di carattere generale, occorre passare ad esaminare il tema della litispendenza con riguardo all'oggetto del presente lavoro.

Non si tratta, beninteso, d'indagare il complesso tema della litispendenza nel giudizio arbitrale, quanto, piuttosto, di valutare in termini di prosecuzione o di soluzione di continuità il collegamento del giudizio d'impugnazione per nullità con la successiva fase rescissoria. La domanda che, quindi, l'interprete deve porsi è la seguente: una volta annullato il lodo, il successivo giudizio di merito apre una fase del tutto autonoma e svincolata dagli effetti della proposizione dell'originaria domanda arbitrale oppure fa tutt'uno con la fase precedente e ne conserva gli effetti?

La questione, come evidente, non è di poco conto ed ha importanti risvolti pratici.

Si pensi soltanto al caso in cui la proposizione della domanda arbitrale abbia portato all'interruzione del termine prescizionale del diritto e alla sua sospensione per tutta la durata

²²⁸ Come noto, nel caso in cui il processo si apra con citazione è la notificazione di quest'ultima a determinare la proposizione della domanda giudiziale e, quindi, la litispendenza, mentre nei casi in cui il rito si apre con ricorso, il riferimento temporale dell'avvio del processo è quello del momento del suo deposito.

²²⁹ Con conseguente impossibilità di ritirare la domanda se non con il consenso della controparte, mediante rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c.

²³⁰ Nella quale rientrano le previsioni degli artt. 110 e 111 c.p.c, ma anche quelle degli artt. 127 (per quanto concerne l'azione d'impugnazione del matrimonio) e 270 (relativamente all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità), nonché l'art. 124 della legge fallimentare, per cui l'assuntore del concordato fallimentare può continuare le azioni revocatorie già promosse dal curatore.

²³¹ Non è questa la sede per una disamina più approfondita di tutti i possibili effetti sostanziali passibili di discendere dalla proposizione ed, eventualmente, dall'accoglimento della domanda giudiziale. Si pensi, ulteriormente e a titolo esemplificativo, ai casi di in cui la notificazione dell'atto introduttivo vale come manifestazione di volontà d'interruzione di un rapporto locatizio.

del processo arbitrale e della successiva fase d'impugnazione di fronte alla Corte d'appello. Un conto è che il giudizio sostitutivo debba vedersi come continuazione della precedente fase processuale con conservazione dell'effetto interruttivo permanente della domanda proposta dinanzi agli arbitri, un conto è che, al contrario, l'effetto sospensivo vada perduto ed il giudizio in sede rescissoria sia connotato da una litispendenza in senso ampio nuova e del tutto sganciata dagli effetti prodotti dalla formulazione dell'originaria domanda di fronte agli arbitri.

Benché i tempi del processo arbitrale siano più ridotti di quelli del processo statale, la questione resta rilevante per due ragioni.

La prima è che alla fase arbitrale ne segue un'ulteriore condotta dall'autorità giudiziaria statale in sede d'impugnazione (la Corte d'appello) con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della durata dei processi affidati agli organi deputati a *ius dicere* per conto dello Stato; la seconda motivazione è che il nuovo sistema di proroga del termine previsto all'art. 820 c.p.c., come novellato dal d.lgs. 40/2006, può sensibilmente dilatare il termine originariamente pattuito dalle parti o previsto, in subordine, *ex lege*²³², rendendo così inevitabile porsi il problema della conservazione degli effetti dell'originaria domanda.

Per dare risposta alla questione occorre prendere le mosse da una distinzione.

Si tratta di differenziare i casi in cui all'annullamento del lodo segua una pronuncia sostitutiva dei giudici d'appello da quelli in cui il giudizio di merito debba tornare agli arbitri (o, eventualmente, al giudice ordinario di primo grado, ove tale sia la scelta concorde delle parti).

Alla luce di quanto ampiamente detto nel capitolo precedente, quest'ultima situazione si verifica essenzialmente nei casi in cui il lodo sia stato annullato per i motivi di cui ai nn. 2, 3 e 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.²³³

Nel primo caso (quando, cioè, la fase rescissoria è affidata alla competenza della Corte d'appello) non si pone il problema del venir meno degli effetti della domanda originaria: in tal caso il processo di merito prosegue di fronte agli stessi giudici e costituisce parte integrante della litispendenza originaria.

²³² Come noto, il termine legale è passato, con la riforma del 2006, da centottanta a duecentoquaranta giorni.

²³³ Se, infatti, la convenzione arbitrale rivive nei casi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c., occorre considerare che nei casi d'invalidità della convenzione arbitrale o di extrapetizione il giudizio d'impugnazione si conclude con la sola fase rescindente, non rendendosi neppure necessaria l'adozione di una pronuncia sostitutiva.

Anzi, in questi casi non si apprezza neppure la netta distinzione tra le due fasi del giudizio d'impugnazione per nullità, dal momento che, *uno actu*, la Corte d'appello provvede ad annullare il lodo e ad adottare la pronuncia sostitutiva come diretta conseguenza della caducazione della pronuncia degli arbitri.

Diversa è l'ipotesi in cui la competenza in sede rescissoria non è, per regime legale, riservata alla Corte d'appello, ma “*si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia*” (art. 830 comma terzo c.p.c.).

Questo è il nodo gordiano del tema della litispendenza, dal momento che si tratta di valutare se il nuovo giudizio che s'instaura di fronte agli arbitri sia da considerarsi come continuazione di quello avviato precedentemente oppure sia da esso scisso e la proposizione della domanda apra una nuova fase processuale²³⁴.

Sul punto, la formulazione codicistica non ci aiuta, in considerazione della lacunosità che in generale investe la disciplina del giudizio rescissorio.

Di conseguenza, si tratta di valutare se il sistema processualistico, inteso in senso lato, non ci consenta di operare, magari in sede di *analogia iuris*, un utile raffronto.

In questa direzione può essere utile richiamarsi alle regole predisposte in materia di giudizio per Cassazione e, in particolare, a quanto enunciato con riguardo all'eventuale successivo giudizio di rinvio, a seguito dell'annullamento della sentenza.

Come noto, vi sono ipotesi in cui la Corte di Cassazione annulla la sentenza impugnata con rinvio al giudice (di primo o di secondo grado, a seconda di chi abbia pronunciato la decisione cassata) perché sia adottata la pronuncia sostitutiva nel merito, di per sé inibita ad un organo giurisdizionale strutturalmente qualificabile come giudice di legittimità²³⁵.

In questi casi si tratta di valutare se la fase di giudizio di rinvio sia o meno, nelle scelte del legislatore, una prosecuzione di quello originato dalla domanda giudiziale proposta in primo grado e proseguito in sede d'impugnazione.

²³⁴ Gli arbitri a cui viene rimessa la competenza in sede rescissoria, come già accennato, non sono gli stessi a cui è stato affidato il pregresso giudizio arbitrale, ma si rende necessaria la formazione di un diverso collegio giudicante.

²³⁵ Vero è che l'art. 384 c.p.c. dispone che “*la Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto*”. Con ciò sembra aprirsi un varco alla possibilità che la Cassazione entri nel merito della questione controversa: in realtà, l'eventualità che tale facoltà si eserciti solo quando non sia più necessaria ulteriore istruttoria limita considerevolmente la portata di detta affermazione.

Nel sistema codicistico previgente, la pronuncia della Corte non era vincolante per il giudice di rinvio, in quanto soltanto una duplice decisione conforme di questa vincolava il secondo giudice deputato all'adozione di una nuova pronuncia. Di conseguenza, si riteneva che il giudizio di rinvio fosse un secondo e nuovo giudizio d'appello e non una fase rescissoria in senso proprio del giudizio di cassazione²³⁶.

Allo stato attuale, invece, il giudizio di rinvio sembra strutturarsi come un vero e proprio giudizio rescissorio, il cui svolgimento è condizionato dalla pronuncia della Cassazione e dal principio di diritto da essa enunciato (art. 384 secondo comma c.p.c.).

Per cogliere la portata e la natura del giudizio di rinvio in esito alla cassazione della sentenza, occorre far riferimento a tre disposizioni.

Si veda, innanzitutto, quanto previsto all'art. 394 c.p.c., il quale prevede che le parti conservino *“la stessa posizione processuale che avevano nel procedimento in cui fu pronunciata la sentenza cassata”*, ma soprattutto che *“le parti non possono prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, salvo che la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione”*.

Si consideri ancora quanto previsto all'art. 392 c.p.c., il quale specifica che la causa deve essere riassunta dinnanzi al giudice del rinvio non oltre tre mesi²³⁷ dalla pubblicazione della sentenza della Cassazione.

La norma chiarisce che lo strumento tecnico per la continuazione del processo è la riassunzione, confermando, così, che si ha prosecuzione del pregresso processo.

L'art. 393, infine, dispone che la mancata riassunzione o l'estinzione del successivo giudizio di rinvio determinano l'estinzione dell'intero processo, ferma restando l'efficacia vincolante della sentenza della Suprema Corte, nel caso venga riproposta la domanda.

Con ciò abbiamo conferma del fatto che il giudizio di rinvio non è un nuovo processo, ma la fase rescissoria del giudizio di Cassazione. Se fosse un nuovo processo, infatti, la sua estinzione o la sua mancata riassunzione determinerebbero il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e non l'estinzione dell'intero giudizio.

Vediamo, giunti a questo punto, se il ragionamento può estendersi al giudizio rescissorio che si svolge in esito alla declaratoria di nullità del lodo.

²³⁶ Eliminata la sentenza d'appello, rimaneva la sentenza di primo grado e si svolgeva un nuovo giudizio d'appello.

²³⁷ Il termine annuale è stato sostituito con quello trimestrale dalla recente riforma operata con il d. lgs. 59 del 2009.

Come noto, non esiste, negli articoli dedicati all'istituto arbitrale, nessuna norma di rinvio alle regole codicistiche del giudizio di cognizione dinnanzi all'autorità giudiziaria statale.

Nonostante non sia possibile rifarsi *de plano* a quelle norme, non bisogna trascurare quanto letteralmente predisposto all'art. 830 c.p.c., il quale riconosce che, in alcuni specifici casi, in via successiva alla declaratoria di nullità del lodo intervenga direttamente nel merito la Corte d'appello, salvo che le parti non abbiano optato per la competenza arbitrale nel patto compromissorio o con accordo successivo²³⁸.

Questa norma, in sostanza, identifica nel giudizio di merito susseguente alla declaratoria di nullità del lodo una fase rescissoria dell'impugnazione per nullità, con la conseguenza che ad essa andranno applicate quelle regole processuali ricavabili dal sistema del nostro codice che si riferiscono in maniera specifica ad un processo che deve essere inquadrato come naturale prosecuzione di quello originariamente proposto con la domanda arbitrale.

La prima e immediata conseguenza che ne deriva è che la mancata riassunzione o l'estinzione del giudizio rescissorio non conducono alla condizione di definitività del lodo: in tal caso, infatti, si deve ritenere estinto l'intero giudizio originariamente proposto di fronte al collegio arbitrale e tutta l'attività processuale fino a quel momento spesa può ritenersi definitivamente perduta. Farebbe difetto, in sostanza, un provvedimento al quale affidare in maniera definitiva la disciplina del rapporto compromesso in arbitri.

Non sembra, però, che sia possibile applicare analogicamente la disposizione dell'art. 394, ove essa prevede un termine trimestrale, decorrente dalla pubblicazione della sentenza, per riassumere il processo.

Data la natura marcatamente volontaristica dell'arbitrato, può ritenersi non sussistente uno specifico termine per instaurare il nuovo processo arbitrale, essendo detta facoltà rimessa alle parti, uniche interessate alla prosecuzione del giudizio.

Fondata obiezione è quella secondo la quale un simile approccio comporterebbe un procrastinarsi *sine die* della litispendenza arbitrale²³⁹. Ma può concludersi considerando come sia esclusivo interesse di almeno una delle parti (quella che ha visto l'annullamento del lodo a sé sfavorevole) porre fine alla situazione di protratta incertezza che si è venuta creando ed

²³⁸ Come già ampiamente detto nel capitolo precedente, in quest'ultimo caso riprende vigore la convenzione arbitrale e il giudizio di merito dovrà essere svolto dinnanzi al collegio arbitrale (art. 830 comma terzo c.p.c.).

²³⁹ È abbastanza inverosimile pensare che le parti abbiano predisposto, nella convenzione arbitrale, un termine entro il quale riassumere il giudizio in caso di accoglimento dell'eventuale impugnazione per nullità.

evitare, così, il prolungamento a tempo indefinito degli effetti sostanziali e processuali della domanda arbitrale originaria.

La parte, in conclusione, non sarà pressata da alcun vincolo temporale nell'instaurazione del giudizio rescissorio, ma sarà pur sempre il suo interesse ad una disciplina (a sé verosimilmente favorevole) del rapporto controverso a comportare un tempestivo avvio del processo finalizzato all'adozione di una pronuncia sostitutiva.

In dottrina²⁴⁰, poi, si è correttamente messo in luce che non sarebbe neppure possibile ricorrere ad un'applicazione analogica dell'art. 353 secondo comma c.p.c., il quale prevede che, in sede di giudizio d'appello, la rimessione al primo giudice per vizi di giurisdizione o competenza, subisca il termine di decadenza di sei mesi, decorrenti dalla notificazione della sentenza.

Ulteriormente, ci sia dato valutare un non secondario aspetto, quello delle persone fisiche chiamate a comporre il collegio giudicante privato in fase rescissoria: resta, infatti, da chiedersi se il nuovo giudizio spetti agli stessi arbitri che hanno giudicato nel corso del primo processo arbitrale oppure a nuovi giudici privati²⁴¹.

La soluzione che deve ritenersi assolutamente preferibile è quella che le parti procedano alla nomina di nuovi arbitri²⁴². Cosa che, peraltro, non si pone in contrasto con la dichiarata perdurante litispendenza del giudizio arbitrale, ma che, anzi, si concilia con la necessità che i nuovi arbitri adottino una pronuncia sostitutiva di quella viziata emessa dai colleghi precedentemente investiti della funzione giudicante.

Per cogliere la bontà di quanto poc'anzi affermato, si può svolgere un ultimo ragionamento, passibile, addirittura, di mettere in luce una possibile traccia di contrarietà al dettato costituzionale dell'art. 830 comma terzo.

A tal fine, si ponga mente al fatto che, allorché il giudizio rescissorio sia affidato al collegio arbitrale, questa disposizione non prevede un meccanismo riassuntivo di conservazione degli effetti della domanda originariamente proposta.

Si consideri il caso della pronuncia resa oltre il termine e la differente disciplina applicabile a seconda che gli arbitri dichiarino l'estinzione del processo o proseguano nella decisione di merito, incuranti dell'eccezione di tardività della pronuncia sollevata dalle parti.

²⁴⁰ Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 165.

²⁴¹ I quali, peraltro, potrebbero essere gli stessi, purché vi sia una nuova nomina ritualmente espletata.

²⁴² Verde, *op. ult. cit.*, 164.

In quest'ultima evenienza, il lodo reso sarà impugnabile di fronte alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 829 comma primo n. 6 c.p.c. e ad esso farà seguito una pronuncia rescissoria della stessa Corte d'appello.

Nel primo caso, invece, si avrà una chiusura in rito del processo, senza che l'art. 821 preveda un meccanismo atto a garantire la conservazione degli effetti della domanda.

Parimenti problematica, proprio perché inidonea a consentire la conservazione degli effetti dell'originaria domanda, è l'ipotesi in cui vi sia un'erronea dichiarazione di estinzione del processo nel caso in cui la pronuncia avrebbe potuto essere tempestiva.

Il lodo di rito così reso potrà essere impugnato ai sensi dell'art. 829 comma primo n. 10 e, nel caso venga annullato, la pronuncia sostitutiva *ex art.* 830 terzo comma sarà di competenza di un nuovo collegio arbitrale. Con la conseguenza che, *medio tempore*, in difetto di un adeguato meccanismo riassuntivo, si saranno perduti gli effetti della domanda originariamente proposta.

Tutto ciò appare ingiustificabile se messo a confronto con la diversa ipotesi in cui gli arbitri, incuranti dell'eccezione di parte, nonostante la tardività della pronuncia abbiano emesso una pronuncia di merito.

In questo caso, la parte soccombente potrà impugnare il lodo dinnanzi alla Corte d'appello ai sensi del n. 6 del primo comma dell'art. 829 c.p.c. e l'eventuale pronuncia rescissoria sarà affidata alla medesima autorità che ha dichiarato l'annullamento del lodo in fase rescindente.

In quest'ultima ipotesi, gli effetti dell'originaria domanda non andranno perduti, perché non si avrà nessuna soluzione di continuità: la Corte d'appello, una volta annullato il lodo, provvederà all'adozione della pronuncia sostitutiva, senza che il processo introdotto di fronte agli arbitri venga a perdere gli effetti prodotti con la litispendenza.

Come si vede, sembra quanto meno inopportuno (se non costituzionalmente illegittimo) che le parti non possano beneficiare degli effetti conservativi della domanda arbitrale per il dato, del tutto estrinseco, che gli arbitri abbiano erroneamente chiuso in rito il processo arbitrale, anziché pronunciare nel merito. Sembra illogico che il processo subisca soluzione di continuità nel caso in cui gli arbitri erroneamente non pronuncino nel merito, ritenendosi tardivi per lo spirare del termine e nel caso in cui la pronuncia sia successivamente impugnata di fronte alla Corte d'appello, mentre diversa sorte spetti alla pronuncia di merito resa da

arbitri incuranti della loro tardività nell'adozione del lodo e sempre nell'ipotesi in cui il lodo sia annullato dai giudici d'appello.

Da tale differenziato regime di conservazione degli effetti della domanda si ricava un ulteriore motivo di sostegno alla tesi della preservazione degli effetti dell'originaria domanda anche nel caso in cui il giudizio rescissorio sia affidato, anziché alla Corte d'appello, ai giudici privati, così come avviene nell'ipotesi contemplata dal decimo motivo preso in considerazione dal primo comma dell'art. 829 c.p.c.

3. La contiguità tra fase rescindente e rescissoria: l'insussistenza della necessità di formulare la richiesta della pronuncia di merito e la possibilità che la decisione della Corte d'appello sia ad un tempo caducatoria e sostitutiva.

Come si è ampiamente considerato nel secondo capitolo, la fase rescissoria dell'impugnazione per nullità è situazione di eventuale e non necessaria verifica. È innegabile, però, che, nei casi in cui sussista la necessità di una pronuncia sostitutiva, tra le due fasi dell'impugnazione per nullità si realizzi un'evidente contiguità.

Ciò comporta che l'interprete si interroghi su una serie di questioni che la suddetta consequenzialità fra le due fasi fa emergere.

Occorre, innanzitutto, chiedersi se la parte che proponga l'impugnazione per nullità debba anche provvedere ad elaborare espressamente la richiesta di una riforma nel merito del lodo.

Secondo il tradizionale e prevalente orientamento, ancor oggi condivisibile, l'atto con cui si propone l'impugnazione per nullità contiene in sé l'implicita volontà di ottenere anche l'eventuale consequenziale pronuncia nel merito²⁴³.

²⁴³ Longo, *Impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. Arb.* 1994, 192; *contra* Pajardi-Quadrani, *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza*, Milano 1992. A sostegno della contiguità tra fase rescindente e rescissoria si vedano, ancora in epoca antecedente la riforma del 2006, Fazzalari, *Sub. art. 827 c.p.c. (Mezzi di impugnazione)*, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato, Commentario*, Milano 1994, 216-217; Ruffini, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano 2000, 3554 e ss.; Zucconi Galli Fonseca, *Sub art. 829 c.p.c., Casi di nullità*, in AA.VV., *Arbitrato (Commento al titolo VIII del codice di procedura civile – artt. 806-840)*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 737 e ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, 215-216 e, più di recente, Lombardini, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano 2007, 280, ove l'autrice evidenzia come una parte della dottrina consideri, anche attualmente, il giudizio di impugnazione come giudizio in unico grado. Per la giurisprudenza si vedano Cass., 1 luglio 2004, n. 12031 e Cass., 30 gennaio 2002, n. 1230, che si esprime nei seguenti termini: "il giudizio rescissorio, conseguente alla dichiarazione di nullità di lodo arbitrale rituale... non è subordinato alla proposizione di specifica

La naturale contiguità tra giudizio rescindente e rescissorio costituisce, in questa prospettiva, il principale indice del fatto che la richiesta di annullamento del lodo comporti, anche implicitamente, l'adozione di una pronuncia sostitutiva²⁴⁴.

Del resto, la Suprema Corte aveva avuto modo di chiarire approfonditamente la ragione di detta affermazione²⁴⁵. L'impugnazione del lodo arbitrale tende ad instaurare un procedimento nel quale si vuole ottenere, attraverso un provvedimento intermedio che dichiari la nullità del lodo stesso, il riesame del merito. Pertanto, è chiaro che la domanda di riforma in sede rescissoria implica e presuppone la declaratoria d'invalidità, atto necessario, ma meramente strumentale rispetto al riesame della causa.

Non è, quindi, necessario che ci sia un'istanza formale o un'espressa manifestazione di volontà in tal senso contenuta nelle conclusioni, ben potendo la domanda risultare implicitamente o indirettamente dalle deduzioni o richieste delle parti, da cui possa essere desunta²⁴⁶.

Del resto, più in generale in tema d'interpretazione delle domande giudiziali, occorre tenere presente che la domanda comprende non soltanto quello che viene espressamente enunciato nel *petitum*, ma anche ogni altro provvedimento che ne sia la logica ed imprescindibile premessa.

Nell'atto d'impugnazione per nullità la domanda di riforma non si sostanzia in un'astratta dichiarazione del diritto vantato in sede arbitrale, ma in una revisione del giudizio logico espresso dagli arbitri che si traduca in una pronuncia diversa e al proponente favorevole, ottenuta, però, attraverso il "passaggio obbligato" della fase rescindente²⁴⁷.

La nuova formulazione dell'art. 830 sembra confermare il richiamato orientamento, dal momento che si limita a prevedere che la Corte decida la controversia nel merito "*se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829 commi primo nn. 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11) e 12),*

domanda volta ad ottenere la pronuncia di merito, essendo tale domanda implicitamente contenuta nell'impugnazione per nullità".

²⁴⁴ Sempre che di essa, ovviamente, vi sia necessità.

²⁴⁵ Cass., 16 giugno 1997, n. 5370, in Mammone, *L'arbitrato*, Milano 2003, 223 e, più di recente, Id., 30 gennaio 2002, n. 1230, in Mammone, *op. ult. cit.*, 223.

²⁴⁶ In tal senso si vedano anche le più risalenti Cass., 3379/1995; Cass., 7182/1994; Cass., 5050/1987 e Cass., 5242/1984.

²⁴⁷ Non si pone in contrasto con detto ragionamento quanto asserito da Cass., 1124/1992, ove si ribadisce esclusivamente che l'impugnazione del lodo dà vita ad un giudizio finalizzato ad accertare la sussistenza di una delle nullità previste all'art. 829 c.p.c. e che, se il giudizio rescindente si conclude con l'accertamento dell'esistenza di una di tali cause, è possibile, ai sensi dell'art. 830 c.p.c., il riesame nel merito della decisione arbitrale come oggetto del *iudicium rescissorium*.

terzo, quarto o quinto...salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo”.

Dalla lettera normativa s’inferisce, infatti, che, salvo espressa deroga pattizia delle parti, l’annullamento del lodo per i motivi indicati comporta *de plano* la possibilità che la Corte decida nel merito e ciò senza la necessità di un’esplicita formulazione in tal senso operata da chi propone l’impugnazione²⁴⁸.

Una seconda questione su cui merita appuntare l’attenzione è quella attinente all’eventualità che la Corte d’appello decida unitariamente, con un’unica sentenza, dell’eventuale annullamento del lodo e del conseguenziale merito della controversia. In altri termini, è sempre necessario scindere materialmente la fase rescindente e quella rescissoria o è possibile che la Corte d’appello intervenga direttamente con un’unica pronuncia che sia, al contempo, di annullamento e sostitutiva?

Il fatto che la fase rescindente e quella rescissoria siano logicamente distinte è dato certamente pacifico²⁴⁹, ma si deve tener conto che nella prassi non è infrequente che la decisione caducatoria del lodo e quella sostitutiva di merito possono essere rese contestualmente.

Il fatto che ciò sia possibile trova conferma in diverse pronunce della Suprema Corte²⁵⁰.

Con la sola precisazione che le due fasi siano concettualmente distinte e che ciò traspaia anche dalle argomentazioni addotte nella motivazione della sentenza: si è precisato, infatti, che le ragioni poste alla base del giudizio rescissorio non possono essere impiegate a sostegno dell’eventuale annullamento del lodo compiuto in fase rescindente. In particolare, si è affermato che, pur vero che l’unificazione della fase rescindente e di quella rescissoria non costituisce causa di nullità del procedimento qualora il giudice abbia tenuto distinte sul piano

²⁴⁸ Una simile valutazione poteva svolgersi anche alla luce del dato normativo pregresso, benché si rivelasse più articolato di quello attuale. Secondo il testo successivo alla novella del 1994 ed antecedente a quello attuale, infatti, la Corte “*pronuncia anche sul merito se la causa è in condizione di essere decisa ovvero rimette la causa all’istruttore, se per la decisione nel merito è necessaria una nuova istruzione*”: detta formulazione, così come quella più recente, sembra valorizzare l’idea che alla decisione di merito si arrivi, ove sia necessaria, senza la necessità della formulazione di un’esplicita richiesta in tal senso.

²⁴⁹ *Ex multis*, Punzi, *op. ult. cit.*, 245 e ss.

²⁵⁰ Cass., 23 novembre 2000, n. 15126, in *Giust. civ.*, 2001, 1601 e ss. e in *Giur. it.*, 2001, 1846 e ss.; Cass., 9 dicembre 1996, n. 10955, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Arbitrato*, n. 126; Cass., 9 novembre 1988, n. 6022, in *Mass. Foro it.*, 1988, c. 894 e Cass., 23 gennaio 1984, n. 540, *cit.*, c. 111.

logico, giuridico e concettuale le due fasi, non di meno va ribadito che le motivazioni a sostegno del giudizio di merito non possono andare a profitto della caducazione del lodo²⁵¹.

Il che importa che l'errore del predetto giudice non si situa certo nella contestualità di trattazione delle questioni pertinenti all'una o all'altra fase, bensì nell'utilizzazione di parametri comuni per formulare giudizi pertinenti ad entrambi i momenti procedimentali, tanto da perdere consapevolezza dei confini concettuali dell'una e dell'altra²⁵².

Quanto alle condizioni in base alle quali sia possibile passare dalla fase rescindente a quella rescissoria in maniera diretta, occorre premettere che, salvo che si ritenga necessaria un'attività istruttoria disponibile d'ufficio (quale la consulenza tecnica, il giuramento suppletorio o l'interrogatorio libero delle parti), perché si profili l'ipotesi dell'ulteriore istruzione è indispensabile che la parte interessata abbia ritualmente formulato le relative richieste e che le prove offerte siano rilevanti e pertinenti e, comunque, ammissibili.

Ove siffatte richieste manchino oppure abbiano per oggetto prove ritenute ininfluenti o inammissibili, il giudice dell'impugnazione del lodo, pronunciatane la nullità, non può esimersi dall'immediata decisione di merito, poiché anche in tale ipotesi la causa si presenta per essa matura²⁵³.

Come si è efficacemente considerato²⁵⁴, il fatto che la lettera dell'art. 830 c.p.c. non illustri più il caso in cui la causa, non ancora matura per la decisione, sia rimessa in istruttoria, non implica che non possa darsi l'eventualità che sia necessario svolgere un'ulteriore attività probatoria.

Potendo trovare applicazione residuale le regole codicistiche relative al giudizio d'appello, infatti, non deve escludersi che i giudici annullino, con sentenza, il lodo arbitrale e, con ordinanza, dispongano la rimessione in istruttoria per giungere ad una decisione di merito, preservando, così, la distinzione tra giudizio rescindente e rescissorio.

La domanda rescissoria non può essere trattata e decisa prima della dichiarazione di nullità del lodo proprio per il difetto di un presupposto processuale condizionante la procedibilità della domanda stessa.

²⁵¹ Cass., 23 novembre 2000, n. 15126, cit.

²⁵² Cass., 4 aprile 1998, n. 3479, in *Rep. Foro it.*, 1988, c. 894, ove l'argomentazione si è interamente dispiegata in valutazioni appartenenti al momento rescissorio per chiudersi con la riferita imputazione dell'argomentazione stessa al momento rescindente e con la automatica riconduzione, alle stesse premesse, della pronunzia reiettiva propria, invece, della fase rescissoria.

²⁵³ Cass., 10 marzo 1986, n. 1592, in *Mass. Foro it.*, 1986, c. 283.

Secondo la tradizionale distinzione operata in dottrina²⁵⁵, i presupposti processuali che condizionano il dovere del giudice di decidere nel merito appartengono a due diverse categorie, in relazione alle conseguenze che si accompagnano alla loro carenza.

Da una parte, vi sono i cc.dd. “requisiti della domanda”, la cui mancanza vincola il giudice a dichiarare la nullità di quest’ultima, dall’altra, vi sono i requisiti che non comportano detta conseguenza, ma che impongono al giudice di arrestarsi alla soglia della domanda di merito. In quest’ultimo caso, il processo è inidoneo a procedere ulteriormente verso la naturale conclusione della pronuncia di merito²⁵⁶.

La distinzione in questione è stata applicata anche alla disciplina delle domande proposte in via meramente eventuale²⁵⁷: il giudice non può decidere nel merito della seconda domanda fino a che la prima domanda non è stata accolta o respinta, risultando, quindi, la trattazione condizionata alla pronuncia sulla decisione della prima domanda²⁵⁸. Si è, in buona sostanza, in una situazione in cui al giudice non sono riconosciuti tutti i poteri che gli sono propri e si verifica uno stato di “ridotta intensità della lite”.

Quando viene introdotta una domanda rispetto alla quale già esistono i requisiti di esistenza, ma non ancora quelli di perseguibilità, non si può ritenere che al giudice sia attribuito un dovere decisorio o, comunque, la titolarità delle funzioni connesse alla successiva trattazione: al giudice, pertanto, è inibita la possibilità di trattare e decidere nel merito la domanda non ancora divenuta procedibile²⁵⁹.

Quanto sino ad ora detto non è esclusiva elaborazione dogmatica italiana, dal momento che anche la prevalente dottrina tedesca ha tradizionalmente elaborato la distinzione tra le due diverse categorie di presupposti processuali più sopra richiamate²⁶⁰.

²⁵⁴ Zucconi Galli Fonseca, *Decisione sull’impugnazione per nullità*, in Carpi, *op. ult. cit.*, 811-812.

²⁵⁵ Mandrioli, *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 793.

²⁵⁶ Sempre Mandrioli, *Termine dilatorio per far valere un diritto in giudizio, condizioni dell’azione, presupposti processuali ed altre categorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 29.

²⁵⁷ Consolo, *Il cumulo condizionale delle domande*, I, Padova, 1985, 107 e ss.

²⁵⁸ La stessa ricostruzione si rinviene in Arieta, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, 111 e ss.

²⁵⁹ Consolo, *op. ult. cit.*, 120. Sul punto si veda anche Lugo, *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1957, 485 e, sul concetto d’improcedibilità della domanda per il difetto di uno dei presupposti in esame, Forni, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1321 e ss.; Natoli, *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, Milano, 1976, 23 e, seppur riferito alla domanda di appello, Vellani, *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 741.

²⁶⁰ Harms, *Reihenfolge der Prüfung von Prozeßvoraussetzungen*, in *ZZP*, 83, 1970, 167; Wieser, *Zulässigkeit und Begründetheit der Klage*, in *ZZP* 84, 1971, 311 e ss.; Schilken, *Zivilproceßrecht*, 2 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, 156; Jauernig, *Zivilproceßrecht*, 25 Aufl., München, 1999, 112 e *Zum Prüfungs und*

In particolare, da questa è stata ricostruita la distinzione tra presupposti che condizionano la trattazione della causa nel merito (cc.dd. *Sachenverhandlungsvoraussetzungen*) e presupposti che condizionano solamente la decisione nel merito della stessa (cc.dd. *Sachentscheidungsvoraussetzungen*).

Questi vengono ben distinti dai cc.dd. *Zulässigkeitvoraussetzungen*, che attengono, invece, all'ammissibilità della domanda, con la conseguenza che, oltre ad esistere presupposti che condizionano l'ammissibilità di una causa o la sua decisione nel merito (*Sachentscheidungsvoraussetzungen*), ve ne sono taluni che inibiscono proprio la trattazione e l'istruzione probatoria della medesima (*Sachenverhandlungsvoraussetzungen*).

Non sembra, pertanto, contestabile l'idea che esige che la domanda rescissoria venga, non solo decisa, ma anche trattata dopo la declaratoria d'invalidità del lodo, proprio perché proposta come conseguenza dell'eventuale pronuncia di nullità.

Se i giudici hanno omesso il rispetto dei presupposti processuali condizionanti la trattazione nel merito, anche tutti gli atti istruttori relativi alla fase rescissoria che ne derivano²⁶¹ non possono dirsi validamente compiuti.

L'avvenuta pronuncia d'invalidità del lodo, infatti, costituisce il presupposto di ulteriore procedibilità della trattazione nel merito della domanda rescissoria.

Non è da escludersi, ulteriormente, che la Corte d'appello decida di caducare il lodo e, nel contempo, provveda a decidere soltanto alcuni dei profili di merito, rimettendo la causa in istruttoria sulle restanti questioni²⁶². In tal caso, le censure relative all'occorsa pronuncia dovranno essere spese avverso la sentenza non definitiva e nel rispetto delle relative regole procedurali²⁶³: anche in questo caso, infatti, la parte, che voglia ottenere il riesame della pronuncia per motivi di legittimità, ha l'onere d'impugnare immediatamente la decisione oppure di riservarsene l'impugnazione a norma dell'art. 361 c.p.c., producendosi, in

Entscheidungsvorrang von Prozeßvoraussetzungen, in *Festschrift für Schiedermaier*, Tübingen, 1976, 284; Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilproceßrecht*, 15 Aufl., München, 1993, 535; Hartmann, *Grundz. § 253*, in Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, *Zivilproceßordnung*, 56 Aufl., München, 1998, 798; Olroth, *Zur neueren Kritik der Lehre von den Proceßvoraussetzungen*, in *Jur. Analysen*, 1970, 708; Pohle, *Zur Rangordnung der Proceßvoraussetzungen*, in *ZZP* 81, 1968, 161 e Rimmelpacher, *Proceßvoraussetzungen in der Revisionsinstanz*, in *ZZP* 88, 1975, 245.

²⁶¹ Siano essi di ammissione delle prove dedotte o di successiva assunzione.

²⁶² Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 812.

²⁶³ Cass., 12 gennaio 1989, n. 85, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Arbitrato*, n. 108.

mancanza, il passaggio in giudicato della decisione e l'improponibilità, nella fase successiva, di domande che contrastino con essa²⁶⁴.

4. La formazione dell'organo giudicante.

Giungiamo, infine, alla disamina di un profilo di carattere propriamente tecnico, vale a dire la composizione dell'organo giudicante per la pronuncia di merito, avendo cura di distinguere il caso in cui permanga la convenzione d'arbitrato dall'ipotesi in cui il giudizio rescissorio sia rimesso alla Corte d'appello.

Nel primo caso, una volta intervenuto l'annullamento della decisione arbitrale, la decisione di merito deve essere rimessa al giudizio privato, in considerazione della perdurante vigenza della convenzione arbitrale.

A tal proposito, va segnalato che il nodo, oltre che consistere nella valutazione della necessità che a giudicare siano gli stessi arbitri oppure che sia doveroso investire del giudizio nuovi soggetti, attiene al tema della conservazione degli effetti dell'originaria domanda.

Così come è riconosciuto da autorevole dottrina²⁶⁵, sembra più agevolmente sostenibile che non si tratti di vera e propria rimessione del giudizio di merito con conseguente mancata conservazione degli effetti dell'originaria domanda.

Ciò anche alla luce del fatto che gli arbitri nuovamente investiti della decisione non possono essere gli stessi che hanno deliberato il lodo annullato: in detta ipotesi, peraltro, essi si esporrebbero al fondatissimo rischio di essere ricusati a norma dell'art. 815 c.p.c. e, segnatamente, in ragione del fatto che essi hanno già prestato il loro servizio in una precedente fase del giudizio che ha visto coinvolte le medesime parti.

A corroborare ciò, comunque, si deve tenere in debita considerazione il fatto che non sia prevista alcuna disposizione che, a differenza dell'art. 353 c.p.c., fissi un termine di decadenza per riassumere la causa di fronte ai nuovi giudici privati: con l'evidente conseguenza che tutto resta affidato all'iniziativa di una delle parti che, per uscire dallo stato d'incertezza, proceda a quanto in suo potere per la designazione dell'organo giudicante.

Veniamo, dunque, alla diversa ipotesi in cui la pronuncia sostitutiva sia affidata alla Corte d'appello.

²⁶⁴ In tal senso si vedano Cass., 14 marzo 1978, n. 1276 e Cass., 30 giugno 1969, n. 3078.

Prima della riforma del 2006, l'art. 830 prevedeva che “*la corte di appello pronuncia anche sul merito se la causa è in condizione di essere decisa, ovvero rimette con ordinanza la causa all'istruttore, se per la decisione del merito è necessaria una nuova istruzione*”.

All'indomani della novella del 1994 si era posto il problema del coordinamento tra la previsione testé richiamata e la riforma del procedimento nel giudizio di fronte alla Corte d'appello, con particolare riguardo alla composizione dell'organo giudicante.

Il problema consisteva essenzialmente nel capire se nel giudizio d'impugnazione per nullità permanesse la dualità tra istruttoria affidata al giudice monocratico e decisione collegiale oppure se tutto il giudizio dovesse essere trattato anch'esso dal collegio.

Al riguardo potevano richiamarsi tre diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali.

Secondo una prima prospettiva, sarebbe stato necessario appellarsi alla lettera normativa per ribadire la necessità che l'istruttoria fosse affidata al consigliere istruttore, essendo la sola fase decisoria di competenza del collegio²⁶⁶: in altri termini, nonostante la riforma del 1990 avesse rimesso l'istruzione al collegio, l'impugnazione per nullità si sarebbe svolta ancora con la ripartizione di funzioni tra quest'ultimo e il giudice istruttore.

In quest'ottica, può essere utile richiamarsi al ragionamento effettuato da una certa giurisprudenza di merito²⁶⁷, la quale fonda la suddetta tesi sulla seguente ricostruzione.

L'art. 350 c.p.c. letteralmente prevede che “*davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è collegiale*” e, secondo un'interpretazione restrittiva della disposizione in questione, il termine “*appello*” alluderebbe solamente all'ipotesi in cui la Corte è chiamata ad intervenire in merito a giudizi di secondo grado, non anche in quelli in cui essa è chiamata ad operare nella veste di giudice di primo ed unico grado, come avviene nel caso dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale²⁶⁸.

²⁶⁵ Verde, *op. ult. cit.*, 165.

²⁶⁶ Cecchella, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, Torino 2005, 283; Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. Arb.*, 1995, I, 26-27 e Punzi, *op. ult. cit.*, 180.

²⁶⁷ App. Firenze, 4 luglio 2003, in *Riv Arb.*, 2003, 785 e ss., con nota di Occhipinti, *Sull'impugnazione per nullità del lodo: luogo di notifica dell'atto introduttivo e rito applicabile*, in *Foro it.*, 2003, I, 2815-2816 e in *Dir. e Giust.*, 2003, n. 36, 83 e ss., con nota di Cassano e di Nisati.

²⁶⁸ Va ricordato che i giudizi d'appello non sono i soli che si svolgono dinanzi alla Corte, in quanto, accanto ad essi, ve ne sono altri in cui essa opera come giudice di primo ed unico grado, per i quali non si applica il rito previsto per l'appello: si pensi al giudizio di riconoscimento delle sentenze straniere (art. 67 comma primo della legge n. 218 del 1995), al giudizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione (artt. 19 e 20 della legge n. 865 del 1971) e ai giudizi relativi alle violazioni della normativa *antitrust* (art. 33 comma secondo della legge n. 287 del 1990).

Di conseguenza, in tutti i casi in cui può ravvisarsi una competenza funzionale di detto giudice, in veste diversa da quella di giudice di secondo grado, si dovrebbe escludere il vincolo alla trattazione collegiale inferibile dall'art. 350 comma primo. Nel caso dell'impugnazione per nullità, poiché il lodo non è una pronuncia di primo grado e poiché, rispetto ad esso, quello di fronte alla Corte d'appello non si pone come vero e proprio giudizio di appello, è possibile che la trattazione si esima dal rispetto della collegialità.

In considerazione, per di più, del fatto che l'allora vigente art. 830 c.p.c. faceva riferimento al giudice istruttore, non si trovavano ostacoli a ritenere di prevalente applicazione la regola illustrata da quest'ultima disposizione. Il richiamo alla figura del giudice istruttore era considerato indice sicuro del fatto che il procedimento si svolgesse secondo la disciplina dettata per il tribunale in composizione collegiale, contraddistinta dalla distribuzione dei compiti tra istruttore e collegio.

All'estremo opposto si poneva, invece, chi riteneva che fossero da applicarsi le regole sul giudizio di fronte alla Corte d'appello così come modificate nel 1990: ne conseguiva che il dato testuale dell'art. 830 c.p.c. avrebbe dovuto cedere di fronte alla più generale previsione della legge processuale in materia di rito d'appello²⁶⁹. Il codice, in buona sostanza, avrebbe presentato, sotto tale aspetto, un difetto di coordinamento cui sarebbe spettato all'interprete far fronte, mediante la prevalente applicazione delle norme sull'istruttoria in appello.

Da notarsi, peraltro, che, secondo la ricostruzione fatta dalla Suprema Corte di questo indirizzo²⁷⁰, non sempre la trattazione rimessa al giudice monocratico avrebbe costituito un

²⁶⁹ Califano, *op. ult. cit.*, 319 e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 108 e, in giurisprudenza, Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. Arb.*, 2005, 275 e ss. con nota di Maccarrone, *Sul rito da applicare al giudizio d'impugnazione per nullità del lodo*; Cass., 19 settembre 2003, n. 13894, in *Riv. Arb.*, 2004, 288, con nota di Grossi, *La falsità della dichiarazione concernente la conferenza personale degli arbitri ex art. 829 n. 3 c.p.c.: l'impugnazione ex art. 829 c.p.c. e la querela di falso*, ove si specifica che il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale rituale segue i principi generali che regolano l'ordinario giudizio avanti alle corti di appello: conseguentemente, considerata la totale collegialità di questo giudizio, l'assunzione delle prove ammesse deve essere effettuata in composizione collegiale e in *Giust. civ.*, 2004, I, 1313 e ss., con nota di Atterritano, *Note sul giusto procedimento davanti alla Corte d'appello (a proposito del giudizio di nullità del lodo)*; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1731, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1881 e in *Giur. it.*, 2002, 287, con nota di Nela, ove, peraltro, si legge espressamente che l'art. 830 comma secondo c.p.c. (nella parte in cui prevede la rimessione della causa davanti all'istruttore se per la decisione del merito, conseguente alla dichiarazione di nullità del lodo, è necessaria una nuova istruzione) deve intendersi abrogato per incompatibilità con gli artt. 55 e 81 della legge 26 novembre 1990 n. 353, i quali, modificando l'art. 350 c.p.c. e l'art. 128 disp. att. c.p.c., hanno previsto, quale disciplina ordinaria del procedimento davanti alla Corte d'appello, la trattazione collegiale e l'abolizione della figura del consigliere istruttore.

²⁷⁰ Vedi, in particolare, Cass., 7 febbraio 2001, n. 1731, cit.; Id., 23 novembre 2001, n. 14857, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2001; Cass., 19 settembre 2003, n. 13894, cit. e, più di recente, Cass., 18 aprile 2005, n. 8070, in *Giur. it.*, 2006, 799, con nota di Catalano; Id., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Guida al dir.*, 2005, n. 34, 58 e Id., 22 luglio 2005, n. 15503, *ibidem*, n. 44, 68.

vizio di costituzione dell'organo giudicante ai sensi dell'art. 158 c.p.c., giacché la violazione della regola della trattazione collegiale del procedimento che si svolge davanti alla Corte d'appello non si sarebbe tradotta in un vizio rilevante *ex art.* 158 c.p.c. e non avrebbe comportato la nullità assoluta della relativa pronuncia, quando l'attività in concreto svolta (illegittimamente) dal giudice monocratico su delega del collegio avesse avuto rilievo meramente ordinatorio, mentre tale vizio sarebbe stato riscontrabile allorché detto giudice avesse esercitato un'attività sostanzialmente istruttoria implicante funzioni valutative, riservate dalla legge al collegio. Così, nella specie, si era esclusa la ravvisabilità del vizio di costituzione del giudice in un caso nel quale l'istruttore si era limitato a dirigere l'udienza di prima comparizione e quella di precisazione delle conclusioni.

Ove si fosse trattato di attività istruttoria espletata dal consigliere istruttore, la nullità (relativa) che ne sarebbe discesa avrebbe dovuto essere tempestivamente eccepita, ai sensi dell'art. 157 c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva, rimanendo, al contrario, sanata²⁷¹. Altro argomento su cui detto orientamento faceva leva era quello desumibile dagli artt. 400 e 406 c.p.c., rispettivamente dettati in materia di revocazione ed opposizione di terzo, a norma dei quali davanti al giudice adito con un mezzo d'impugnazione si osservano le norme stabilite per il procedimento dinnanzi allo stesso, in quanto non espressamente derogate dalla più specifica disciplina. Con ciò dovendosi intendere le regole proprie del procedimento considerato come ordinario innanzi al giudice adito.

Da qui si poteva inferire un principio di carattere generale in base al quale, ove il legislatore non abbia diversamente disposto, innanzi al giudice adito in sede d'impugnazione deve sempre applicarsi il procedimento previsto come ordinario di fronte a quale giudice: la qual cosa poteva dirsi ascrivibile anche al giudizio di cui all'art. 828 c.p.c.

Essendo, poi, il procedimento ordinario di fronte alla Corte d'appello quello descritto dall'art. 350 primo comma c.p.c., ne seguiva che il giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale rituale, svolgentesi dinnanzi alla Corte d'appello, doveva attenersi al rito a trattazione collegiale previsto dal suddetto articolo²⁷².

²⁷¹ Cass., 18 aprile 2005, n. 8070, cit.

²⁷² Una condivisibile notazione critica all'illustrato orientamento della Cassazione, in particolare al richiamo agli artt. 400 e 406 in materia di revocazione e di opposizione di terzo, si rinviene in Maccarrone, *op. ult. cit.*, 282 e ss., il cui ragionamento può essere sintetizzato nei seguenti termini. Il rinvio della Suprema Corte agli artt. 400 e 406 c.p.c., infatti, doveva intendersi riferito non al rito ordinariamente seguito di fronte al giudice adito, bensì a quello che aveva contraddistinto la pregressa fase di giudizio. Anche perché non sempre era chiara l'identificazione del rito

Le norme di cui agli artt. 339 e ss. c.p.c. non venivano invocate quale specifica disciplina dell'appello, bensì quale normativa dei giudizi che si svolgono di fronte alla Corte, indipendentemente dalla natura del giudizio svolto: così, anche nei procedimenti di unico grado, quali, oltre all'impugnazione per nullità del lodo, anche il giudizio di delibazione delle sentenze dei tribunali ecclesiastici di competenza della medesima Corte²⁷³.

Con esplicito riguardo all'impugnazione per nullità del lodo, in sostanza, si riteneva applicabile il regime della collegialità nella trattazione, in quanto il richiamo alla figura del giudice istruttore di cui all'art. 830, avrebbe dovuto ritenersi successivo alla declaratoria di nullità del lodo, per il caso in cui si fosse resa necessaria, in sede rescissoria, un'ulteriore istruzione. Nella fase rescindente, al contrario, avrebbe prevalso la collegialità, in quanto caratteristica del processo che ordinariamente si svolgeva di fronte ai giudici di appello.

Da ultimo, comunque, si faceva leva sul già citato argomento dell'implicita abrogazione per incompatibilità della norma *de qua*, in quanto l'entrata in vigore degli artt. 55 e 81 della l. n. 353/1990, che hanno introdotto l'attuale formulazione dell'art. 350, è comunque successiva alla l. n. 25/1994²⁷⁴.

ordinario da applicarsi, poiché i giudizi di revocazione e di opposizione di terzo, ai sensi dei succitati articoli, potevano svolgersi di fronte alla Corte d'appello, come dinnanzi al tribunale: se in corte potevano ritenersi operanti due diversi riti (quello da seguire nei casi in cui essa operasse come giudice d'appello e quelli nei quali operasse come giudice di primo e unico grado), di fronte al tribunale potevano percorrersi tre diverse strade (quella, invero rara, della trattazione interamente collegiale, quella interamente monocratica e quella, a un tempo, a trattazione monocratica e a decisione collegiale). Mentre in Corte d'appello il rito collegiale poteva ritenersi ordinario, dei tre riti impiegabili di fronte al tribunale, al contrario, nessuno poteva assumersi come ordinario. Oltre a detto argomento, peraltro, se ne adduceva uno ulteriore basato sulla funzione delle impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo che, come noto, "*non risalgono di grado, in quanto vanno proposte...innanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata*". Mentre le impugnazioni che risalgono di grado sono essenzialmente deputate ad un ripensamento critico dell'operato del giudice nel precedente giudizio, quelle più sopra richiamate sono dirette al rifacimento del giudizio sulla base della considerazione di nuove circostanze cognitive, delle quali il precedente giudice non poteva tener conto, in quanto a lui non rappresentate. Proprio perché queste ultime si propongono al medesimo giudice, esse richiedono una disciplina del procedimento omogenea a quella della precedente fase. Dagli artt. 400 e 406 c.p.c., secondo l'autore, non poteva neppure ricavarci la sussistenza di un principio di carattere generale per il quale, ove il legislatore non avesse diversamente disposto, innanzi al giudice adito con un'istanza d'impugnazione, si sarebbe dovuto applicare il procedimento assunto come ordinario di fronte al giudice adito. Trattasi, infatti, di norme specificamente dettate per quei particolari rimedi impugnatori. Né, a maggior ragione, il principio inferibile dagli articoli in questione, poteva dirsi applicabile al rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale di cui all'art. 828 c.p.c., non foss'altro per il fatto che questo giudizio non era preceduto da una fase processuale svoltasi di fronte ad un giudice statale, alla quale potesse attingersi la disciplina da applicare. Ciò, peraltro, non inficiava, agli occhi dell'autore, l'idea che il rito interamente collegiale (di cui all'art. 350 comma primo parte prima c.p.c.) fosse quello ordinariamente impiegato nei giudizi di fronte alla Corte d'appello, ma la considerazione risultava del tutto superflua, ove si fosse ritenuto che gli artt. 400 e 406 c.p.c. avrebbero dovuto essere interpretati come postulanti il richiamo al procedimento seguito nella fase processuale pregressa.

²⁷³ Cass., 4 luglio 1998, n. 6551, in *Dir. eccl.*, 1999, II, 114.

²⁷⁴ Vedi *supra*, nota 33. Per una critica al suddetto argomento si veda ancora Maccarrone, *op. ult. cit.*, 293-294, il quale, oltre a ritenere che l'abrogazione del secondo comma dell'art. 830 c.p.c. per il coordinato operare degli artt.

In terza battuta, infine, quale tesi intermedia tra le due or ora accennate, si era sviluppato un orientamento affermato da autorevole dottrina ed avallato da una certa giurisprudenza di merito²⁷⁵.

Secondo tale tesi, il requisito della collegialità previsto per i giudizi di fronte alla Corte d'appello avrebbe dovuto essere rispettato per la sola fase rescindente dell'impugnazione per nullità, mentre, nel caso in cui si fosse resa necessaria la rimessione al giudizio rescissorio, sarebbe stato il consigliere istruttore a dover provvedere alla trattazione della causa, sempre restando collegiale la sola fase decisoria. In questa maniera, in buona sostanza, si sarebbe colta l'utilità effettiva della previsione della figura del consigliere istruttore nell'art. 830 e si sarebbe attenuato il suo contrasto con la disciplina generale dei giudizi di fronte alla Corte d'appello, giacché si sarebbe trattato di norma ascrivibile alla sola fase rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo.

A corroborare detta affermazione si poneva il fatto che l'inibitoria dell'esecutività del lodo, ottenibile soltanto in sede rescindente, fosse, in maniera pacifica, da riconoscersi alla competenza collegiale²⁷⁶. Oltremodo, si considerava la riconosciuta inapplicabilità del terzo comma dell'art. 351 c.p.c. e si sottolineava come la competenza collegiale fosse da ritenersi così tanto forte da escludere anche l'intervento in tal senso del Presidente, al quale, pertanto, veniva negato anche il precario potere di sospensione attribuitogli nel normale giudizio di appello, ai sensi del succitato comma.

Ciò andava a confortare l'idea che la collegialità fosse prerogativa della fase rescindente: se, infatti, la possibilità di concedere misure cautelari era, nel nostro sistema, attribuzione del giudice del merito, era innegabile che di giudice istruttore non si sarebbe potuto parlare nella fase rescindente, dacché, in caso contrario, a questi sarebbe stata rimessa la possibilità di concessione o negazione dell'inibitoria, stante il disposto dell'art. 669 *quater* secondo comma c.p.c.

400, 406 e 350 c.p.c. costituissero un'inopportuna petizione di principio, evidenziava come fosse paradossale che una legge promulgata nel 1990 avesse abrogato per incompatibilità una legge (25/1994) promulgata oltre tre anni dopo, solo perché entrata in vigore successivamente ad essa.

²⁷⁵ Tra gli altri Vaccarella, *Lodo rituale e sospensione dell'esecutività dopo la riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1995, 704. Più problematico, pur condividendo la tesi in questione, appare La China, *op. ult. cit.*, 188, il quale definiva il risultato dell'applicazione della suddetta norma "un poco commendevole guazzabuglio". In giurisprudenza si veda App. Torino, 26 novembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 2161.

²⁷⁶ Sempre Vaccarella, *op. ult. cit.*, 704-705.

Se, in definitiva, la fase rescindente fosse stata affidata alla dualità collegio/giudice istruttore, quest'ultimo sarebbe risultato indebitamente espropriato del potere cautelare, mentre la tesi dell'affidamento al collegio della fase rescindente si sarebbe rivelata ben coerente con il sistema che affida il potere cautelare al giudice competente per il merito (rescindente) dell'impugnazione²⁷⁷.

Corollario di tale ragionamento, in conclusione, era il riconoscimento dell'esclusività dell'intervento collegiale come caratteristica della sola fase rescindente e la riproposizione della ripartizione di funzioni tra giudice collegiale e monocratico nell'eventuale successiva fase rescissoria²⁷⁸.

Con il d.lgs. 40/2006, invece, è scomparso ogni riferimento al giudice istruttore e l'art. 830 non prevede alcunché in ordine alla costituzione dell'organo giudicante, vuoi per il giudizio rescindente, vuoi per quello rescissorio.

Ancor oggi, pertanto, si pone il problema di capire se sia applicabile il rito interamente collegiale previsto per il giudizio di fronte alla Corte d'appello anche nella fase rescissoria²⁷⁹: la non esplicita indicazione del legislatore in favore della collegialità lascia aperte, infatti, le diverse ipotesi sopra illustrate.

Tuttavia, il fatto che sia stato espunto dall'articolo in esame il riferimento al giudice istruttore consente di avvalorare la tesi secondo la quale il rito applicabile, in linea generale, al giudizio d'impugnazione per nullità, in entrambe le sue fasi, è quello previsto per il giudizio dinnanzi alla Corte d'appello.

Il fatto che non si parli più della figura del consigliere istruttore non è certo un argomento infallibile o insuperabile, ma, senza dubbio, si tratta di un forte indizio in favore della trattazione interamente collegiale dell'impugnazione per nullità, anche in sede rescissoria.

²⁷⁷ Anche la riproposizione dell'istanza cautelare rigettata è, come osserva lo stesso Vaccarella, in *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 511 e ss., competenza del collegio.

²⁷⁸ Maccarrone, *op. ult. cit.*, 293, critica detta impostazione, in quanto osserva che non è difficile rendersi conto che ricollegare al silenzio del legislatore l'illazione che la trattazione della fase rescindente sia interamente collegiale comporterebbe un'inaccettabile antinomia tra le due fasi del giudizio e che, anzi, una lettura *in bonam partem* indurrebbe ad estendere la figura dell'istruttore anche alla fase rescindente. Il silenzio serbato dal legislatore sulle modalità di svolgimento dell'istruzione probatoria nell'ambito del giudizio rescindente può ragionevolmente spiegarsi con la considerazione che l'assunzione di mezzi di prova in detta fase si manifesta assai più raramente che in quella rescissoria, dal momento che l'indagine sulla fondatezza dei motivi di nullità può essere solitamente affidata a riscontri documentali.

²⁷⁹ Non credo che, in merito alla collegialità nella fase rescindente del giudizio, anche alla stregua di quanto poc'anzi detto, possano riscontrarsi dubbi di sorta.

In tal senso, del resto, sembra essersi orientata, in maniera del tutto condivisibile, la prevalente dottrina alla luce della riforma²⁸⁰.

Si ribadisca, comunque, che l'eventuale difetto di costituzione dell'organo giudicante non è sempre tale da comportare una nullità assoluta: di conseguenza, allorché trattasi di attività in concreto meramente ordinatoria, il suo mancato rilievo nella prima istanza o difesa successiva ne comporta la sanatoria ai sensi dell'art. 157 c.p.c.²⁸¹.

5. I poteri delle parti e l'ambito di cognizione del giudice in sede rescissoria: il *thema decidendum*.

Uno dei più significativi profili di analisi collegati al giudizio rescissorio è dato dall'individuazione dei poteri delle parti e dell'organo giudicante; occorre, cioè, valutare fino a dove si estenda la possibilità per le parti di far valere nuove questioni in detto giudizio e fino a dove si estenda il corrispondente potere di cognizione degli arbitri.

Si tratta di due aspetti tra loro strutturalmente connessi, la cui disamina, di conseguenza, deve muoversi in modo parallelo: nella misura in cui le parti hanno possibilità di porre all'attenzione dell'organo giudicante nel merito nuove questioni, anche il potere di cognizione di questi, com'è evidente, si amplia.

Quanto, quindi, al regime delle novità proponibili in sede di giudizio rescissorio, il primo tema da affrontare è quello delle possibili domande nuove.

Allo scopo di rispettare una certa logica espositiva, s'impone la necessità d'individuare un primo fondamentale problema, al quale occorre dare una risposta chiara se s'intende passare successivamente ad esaminare altri profili ad esso connessi.

Dobbiamo chiederci, in buona sostanza, se le parti siano abilitate a proporre domande nuove o se, al contrario, il *thema decidendum* sia rigorosamente circoscritto a quello oggetto del pregresso giudizio arbitrale, se non addirittura ai soli profili per cui è stata promossa l'impugnazione per nullità.

²⁸⁰ In questi stessi termini, Menchini, *op. ult. cit.*, 874. La posizione è avvalorata anche da Luiso e Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 2006, 329; Satta e Punzi, *Diritto processuale civile, appendice di aggiornamento*, Padova, 2007, 180 e da Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 813, la quale, già in epoca antecedente la riforma, riteneva non sostenibile la tesi della trattazione rimessa al giudice istruttore, giacché tale riferimento era da considerarsi comunque limitato alla sola fase rescissoria, mentre, per la fase rescindente, non depondeva in tal senso, né la *littera* normativa del previgente art. 830 c.p.c., né gli articoli relativi al giudizio di fronte alla Corte d'appello.

Vediamo di percorrere distintamente i due ragionamenti.

Alla luce della prima prospettiva illustrata, le parti possono sicuramente sottoporre all'organo giudicante questioni che vanno oltre il precedente giudizio rescindente in sede d'impugnazione per nullità.

Seguendo questo percorso, però, è inevitabile chiedersi fino a che punto la possibilità di proporre domande nuove possa estendersi.

Sono da considerarsi nuove, con certezza, le domande che esorbitano dalle questioni già vagliate in fase rescindente dalla Corte d'appello e, quindi, quelle già sottoposte al giudizio arbitrale, ma non fatte oggetto d'impugnazione per nullità.

Ma, andando oltre, si tratta di valutare se siano proponibili domande precedentemente non sottoposte agli arbitri, ma rientranti pur sempre nell'oggetto della convenzione arbitrale originariamente stipulata.

In ultimo, si deve valutare se possano porsi al giudizio di merito in sede rescissoria anche questioni non rientranti nel patto compromissorio stipulato tra le parti.

Costruendo la premessa dell'ammissibilità di nuove domande, infatti, l'interprete non può sottrarsi agli anzidetti interrogativi.

Anche, però, a voler ammettere che la premessa sia corretta, ci sembra che non sia possibile spingere il ragionamento troppo in avanti: potendosi anche ammettere la proposizione di questioni esorbitanti dal giudizio rescindente (ma già oggetto del precedente processo arbitrale), non si vede come sia possibile consentire la proposizione di questioni che, pur rientranti nella convenzione arbitrale, non siano state fatte valere di fronte ai giudici privati.

Il giudizio rescissorio, infatti, è finalizzato all'adozione di una pronuncia sostitutiva di quella resa dal precedente collegio arbitrale ed è, tutt'al più, all'oggetto del precedente giudizio che può estendersi la nuova cognizione nel merito.

A maggior ragione, non si vede come sia possibile rimettere al giudice in sede rescissoria la valutazione di situazioni sostanziali non rientranti neppure nella convenzione d'arbitrato.

In questo caso, infatti, si arriverebbe ad un assurdo giuridico e, ancor prima, logico, sia nel caso in cui la competenza in sede rescissoria fosse da ascrivere ad un nuovo collegio arbitrale, sia nel caso in cui spetti alla Corte d'appello.

²⁸¹ Vedi *supra*, in questo paragrafo.

Nella prima ipotesi si proporrebbero a giudici privati (ancorché diversi da quelli originariamente aditi) questioni per le quali non è stata neppure pattiziamente convenuta la via arbitrale, nella seconda si chiederebbe, comunque, all'autorità giurisdizionale di rendere una pronuncia in unico grado, passibile solamente di ricorso per cassazione: per la prima volta, infatti, si sottoporrebbe ad un giudice una questione e avverso la pronuncia successiva sarebbe possibile il solo ricorso ai giudici di legittimità, senza beneficio di un secondo giudizio di merito.

Il tutto al di fuori di un'esplicita previsione legale sul punto.

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, quindi, risulta evidente una certa difficoltà ad ammettere la possibilità della proposizione di nuove domande in sede rescissoria, salvo forse la sola eventualità che siano avanzate per la prima volta questioni già sottoposte al giudizio degli arbitri e non trasposte come censure in sede d'impugnazione del lodo.

Occorre, infatti, tenere in considerazione il fatto che il prevalente e tradizionale orientamento dottrinario²⁸² e giurisprudenziale²⁸³ ritiene che il *thema decidendum* debba restare circoscritto a quanto già oggetto di trattazione e non sia possibile conseguentemente proporre domande nuove.

La ragione fondamentale risiede nel fatto che l'introduzione di domande nuove per la prima volta in sede di giudizio rescissorio imporrebbe un'indebita ipotesi di giudizio di unico grado, proprio rispetto alle suddette novità.

Occorre, però, porsi un interrogativo di capitale rilievo: il carattere di novità della questione addotta si misura rispetto al precedente giudizio arbitrale o rispetto alla susseguente impugnazione per nullità?

La conseguenza che se ne trae è che, nel primo caso, le questioni sottoposte al giudice della fase rescissoria possono essere quelle già promosse di fronte agli arbitri in prima istanza, ancorché non siano state fatte oggetto d'impugnazione per nullità; nel secondo caso, invece,

²⁸² Carnacini, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, cit., 921-922; Picardi, *Codice di procedura civile*, II, Milano 2008, 3761; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 251 e voce *Arbitrato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, 1995, 50.

²⁸³ Cass., 28 maggio 2003, n. 8532; Cass., 24 aprile 2003, n. 6517; Cass. 23 novembre 2000, n. 15126; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12652; Cass., 25 febbraio 1995, n. 2148; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9291; Cass. 10 giugno 1987, n. 5050; Cass., sezioni unite, 5 marzo 1980, n. 1470; Cass. 3 maggio 1979, n. 2547 e Cass. 11 novembre 1970, n. 2364. Per la giurisprudenza di merito si veda, tra gli altri, App. Roma 8 luglio 1996, in *Riv. Arb.* 1996, 327.

esse debbono rimanere circoscritte a quelle per le quali si è chiesta (e ottenuta) la dichiarazione di nullità del lodo.

La questione merita un approfondimento di carattere diacronico, giacché sono radicalmente diverse le conclusioni alle quali si poteva giungere prima della riforma operata con la legge 25 del 1994 e quelle alle quali si può approdare oggi.

Prima della novella del 1994, infatti, anche la giurisprudenza di legittimità²⁸⁴ aveva messo in chiara luce come l'esame del giudice del rescissorio non potesse essere ristretto al contenuto delle conclusioni della parte nella precedente fase rescindente. Per di più, si era evidenziato come il giudice non dovesse prendere in considerazione soltanto le ragioni di chi ha proposto l'impugnazione, ma anche quelle di chi ad essa ha resistito, per quanto quest'ultime siano state proposte subordinatamente all'accoglimento dell'impugnazione principale²⁸⁵.

In buona sostanza, la cognizione del giudice del rescissorio deve investire l'intera vicenda sottoposta al vaglio arbitrale e non limitarsi a quanto riproposto in sede d'impugnazione²⁸⁶: anche ciò che è rimasto estraneo al giudizio della Corte d'appello in sede rescindente perché non riproposto deve essere oggetto d'intervento in sede rescissoria²⁸⁷.

Le ragioni a sostegno di questa interpretazione erano strettamente legate al dato normativo vigente prima della novella anzidetta.

Tale impostazione si fondava, innanzitutto, sul principio dell'inscindibilità del lodo, in base al quale il giudice dell'impugnazione non avrebbe mai potuto disporre l'annullamento parziale della decisione degli arbitri e la caducazione anche di un solo capo dello stesso avrebbe dovuto estendersi anche agli altri.

Il rigore di questa tesi, del resto, era piuttosto forte: anche nel caso in cui la parte che avesse proposto l'impugnazione avesse voluto limitarla espressamente ad un solo capo del lodo indipendente dagli altri, si sarebbe conseguito il medesimo risultato di estensione della nullità anche alle altre parti dello stesso²⁸⁸.

²⁸⁴ Cass. 3 maggio 1979, n. 2547, la quale si riferisce ad una singolare ipotesi di annullamento del lodo pronunciato in esito ad un giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione (che aveva, a sua volta, annullato una precedente pronuncia dichiarativa dell'inammissibilità dell'impugnazione).

²⁸⁵ Cass. 11 novembre 1970, n. 2364.

²⁸⁶ Cass., sezioni unite, 5 marzo 1980, n. 1470.

²⁸⁷ Sempre che non sia stato rinunciato, come rileva Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433.

²⁸⁸ Cass. 10 giugno 1987, n. 5050 e ancor prima, la già citata Cass. 23 maggio 1984, n. 3144, la quale, dopo aver affermato la natura di appello "limitato" dell'impugnazione per nullità, enuncia che, in ipotesi di domanda di riforma del lodo, il giudice non può procedere ad una riforma parziale dello stesso, ma deve procedere alla necessaria pronuncia rescindente con la declaratoria di nullità del lodo e, quindi, alla pronuncia rescissoria, con il riesame

Ma vi era anche un argomento di carattere letterale. Il primo comma del previgente art. 830, infatti, conteneva la previsione della dichiarazione di nullità “*del giudizio arbitrale*”, con la conseguenza che l’intervento rescindente avrebbe travolto l’intero pregresso giudizio arbitrale e avrebbe, quindi, investito il giudice del rescissorio del riesame dell’intera questione già sottoposta ai giudici privati.

Dopo la riforma del 1994, comunque, le motivazioni addotte a sostegno della tesi che il giudice del rescissorio fosse investito dell’intero riesame del merito non appaiono più fondate.

Non vale più, innanzitutto, l’argomento dell’indivisibilità del lodo, dal momento che l’art. 830, al primo comma, dichiara espressamente che “*se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre [la Corte d’appello] dichiara la nullità parziale del lodo*”.

Se, dunque, la declaratoria di nullità colpisce soltanto una porzione del lodo, le restanti parti che non siano da essa dipendenti conservano inalterati i loro effetti²⁸⁹.

Da ciò deriva che il giudizio rescissorio può essere condotto con riguardo esclusivo a quelle parti del lodo che siano state oggetto di censura di fronte alla Corte d’appello, mentre le altre, non toccate dall’effetto rescindente dell’impugnazione per nullità, non possono neppure condurre ad un riesame nel merito, in quanto rese definitive dalla mancata impugnazione e/o caducazione²⁹⁰.

Come si è osservato in dottrina²⁹¹, però, per convalidare quest’ultima affermazione non ci sarebbe stato neppure bisogno della previsione del nuovo primo comma dell’art. 830, dal

dell’intera causa nel merito, affrontando e risolvendo tutte le questioni già sottoposte agli arbitri, ancorché non espressamente riproposte.

²⁸⁹ Per una recente esplicitazione del principio si vedano Cass. 28 maggio 2003, n. 8532 e la più recente Cass. 8 aprile 2004, n. 6950, la quale, innanzitutto, enuncia che, quando la Corte d’appello accoglie l’impugnazione per nullità del lodo per un vizio che incida soltanto su di una parte del medesimo, deve accertare se tale parte sia scindibile dalle altre (alla luce dei rapporti di logica e giuridica connessione, dipendenza e pregiudizialità tra le varie parti della pronuncia) e, in caso affermativo, dichiarare la nullità parziale del lodo in relazione al capo o ai capi ritenuti viziati ed a quelli che risultano ad essi inscindibilmente legati, mentre, in caso di accertata inscindibilità con le altre parti, deve dichiararne la nullità totale. La pronuncia, peraltro, merita rilievo per il fatto che puntualizza come oggetto dell’indagine non sia “*il collegamento astratto tra i rapporti sostanziali delle parti, bensì quello esistente in concreto tra le varie statuizioni in cui il lodo è articolato*”. Tale collegamento deve essere accertato valutando se la parte o le parti da dichiarare nulle siano caratterizzate da *petitum* autonomo e indipendente da quello di una o di alcune delle altre, ovvero se fra esse sussista un vincolo di subordinazione o di connessione logica e giuridica, nel senso che la decisione relativa ad un rapporto giuridico sia virtualmente influente sulla decisione avente ad oggetto un altro rapporto giuridico.

²⁹⁰ In questo caso opererebbe, in buona sostanza, l’istituto dell’acquiescenza per le parti del lodo non oggetto di censura in sede d’impugnazione per nullità.

²⁹¹ Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., 252.

momento che la possibilità di una dichiarazione solo parziale di nullità si sarebbe potuta avere attraverso il combinato disposto degli artt. 156, 329 e 336 c.p.c.

Se il primo articolo afferisce alle ipotesi di rilevanza della nullità e, in specie, contempla la sanatoria per raggiungimento dello scopo, è soprattutto l'art. 329 che, individuando l'istituto dell'acquiescenza parziale, mette in rilievo come l'impugnazione parziale importi acquiescenza alle parti della sentenza non espressamente impugate. L'art. 336 primo comma, infine, richiama il c.d. effetto espansivo interno, a norma del quale la riforma parziale della sentenza ha effetto anche e soltanto sulle parti di essa dipendenti da quella riformata.

Secondo l'opinione in esame, ne consegue che, *mutatis mutandis*, si poteva già riconoscere, nel sistema dell'arbitrato ante riforma, la possibilità di una dichiarazione di nullità soltanto parziale.

Si può, però, rilevare che forse la riflessione sconta una petizione di principio tutt'altro che pacifica, dal momento che non c'è nessuna disposizione che giustifichi il rinvio alle disposizioni del codice di rito per tutto quanto non espressamente disposto dalle norme in materia arbitrale, compreso il giudizio condotto in sede d'impugnazione.

A prescindere da quest'ultima riflessione, comunque, neppure è più sostenibile l'argomento letterale del primo comma dell'art. 830, dal momento che di tale disposizione non c'è più traccia a seguito dell'entrata in vigore della legge del 1994: l'attuale prima parte del primo comma dell'art. 830, infatti, parla di dichiarazione di nullità del "lodo" e non del "giudizio arbitrale". Non è, quindi, il processo ad essere travolto, ma soltanto il provvedimento, il quale, come visto, può subire anche solo parzialmente l'effetto caducatorio del giudizio rescindente.

L'argomento, pertanto, non giustifica più l'assunto che il riesame nel merito debba essere totalizzante²⁹².

A sostegno dell'improponibilità di domande nuove, comunque, si deve considerare la chiara enunciazione offerta dalla giurisprudenza²⁹³, secondo cui nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale dinnanzi alla Corte d'appello si osservano le norme stabilite per il

²⁹² Cass. 25 febbraio 1995, n. 2148 chiarisce che, a norma dell'art. 830, comma primo, c.p.c., la Corte d'appello, "quando accoglie l'impugnazione di nullità del lodo per vizio che incida soltanto su una parte del medesimo, deve accertare se tale parte sia scindibile dalle altre e dichiarare la nullità parziale della pronuncia arbitrale, limitando la declaratoria (e, quindi, la cognizione del giudizio rescissorio) al capo o capi ritenuti viziati e agli altri che risultino ad essi inscindibilmente legati, con la conferma del lodo nel resto".

²⁹³ Cass. 24 aprile 2003, n. 6517.

procedimento che innanzi alla medesima si svolge, in quanto non espressamente derogate. Nell'ambito di tali regole, peraltro, rientra anche l'art. 345 del codice di rito, ai sensi del quale nel giudizio d'appello non sono proponibili domande nuove e, se proposte, devono essere dichiarate inammissibili d'ufficio.

Vero è che, come ampiamente detto nel primo capitolo, l'impugnazione per nullità non è tecnicamente un appello, ma è pur sempre chiaro che tale rimedio si svolge di fronte a giudici d'appello e segue, *ex necesse* in assenza di diversa statuizione, le regole predisposte per i giudizi che usualmente si tengono di fronte a questi.

La conclusione alla quale possiamo pervenire, di conseguenza, è quella per cui, analogamente a quanto avviene nel processo d'appello, anche nel contesto dell'impugnazione per nullità è inibita la possibilità di proporre domande nuove.

Da tale enunciato si dovrebbe ricavare che la cognizione del giudice del rescissorio si sostanzia sui capi del lodo che siano stati fatti oggetto di specifica censura e successivamente caducati dall'intervento dei giudici d'appello, restringendosi, così, il *thema decidendum* ai capi della pronuncia annullati in sede rescindente e, di conseguenza, a quelli da essi dipendenti.

Quanto agli esatti confini della cognizione rimessa al giudice della fase rescissoria, occorre da ultimo richiamare quanto asserito dalla Corte di Cassazione, allorché, in una pronuncia invero risalente, ma ancor'oggi condivisibile e in piena sintonia con la linea interpretativa seguita in questa sede²⁹⁴, si afferma che il *thema decidendum* del rescissorio deve coincidere con le questioni precedentemente sottoposte agli arbitri, purché siano soddisfatte due condizioni.

La prima è che si tratti di questioni affrontate nel giudizio d'impugnazione finalizzato all'annullamento del lodo e la seconda è che le medesime, benché non espressamente riproposte alla Corte d'appello in fase rescindente, non siano state fatte oggetto di espressa rinuncia ad opera delle parti.

Tale ragionamento, lo si dica *per incidens*, potrebbe, tuttavia, prestare il fianco ad alcune possibili critiche nel momento in cui si ritenesse applicabile la regola dell'art. 346 c.p.c., in virtù della quale “*le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate*”.

²⁹⁴ Cass., sez. un., 5 marzo 1980, n. 1470, cit.

Vero è, però, che la disposizione citata è dettata con esclusivo riguardo al giudizio di appello e che, aderendo alla tesi secondo la quale detta disciplina non può essere richiamata in sede di rinvio, non residuano spazi per giustificare l'applicazione di tale enunciato alle questioni proposte in sede d'impugnazione per nullità del lodo.

6. Segue: *il thema probandum.*

Dopo aver delineato i confini della cognizione del giudice del rescissorio, mediante l'esatta individuazione del possibile oggetto del giudizio ad esso spettante, si tratta ora di valutare quale sia l'ambito d'impiego delle prove ad esso rimesso.

Per una corretta ricostruzione del problema, peraltro, sembra opportuno individuare tre questioni sulle quali appuntare l'attenzione.

Occorre, *in primis*, valutare se sia possibile utilizzare (e a quali condizioni farlo) gli elementi probatori già acquisiti nel pregresso processo arbitrale; dopo di che si rende necessario considerare se le parti abbiano la possibilità di proporre nuovi mezzi di prova e se gli stessi giudici (pubblici o privati) a cui è affidata la pronuncia sostitutiva del lodo possano individuare mezzi istruttori officiosi.

Cominciamo dal primo dei problemi testé enunciati, vale a dire quello del possibile impiego dei mezzi di prova già assunti nel precedente giudizio arbitrale.

La questione non deve essere confusa con la diversa problematica inerente alla possibilità che la Corte d'appello rivaluti, in fase rescindente, l'accertamento delle risultanze istruttorie, così come compiuto dal collegio arbitrale, tema che, evidentemente, ci condurrebbe al di fuori del tema oggetto d'indagine²⁹⁵.

Sul punto dell'impiego dei mezzi di prova già utilizzati si registrano diversi orientamenti, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza.

²⁹⁵ In relazione al fatto che la Corte d'appello non possa fondare la declaratoria di nullità del lodo sulla base della valutazione dell'accertamento compiuto in precedenza dagli arbitri, si veda, recentemente, Cass., 6 febbraio 2009, n. 2988, in *Guida al dir.*, 2009, 12, 50, la quale evidenzia che, in sede d'impugnazione, l'errore rilevante è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri, che si configura quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non avere preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti o ancora per non avere dato come contestati fatti pacifici o viceversa, mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove, sia in riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia.

La stessa Suprema Corte²⁹⁶ sembra affermare, seppur implicitamente, la possibilità che il giudicante in fase rescissoria faccia pieno impiego di tutti i mezzi di prova già acquisiti dagli arbitri in precedenza.

Nel ribadire la possibilità che il giudizio rescindente e quello rescissorio, seppur logicamente e concettualmente distinti, possano essere il risultato di una decisione unitaria, i giudici della Suprema Corte hanno affermato che, esaminate le conclusioni di merito ritualmente precisate dalle parti, sia possibile pronunciare la decisione definitiva in base agli elementi di prova già acquisiti al processo arbitrale ed alle constatazioni già compiute dagli arbitri.

Anche parte della dottrina ha concluso nella medesima direzione, precisando, tuttavia, che le prove assunte nel corso del processo arbitrale possono trovare impiego nel giudizio rescissorio nella misura in cui risultino affidate al prudente e libero apprezzamento dell'organo giudicante²⁹⁷.

Una seconda prospettiva, maggiormente restrittiva circa l'impiego dei mezzi di prova già assunti da parte degli arbitri, trova sostegno nelle argomentazioni di alcune pronunce della Cassazione²⁹⁸ e negli scritti di una certa dottrina²⁹⁹.

Più precisamente, le prove raccolte nel corso dell'arbitrato e le osservazioni degli arbitri aventi valore di constatazione scientifica, non possono avere altro impiego se non quello degli indizi o, comunque, degli argomenti di prova.

Ciò alla luce del principio ricavato dal terzo comma dell'art. 310 c.p.c., dettato in materia di estinzione del processo statale, ai sensi del quale, in un eventuale altro giudizio, “*le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'articolo 116 secondo comma*”³⁰⁰.

Per completezza espositiva occorre segnalare che contro l'applicazione del disposto di questa norma, in verità, militano due argomenti.

²⁹⁶ Cass., 9 dicembre 1996, n. 10955, in *Rep. Foro. it.*, 1996, voce *Arbitrato*, n. 126.

²⁹⁷ Carnacini, *op. ult. cit.*, 922 e Redenti Vellani, *Diritto processuale civile*, III, cit., 606.

²⁹⁸ In particolare, Cass., 7 gennaio 1984, n. 98, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Arbitrato*, n. 116, ove si specifica che, nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, il giudice può dichiarare la nullità del lodo ed esaminare le conclusioni di merito ritualmente precisate dalle parti, pronunciando la decisione definitiva in base agli elementi di prova già acquisiti al processo arbitrale. A tal fine si possono utilizzare, come semplici indizi, le prove raccolte nel giudizio dichiarato nullo, purché siano state rispettate le regole essenziali del contraddittorio ed è possibile avvalersi delle stesse constatazioni compiute dagli arbitri, intese come indizi o come informazioni tecniche.

²⁹⁹ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 345 e ss.

³⁰⁰ Vale a dire come argomenti di prova.

Il primo si fonda sulla constatazione secondo la quale essa, proprio perché riferita a quanto raccolto in un altro processo civile, escluderebbe dal suo ambito applicativo altri tipi di processo, quale quello arbitrale³⁰¹.

Il secondo, invece, subordina comunque l'impiego di dette prove, seppur come meri argomenti di prova, al requisito dell'irripetibilità del mezzo istruttorio³⁰².

Infine, nega il possibile impiego, in sede rescissoria, delle prove acquisite in sede arbitrale un terzo orientamento, un terzo orientamento, di matrice sia giurisprudenziale³⁰³ che dottrina³⁰⁴.

Segnatamente, si è argomentato che le prove impiegate per la stesura di un lodo poi dichiarato nullo dalla Corte d'appello non sono impiegabili, proprio perché poste alla base di una decisione che è stata privata di effetti a seguito dell'intervento caducatorio in sede d'impugnazione³⁰⁵.

Prendendo posizione sulla questione, si ritiene sia pienamente condivisibile quanto asserisce una recente autorevole dottrina³⁰⁶ nel riconoscere piena impiegabilità dei mezzi di prova acquisiti in sede di giudizio arbitrale.

Diversi sono gli argomenti impiegabili a fondamento di questa affermazione.

Innanzitutto, si può far giustamente leva sul dato letterale dell'art. 830, il quale, a decorrere dalla riforma operata con l. n. 25/1994, non parla più di annullamento del “*giudizio arbitrale*”, bensì di annullamento del “*lodo*”: con ciò, probabilmente, si è inteso ribadire che l'intervento di annullamento in sede rescindente non travolge l'intero pregresso processo arbitrale, ma soltanto il provvedimento ultimo che ne è scaturito³⁰⁷.

Ne consegue che l'attività processuale che ha preceduto l'adozione del lodo non è, di per sé, caducata dall'annullamento operato dalla Corte d'appello: nulla esclude, in buona sostanza, che le prove già assunte possano essere riutilizzate nell'eventualità di un giudizio rescissorio.

³⁰¹ Tarzia, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 642.

³⁰² Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, ora in *Formalismi e garanzie*, Milano, 1995, 864.

³⁰³ Cass., 19 maggio 1986, n. 3322, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2362

³⁰⁴ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 338 e Vecchione, *op. ult. cit.*, 675.

³⁰⁵ In particolare, la Cassazione richiamata *sub nota* 64 asserisce che “*in sede di giudizio di merito, il giudice dell'impugnazione per nullità del lodo non può fondare la decisione su un mezzo istruttorio acquisito nel giudizio arbitrale, quando esso si è concluso con un lodo dichiarato nullo*”.

³⁰⁶ Zucconi Galli Fonseca, *Decisione sull'impugnazione per nullità*, in Carpi, cit., 814-815.

³⁰⁷ Si tratta, a ben vedere di un argomento non decisivo, ma di sicuro non privo di un certo rilievo.

Un secondo elemento che può corroborare quanto appena detto è inferibile dalla constatazione che il giudice dell'impugnazione per nullità può rendere contestualmente pronuncia rescindente e rescissoria, nel caso in cui non sia necessaria ulteriore istruttoria³⁰⁸.

In detta situazione, infatti, per l'adozione della pronuncia sostitutiva è evidentemente sufficiente l'impiego dei mezzi istruttori già proposti nel corso del giudizio arbitrale.

In terzo luogo, peraltro, si può riflettere sul fatto che quella giurisprudenza che nega il richiamo ai mezzi di prova già impiegati nel corso del processo arbitrale fondava detta considerazione sull'evidenza che la nullità dichiarata dalla Corte d'appello andasse a colpire l'intero giudizio arbitrale e non il solo lodo: l'intervento cambiamento del dato letterale della norma in esame, pertanto, vanifica un forte argomento a sostegno della tesi che nega l'utilizzo dei mezzi di prova già impiegati dagli arbitri³⁰⁹.

Pur affermando, quindi, che i mezzi di prova già assunti siano recuperabili per la formulazione del giudizio in sede rescissoria, non si può non mettere in rilievo come vi siano delle situazioni nelle quali il recupero delle risultanze istruttorie non sia possibile, per lo meno se inteso nei termini di riconoscimento di piena efficacia delle stesse.

Si allude, con ogni evidenza, al caso in cui sia stato accertato che gli arbitri fossero carenti della *potestas iudicandi*³¹⁰.

In tal caso, ci si interroga se sia possibile far leva sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari formati in ordine alla problematica dell'efficacia delle prove assunte da parte del giudice incompetente.

A fronte di quella giurisprudenza che riconosce ad esse piena efficacia, una volta intervenuta la riassunzione di fronte al giudice competente³¹¹, una certa dottrina ha, invece, considerato l'eventualità che il loro valore degradi a quello dei meri argomenti di prova³¹².

³⁰⁸ Il principio, come già detto, è inferibile dalla già citata Cass., 23 gennaio 1984, n. 540.

³⁰⁹ Non mancano, comunque, pronunce che, *expressis verbis*, richiamano, per il giudizio rescindente, l'utilizzo delle prove già acquisite dagli arbitri. Tra le altre si veda Cass., 20 settembre 2000, n. 12430, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1962, ove si legge che “il giudizio di impugnazione arbitrale si compone di due fasi, la prima, rescindente, finalizzata all'accertamento di eventuali nullità del lodo e che si conclude con l'annullamento del medesimo, la seconda, rescissoria, che fa seguito all'annullamento e nel corso della quale il giudice ordinario procede alla ricostruzione del fatto sulla base delle prove dedotte; nella prima fase non è consentito alla Corte d'appello procedere ad accertamenti di fatto, dovendo limitarsi all'accertamento delle eventuali nullità in cui siano incorsi gli arbitri”.

³¹⁰ Si veda Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, in *Guida al dir.*, n. 44, 2000, 59.

³¹¹ Cass., 6 agosto 1994, n. 7309 e Id., 9 settembre 1993, n. 9444.

³¹² Attardi, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 142.

Non sembra, tuttavia, che questo sia il caso delle acquisizioni probatorie maturate nel corso di un processo di fronte a soggetti privi di *potestas iudicandi*. Se si paragona questa situazione a quella più sopra descritta delle prove assunte di fronte al giudice incompetente, non si può fare a meno di mettere in rilievo la sostanziale diversità che contraddistingue i due casi. Nella situazione sopra descritta, infatti, si pone il problema delle prove raccolte da parte di un organo giudicante che non è provvisto di competenza, ma che pur sempre appartiene al medesimo ordine, quello della giurisdizione ordinaria civile. Il rapporto tra arbitri e giudici, invece, nonostante la rubrica dell'art. 817 c.p.c. parli di “*eccezione d'incompetenza*” e l'art. 819 *ter* usi, nel primo comma, la medesima espressione, non può essere posto sullo stesso piano. Non foss'altro per il fatto che gli arbitri sono soggetti privati provvisti di determinate professionalità e non organi statali.

Tornando, quindi al caso del difetto di *potestas iudicandi* arbitrale, se manca *ab origine* la convenzione arbitrale non vi è nessuna devoluzione della decisione della controversia agli arbitri, con la inevitabile conseguenza che un loro intervento sul punto non farebbe altro che rivelarsi un'indebita intromissione nella sfera di attribuzioni della giustizia civile dello Stato. In altri termini, il fatto che gli arbitri non siano mai stati realmente investiti della funzione giudicante vanifica tutta quanta l'attività che gli stessi hanno compiuto, con la conseguenza che le prove raccolte in quel processo non avranno più nessun possibile utile impiego.

Tale conclusione, peraltro, non avrebbe neppure ragione di essere formulata nel caso in cui la radicalità del vizio in questione neghi persino l'opportunità di adottare una pronuncia sostitutiva. Se la convenzione arbitrale era originariamente invalida, infatti, nessun intervento arbitrale poteva essere effettuato e, quindi, una volta annullato il “parto” di quel processo in sede rescindente, l'unica via percorribile rimarrebbe quella di rivolgersi, con un nuovo giudizio, al giudice ordinariamente competente in primo grado. In detta ipotesi, peraltro, sarebbe eccessivo considerare valevoli, seppure al livello di argomenti di prova, le prove raccolte da soggetti mai realmente investiti della funzione giudicante.

Altra ragguardevole eccezione al possibile impiego dei mezzi istruttori assunti nel corso del giudizio arbitrale attiene a quei particolari mezzi probatori che, anche nel processo arbitrale, presentano dubbi profili di rispetto del principio del contraddittorio.

Si pensi, ad esempio alla possibilità che la prova testimoniale sia acquisita mediante formulazione dei quesiti scritti, secondo quanto dispone l'art. 816 *ter* c.p.c.: il fatto che in

questa sede, oltre che la mancanza di oralità, faccia difetto la possibilità di concreta attuazione del contraddittorio induce a ritenere inutilizzabile il mezzo nel successivo giudizio rescissorio³¹³.

Più in generale, comunque, deve essere recisamente negato l'impiego nel giudizio sostitutivo, svolto in esito all'annullamento del lodo, delle prove che siano state (illegittimamente) assunte in sede arbitrale³¹⁴.

Passando ora ad esaminare il secondo dei profili accennati all'inizio del presente paragrafo, si tratta di capire quali siano i termini dello *ius novorum* ammissibile in sede di giudizio rescissorio: occorre capire, cioè, se le parti abbiano la possibilità di dedurre nuovi mezzi istruttori nel corso della seconda fase del giudizio d'impugnazione del lodo.

Come afferma una recente dottrina³¹⁵, non vi dovrebbero essere grossi ostacoli ad ammettere in sede rescissoria un possibile largo impiego di nuovi mezzi di prova, mai in precedenza proposti di fronte agli arbitri.

La regola contenuta nell'art. 345 c.p.c., dettato in materia di *nova* in appello, è propria del giudizio di secondo grado reso avverso le sentenze statali e non è in alcun modo applicabile in sé all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, non foss'altro perché quest'ultima non è un omologabile all'appello civile³¹⁶: ne consegue che assolutamente libero è il ricorso a nuovi mezzi di prova nel corso di questo giudizio³¹⁷.

L'unica (invero debole) obiezione che potrebbe essere mossa a tale conclusione è basata sul tenore letterale dell'art. 830, dal quale è scomparso, con la riforma del 2006, ogni riferimento alla possibilità che si renda necessario lo svolgimento di “*un'ulteriore istruzione*”.

³¹³ Se non, addirittura, a riconoscerne un'efficacia probatoria attenuata nello stesso processo arbitrale. In tal senso si veda G.F. Ricci, *op. ult. cit.*, 449 e ss.

³¹⁴ Il che sostanzialmente si verifica nell'ipotesi in cui non siano state rispettate le regole dettate dalle parti sotto sanzione di nullità oppure nel caso in cui, più ingenerale, sia venuto meno il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio. Non è questa la sede per prendere posizione in ordine al dibattito relativo alla necessità o meno del rispetto, in sede arbitrale, delle regole sulla prova relative al giudizio ordinario civile. Ci basti, però, accennare al fatto che, se non si ritenesse operante in tal senso il rinvio alle norme sull'istruttoria del secondo libro, l'unica situazione comportante l'illegittimità delle medesime sarebbe quella del mancato rispetto del contraddittorio, nel caso in cui, ben'inteso, non vi siano regole inderogabilmente pattuite dalle parti compromittenti.

³¹⁵ Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 815, la quale conclude in tal senso anche dopo la recente riforma della disciplina dell'arbitrato e in piena sintonia con il prevalente orientamento dottrinario antecedente.

³¹⁶ Si veda sul punto, tra gli altri, Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 111. Per una ricostruzione del tema della natura dell'impugnazione per nullità e dei profili distintivi con l'appello avverso le sentenze del giudice statale, si rinvia al capitolo primo.

³¹⁷ In senso difforme, ancorché riferita alle sole prove documentali, è App. Napoli, 23 novembre 2001, in *Gius.*, 2002, 1423, che asserisce che, in sede di giudizio di nullità di un lodo arbitrale, è inammissibile la produzione di documenti nuovi rispetto a quanto già prodotto avanti agli arbitri.

Ampia e autorevole dottrina antecedente alla riforma³¹⁸, infatti, fondava anche su tale dettato normativo il fatto che nuove prove potessero essere impiegate dal giudice nel corso del giudizio rescissorio dell'impugnazione per nullità. Si deve osservare, però, che l'espunzione di tale previsione è dettata, assai probabilmente, dalla volontà di riservare al collegio anche l'intera fase di trattazione, non soltanto quella decisoria: essa, quindi, non va in alcun modo ricollegata al venir meno della possibilità che, in sede rescissoria, venga compiuta una nuova attività istruttoria³¹⁹.

Veniamo, infine, alla terza ed ultima questione che l'interprete è chiamato ad affrontare nella disamina dei caratteri dell'istruzione probatoria condotta nel corso del giudizio rescissorio, vale a dire la possibilità che vi siano poteri officiosi nell'utilizzo di elementi probatori da parte dell'organo giudicante.

La giurisprudenza ammette, talora anche implicitamente, la possibilità che il giudice del rescissorio acquisisca prove in via officiosa³²⁰.

In particolare, si è ritenuto che i documenti inerenti alla procedura arbitrale, che gli arbitri, intervenuti volontariamente nel procedimento d'impugnazione per nullità del lodo, abbiano prodotto in tale sede, sono esaminabili dal giudice di detta impugnazione, indipendentemente dall'ammissibilità o meno di quell'intervento, trattandosi di atti che il giudice medesimo potrebbe di propria iniziativa acquisire, con ordine di esibizione a norma dell'art. 210 c.p.c.³²¹.

La conclusione appare del tutto ragionevole, in quanto l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova su richiesta di una delle parti dovrebbe, *a fortiori*, giustificare anche il ricorso a mezzi istruttori officiosi.

³¹⁸ Bernardini, *op. ult. cit.*, 120; Fazzalari, *op. ult. cit.*, 111; La China, *op. ult. cit.*, 188; Punzi, *op. ult. cit.*, 253 e Siracusano, *op. ult. cit.*, 185. In particolare, Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 27, faceva leva su detto argomento per giustificare la possibilità che la nuova istruttoria non fosse collegiale, ma demandabile al giudice istruttore, ma la scomparsa di tale ultima previsione non rende più attuale tale pur convincente ricostruzione.

³¹⁹ Questa possibilità, del resto, era considerata cosa pacifica prima della riforma da ampia parte della dottrina: tra tutti, Fazzalari, *op. ult. cit.*, 111. Anche la giurisprudenza (Cass., 30 giugno 1969, n. 2378, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Arbitrato*, n. 89) era del medesimo avviso.

³²⁰ Tra le altre, si veda Cass., 10 marzo 1986, n. 1592, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, fasc. 3, ove si afferma che “*al fine del riconoscimento del potere-dovere del giudice di pronunciare nel merito contestualmente con la declaratoria di nullità del lodo medesimo (art. 830 c.p.c.), la causa deve essere ritenuta in condizione di essere decisa non soltanto quando le parti abbiano già fornito le prove necessarie a confortare le rispettive tesi, ma anche quando abbiano mancato di formulare le relative richieste istruttorie ovvero abbiano formulato richieste inammissibili (sempreché il giudice non ritenga di avvalersi di prove disponibili d'ufficio, come la consulenza tecnica, il giuramento suppletorio o l'interrogatorio libero)*”.

L'unica remora che potrebbe aversi al riguardo, piuttosto, è l'eventualità che il giudizio rescissorio, anziché rimesso alla Corte d'appello, sia di competenza arbitrale. In tal caso, infatti, sarebbe difficilmente ravvisabile in capo agli arbitri un potere istruttorio officioso, incompatibile col pacifico difetto di poteri coercitivi in capo ai medesimi.

7. Il metro di giudizio in sede rescissoria.

Uno degli aspetti su cui si può, più significativamente, appuntare l'attenzione dell'interprete è quello inerente al metro di giudizio impiegabile dall'organo investito della necessità di adottare, una volta intervenuto l'annullamento del lodo, la pronuncia sostitutiva.

Rispetto a tale questione, si tratta di capire se il giudice del rescissorio sia sempre vincolato al rispetto delle regole di diritto oppure se sia possibile appellarsi ad un giudizio d'ordine equitativo.

Il problema, com'è evidente, si pone esclusivamente nei casi in cui le parti abbiano pattuito, nella convenzione arbitrale, che i giudici privati impieghino il metro di giudizio dell'equità, dal momento che, in caso di assenza di ogni previsione in tal senso, s'impone il rispetto delle norme di diritto vigenti.

L'art. 822 c.p.c., infatti, stabilisce che gli arbitri decidono secondo diritto, “*salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità*”.

La soluzione che sembra trovare maggiori consensi in dottrina³²² e in giurisprudenza³²³ propende, comunque, per l'impiego delle norme di diritto: ciò benché le parti avessero originariamente autorizzato gli arbitri all'utilizzo del metro equitativo.

Vediamo di ricostruire l'*iter* argomentativo impiegato per sostenere detto prevalente orientamento.

³²¹ Cass., 3 giugno 1988, n. 3781, in *Mass. Foro it.*, 1988, c. 555. Tra i documenti, peraltro, devono considerarsi anche i verbali delle udienze del processo arbitrale.

³²² Carnacini, *op. ult. cit.*, 922; Cecchella, *Le impugnazioni del lodo*, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, cit., 288; Punzi, *op. ult. cit.*, 254 e Redenti Vellani, *op. ult. cit.*, 607.

³²³ Cass., 5 dicembre 1981, n. 6456, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1597, ove si afferma espressamente per la prima volta che, allorché il lodo arbitrale venga annullato per motivi diversi dalla nullità del compromesso o della clausola compromissoria, che prevede l'obbligo per gli arbitri di giudicare secondo equità, nel successivo *iudicium rescissorium*, salva che una specifica istanza in tal senso non venga riproposta dalle parti, il giudice ordinario deve pronunciare in ogni caso secondo le regole di diritto, giacché essendo fondato il giudizio di equità sull'*intuitus personae*, condiviso da tutte le parti in contesa, la sua persistenza deve intendersi sottoposta alla tacita condizione che i giudicanti siano sempre le medesime persone a suo tempo liberamente scelte. Non constano, peraltro, precedenti giurisprudenziali sull'argomento.

Cominciamo dall'ipotesi in cui le parti nulla abbiano pattuito nella convenzione d'arbitrato. In tal caso ai giudici privati non resta che applicare le norme di diritto, in quanto essi non sono stati abilitati all'impiego del metro equitativo³²⁴. Nel caso in cui la pronuncia resa in sede arbitrale venga impugnata e caducata dalla Corte d'appello, in linea di principio anche la pronuncia sostitutiva, sia essa opera della medesima Corte, sia essa rimessa a nuovi arbitri, dovrà attenersi al rispetto delle regole di diritto.

L'unica situazione nella quale potrebbe divenire possibile il ricorso all'equità è quella illustrata dall'art. 114 c.p.c., vale a dire su richiesta di parte rinnovata in occasione della fase rescissoria³²⁵.

Ne consegue che il giudice del merito potrà esimersi dal rigido rispetto delle *regulae iuris* nel solo caso in cui, a norma dell'articolo suddetto, vi siano il requisito (soggettivo) della concorde richiesta delle parti in causa e quello (oggettivo) dell'inerenza della causa a situazioni rientranti nella disponibilità di queste.

Si è, però, detto che ciò non sia realizzabile in ogni situazione.

Certamente l'eventualità di derogare al metro di giudizio in tanto è possibile, in quanto la decisione sia di competenza degli arbitri: ciò in considerazione del fatto che la scelta del criterio di giudizio è pienamente compatibile con la rimessione della causa (anche in fase rescissoria) a giudici privati.

Da ciò si dovrebbe inferire che, se essa risultasse spettante alla Corte d'appello dovrebbe considerarsi vincolante il richiamo alle norme di diritto, giacché parrebbe non applicabile al caso in questione il disposto del citato art. 114. La norma, infatti, renderebbe possibile il rinvio all'equità anche da parte del giudice statale “*sia in primo grado che in appello*” e la facoltà non sembrerebbe attagliarsi al caso dell'adozione di una pronuncia sostitutiva in sede di giudizio rescissorio.

In realtà, si può obiettare a tale affermazione che l'art. 114 richiama, in generale, anche i giudizi di primo grado e che l'adozione di una pronuncia sostitutiva in sede rescissoria altro

³²⁴ Si rilevi come la riforma del 2006 abbia modificato il tenore letterale dell'art. 822 c.p.c., sostituendo l'espressione “*autorizzati*” con “*disposto*”. Ne deriva che la previsione dell'equità non facoltizza gli arbitri a detto metro di giudizio, ma li vincola ad applicare regole non necessariamente coincidenti con quelle dettate dall'ordinamento vigente.

³²⁵ Nel senso che alla base della richiesta delle parti per la pronuncia secondo equità sta un accordo, non soltanto formale e processuale, ma sostanziale, Grosso, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1291 (per il quale, ai fini dell'applicazione dell'art. 114, non può attribuirsi rilevanza all'accordo in tal

non è che la ripetizione di un nuovo primo grado di giudizio, reso necessario dall'annullamento della decisione partorita dal pregresso processo arbitrale.

Veniamo ora al caso in cui le parti abbiano originariamente rimesso agli arbitri la possibilità di impiego del parametro dell'equità.

Come già accennato più sopra, c'è un tendenzialmente prevalente orientamento favorevole all'impiego, in sede rescissoria, delle norme di diritto, in quanto il richiamo all'equità va ritenuto inscindibilmente congiunto con il ricorso al giudice arbitrale in origine pattuito³²⁶.

Se il lodo viene annullato per motivi diversi dall'invalidità della convenzione arbitrale recante l'obbligo per gli arbitri di giudicare secondo equità, il giudice ordinario, nel successivo *iudicium rescissorium*, deve pronunciare sempre ed in ogni caso secondo diritto.

Ciò in virtù del fatto che il giudizio equitativo presuppone necessariamente nel soggetto che lo formula un agevole riconoscimento ed apprezzamento dei contrapposti interessi facenti capo alle parti. La qual cosa può ravvisarsi, con ogni sicurezza, in capo agli arbitri, in quanto tale richiesta deve intendersi fondata sull'*intuitus personae*, cioè su “*un rapporto di fiducia personalissimo condiviso da tutte le parti in conflitto, sicché la sua persistenza debba intendersi sottoposta alla tacita condizione che i giudicanti siano sempre le medesime persone a suo tempo liberamente scelte*”³²⁷.

Venuti meno gli originari arbitri investiti della lite, in sede rescissoria viene meno anche il parametro equitativo come metro di giudizio.

Ciò trova conferma anche nel già citato art. 114, ai sensi del quale anche il giudice ordinario può essere investito dalle parti del giudizio secondo equità, ma se tale richiesta non viene rinnovata in sede rescissoria, non è inesatto ritenere che si debba applicare il parametro delle *regulae iuris*, perché nella nuova fase non può presumersi quel particolare rapporto fiduciario che legava le parti e gli arbitri.

A detto risultato, peraltro, si può arrivare anche attraverso argomentazioni di puro tecnicismo processuale: rispetto alla controversia per la quale si è già svolto il giudizio rescindente, si è consumato ogni possibile effetto della convenzione arbitrale, la quale, trattandosi di clausola

senso intervenuto tra le parti prima di dare inizio al processo o, addirittura, prima che sia sorta la lite) e Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 449.

³²⁶ In questo senso, di recente, Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 815.

³²⁷ Così Cass., 5 dicembre 1981, n. 6456, cit.

compromissoria, continuerà a produrre effetti soltanto per tutte le altre controversie future, non anche per la prima.

Il ragionamento appena svolto vale sia nel caso in cui la pronuncia sostitutiva di merito spetti al giudice statale, sia che si preservi la competenza arbitrale, dacché, in quest'ultimo caso, si tratterebbe pur sempre di nuovi giudici privati, diversi ad quelli originariamente investiti della composizione della controversia e, di conseguenza, non contraddistinti da quell'*intuitus personae* di cui è si parlato poc'anzi.

Prima di concludere sul punto, però, occorre analizzare due situazioni che potrebbero verificarsi al momento dell'avvio della fase rescissoria di giudizio.

Una prima eventualità è quella in cui le parti, che avevano originariamente disposto che gli arbitri giudicassero secondo equità, rimettano volontariamente in sede rescissoria il giudizio ad un nuovo collegio arbitrale e nulla dispongano in ordine al metro di giudizio.

In dottrina³²⁸ si è affermato che, nel caso di scelta volontaria di deferimento della pronuncia di merito agli arbitri, debba ritenersi fermo il criterio inizialmente espresso dai contendenti, vale a dire l'equità.

La soluzione, in verità, appare poco convincente, proprio alla luce delle argomentazioni più sopra proposte. Se è vero che il richiamo all'equità deve ritenersi effettuato *intuitu personae*, non si vede come sia possibile ritenerlo automaticamente operante anche nel caso in cui il giudizio sia rimesso a nuovi giudici privati. Delle due l'una: o le parti rinnovano la richiesta di un giudizio equitativo e ne investono i nuovi giudicanti oppure si deve ritenere che, in assenza di espressa pattuizione, si renda necessario il richiamo alle norme di diritto vigenti.

La seconda eventualità è quella che si ha nel caso in cui il giudizio rescissorio spetti *ex lege* ai giudici privati³²⁹.

Anche qui non ci pare persuasiva la soluzione del mantenimento del parametro equitativo, giustificata sulla base che le parti siano *ipso iure* rimesse a nuovi arbitri e che non possano essere private del metro di giudizio in origine pattuito.

Vale, infatti, ancora una volta il principio per cui il metro di giudizio è inscindibilmente legato all'opzione arbitrale originaria, per cui, salvo che non vi sia un'espressa statuizione

³²⁸ Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 815.

³²⁹ Ove, s'intende, preservi la sua efficacia la convenzione d'arbitrato.

delle parti compromittenti in tal senso, in fase rescissoria il collegio giudicante è tenuto al rispetto delle *regulae iuris*³³⁰.

8. L'estinzione del procedimento d'impugnazione.

Per concludere la disamina del giudizio rescissorio, pare opportuno affrontare l'ipotesi che si verifichi l'estinzione del giudizio d'impugnazione.

A tal proposito, occorre preliminarmente distinguere il caso in cui si produca l'estinzione prima che la Corte d'appello abbia formulato la pronuncia rescindente dal caso in cui tale estinzione intervenga dopo la caducazione del lodo.

Nella prima situazione gli effetti che si producono non possono essere considerati dissimili da quelli che si produrrebbero nell'ipotesi di mancata proposizione dell'impugnazione per nullità³³¹. Ne deriva, in primo luogo, la condizione di definitività del lodo, dal momento che l'estinzione del giudizio d'impugnazione prima che si sia provveduto all'annullamento della pronuncia degli arbitri equivale alla mancata impugnazione di quest'ultima e, quindi, ne comporta la definitività. La pronuncia in esame, infatti, non può più andare soggetta a revisione di fronte alla Corte d'appello, salvo che non si verifichino i casi di revocazione straordinaria di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. (art. 831 c.p.c.).

In verità, non tutta la dottrina sembra condividere detta ultima affermazione. Si è detto³³², infatti, che l'estinzione dell'impugnazione per nullità senza che sia intervenuta la caducazione del lodo non ne determina il passaggio in giudicato e che il rimedio è pur sempre proponibile, purché non ne siano decorsi i relativi termini (art. 828 c.p.c.).

Le ragioni di detta diversa tesi poggiano non solo sulla considerazione che il lodo non potrebbe costituire *res iudicata*, in quanto strutturalmente diverso da una sentenza dei giudici

³³⁰ Alla luce di quanto detto sopra non risulterebbe problematico il caso in cui la scelta per l'equità sia contenuta, anziché nella convenzione arbitrale, nel verbale del primo giudizio arbitrale. In detta ipotesi, e a maggior ragione, si ripropone il ragionamento sino ad ora svolto. Di diverso avviso è Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 816.

³³¹ Così Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 933 e Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 816.

³³² Cecchella, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, 2352; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 254 e Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 329.

statali³³³, ma anche per la particolare natura del giudizio d'impugnazione per nullità, non assimilabile ai mezzi d'impugnazione delle sentenze, ivi compreso l'appello.

Si tenga conto, comunque, che la dottrina in questione è anteriore alla riforma dell'arbitrato del 2006 e che ora il lodo produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria a decorrere dalla data dell'ultima sottoscrizione, per espressa previsione dell'art. 824 *bis*.

Alla luce della suddetta assimilazione, non sembrano esservi ragioni ostative al fatto che l'estinzione del giudizio d'impugnazione provochi la condizione di inimpugnabilità del lodo e la sua conseguentemente inevitabile definitività.

Una questione postasi all'attenzione degli interpreti, poi, è stata quella dell'applicabilità all'impugnazione per nullità della previsione di cui all'art. 338 c.p.c., a norma del quale *“l'estinzione del procedimento di appello o di revocazione nei casi previsti nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 fa passare in giudicato la sentenza impugnata, salvo che ne siano stati modificati gli effetti con provvedimenti pronunciati nel processo estinto”*.

Tale disposizione, benché contenuta nel capo I del titolo III del libro II (dedicato alle impugnazioni in generale), deve intendersi riferita con specifico riguardo al giudizio di appello e a quello di revocazione ordinaria della sentenza.

Una parte della dottrina³³⁴ ritiene che non vi sia bisogno di invocare l'articolo in questione per negare il “passaggio in giudicato” del lodo, allorché si verifichi l'estinzione dell'impugnazione per nullità e ciò, peraltro, anche nelle ipotesi in cui sia già stata pronunciata la nullità del lodo con sentenza non definitiva.

In sintonia con quanto detto più sopra circa la possibile definitività del lodo in caso di estinzione del processo d'impugnazione per nullità, si deve, al contrario, ritenere che il principio espresso dalla norma possa essere positivamente impiegato anche nel contesto dell'impugnazione per nullità³³⁵.

Non si tratterebbe, invero, di un'applicazione analogica della norma, né di un'applicazione estensiva del principio in essa illustrato alla luce della suesposta equiparazione degli effetti

³³³ Si noti, però, che il legislatore ha equiparato il lodo alla sentenza quanto ai suoi effetti, non in quanto atto: il lodo resta, quindi, un atto privato e non pubblico, al quale, tuttavia, la legge ricollega gli stessi effetti della sentenza, con l'esclusione dell'efficacia esecutiva (per la quale è necessaria la procedura specifica di *exequatur*).

³³⁴ Punzi, *op. ult. cit.*, 254.

³³⁵ In questo senso Andrioli, *op. ult. cit.*, 933 e Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 816.

del lodo e della sentenza arbitrale, ma, più semplicemente, di un caso di applicazione diretta della disposizione.

Vero è che il tenore letterale della norma non si presta a ricomprendere anche l'impugnazione per nullità, ma è altrettanto innegabile che quest'ultima è un mezzo d'impugnazione, ancorché di una pronuncia privata; per tale motivo si deve, conseguentemente, ritenere ad essa applicabile la disciplina sulle impugnazioni in generale contenuta negli artt. 323-338 c.p.c.³³⁶.

Ne deriva, quindi, che non è ammissibile la proposizione di una nuova impugnazione anche nel caso in cui i relativi termini non siano ancora scaduti e ciò perché, una volta speso inutilmente, il potere d'impugnazione resta bruciato e non può più essere esercitato in relazione al provvedimento contestato³³⁷.

Ma veniamo ora al diverso caso in cui l'estinzione del giudizio d'impugnazione si verifichi dopo la pronuncia operata in sede rescindente e prima che si sia avuta la pronuncia nel merito, vale a dire durante la pendenza del giudizio rescissorio.

In tale ipotesi, mentre il processo procede verso il riesame del merito, ci troviamo di fronte ad una sentenza resa dalla Corte d'appello in sede rescindente e, segnatamente, di una sentenza non definitiva che dichiara l'invalidità del lodo.

Il fatto che detta sentenza conservi i suoi effetti ci pare cosa difficilmente contestabile, anche perché può essere confortata da più di un argomento.

Da un lato, infatti, si può richiamare il principio contenuto nel già citato art. 338 c.p.c. per concludere nel senso che l'estinzione del giudizio rescissorio comporti la definitività della pronuncia resa dai giudici privati, salvo che ne siano stati modificati gli effetti da provvedimenti *medio tempore* adottati nel processo estinto. In tal caso, infatti, è intervenuta una sentenza della Corte d'appello che ha modificato la pronuncia degli arbitri e ne ha dichiarato l'invalidità, provocandone la caducazione degli effetti³³⁸.

³³⁶ L'affermazione secondo cui sarebbe direttamente applicabile all'impugnazione per nullità la disciplina sulle impugnazioni in generale delle sentenze dei giudici statali si rinviene in Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 442.

³³⁷ Non ci sembra, quindi, necessario ricorrere ad un'applicazione analogica dell'art. 338 c.p.c. come, invece, sembra ipotizzare Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 816. L'autrice, infatti, afferma che, in considerazione della "netta differenziazione di natura e soprattutto di effetti" del mezzo in questione rispetto alla revocazione e all'opposizione di terzo, "si potrebbe invocare una ratio analoga rispetto a quella che l'art. 338 esprime".

³³⁸ Questo è la posizione di Andrioli, *op. ult. cit.*, 933.

Dall'altra parte, del resto, si potrebbe invocare la previsione contenuta nell'art. 310 c.p.c., in particolare il secondo comma, ove si afferma che *“l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e quelle che regolano la competenza”*³³⁹.

Se si considera la pronuncia dichiarativa della nullità una sentenza non definitiva di merito, si può ritenere che essa sopravviva all'estinzione del giudizio rescissorio e faccia salvi i suoi effetti caducatori della pronuncia arbitrale³⁴⁰.

Il fatto che si mantenga la pronuncia di nullità del lodo e si estingua la sola fase rescissoria, pone la questione relativa all'individuazione del giudice competente a pronunciare sul merito. Problema analogo si porrebbe nel caso in cui la Corte d'appello si fosse erroneamente limitata a pronunciare l'invalidità del lodo con una sentenza conclusiva dell'intero giudizio, senza che detta decisione venga tempestivamente impugnata: in tal caso, infatti, si ha un'indebita omissione della fase rescissoria a fronte di una sentenza caducatoria passata in giudicato, con la conseguenza che si pone, ancora una volta, la necessità d'individuare l'autorità competente all'adozione della pronuncia sostitutiva.

Come autorevolmente sostenuto³⁴¹ e come ampiamente condivisibile, deve escludersi che possa ancora intervenire la Corte d'appello: essa, infatti, ha già compiutamente esaurito la sua funzione con la declaratoria d'invalidità del lodo, ha esaurito, con l'annullamento del lodo, la sua competenza speciale e, pertanto, non resta che l'opzione tra il ricorso ad un nuovo collegio arbitrale oppure all'autorità giurisdizionale ordinariamente competente secondo le regole del codice di rito.

Sussistono, però, diversi argomenti che consentono di sostenere che la competenza spetti ad un nuovo collegio arbitrale, tenendo presente che il dilemma che deve essere sciolto è quello relativo alla conservazione o meno degli effetti della convenzione arbitrale.

Occorre, innanzitutto, segnalare come la dottrina, nel sistema codicistico antecedente la riforma del 2006, fosse divisa sul punto.

Secondo taluno³⁴², infatti, sarebbe sopravvissuta la competenza degli arbitri e ciò, tra l'altro, sulla base di un argomento di carattere essenzialmente letterale: la soppressione, nell'art. 830

³³⁹ Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 254.

³⁴⁰ Ruffini e Boccagna, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 6062.

³⁴¹ Punzi, *op. ult. cit.*, 255 e Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 816.

³⁴² Punzi, *op. ult. cit.*, 255.

c.p.c., del “*giudizio arbitrale*” come oggetto di annullamento e la sua sostituzione con il “*lodo*”, infatti, avrebbero significato che, in mancanza del giudizio rescissorio, sarebbe tornata ad acquisire valore la convenzione arbitrale, in quanto atto del giudizio arbitrale non travolto dall’effetto caducatorio della pronuncia della Corte d’appello³⁴³.

Secondo altra voce dottrina³⁴⁴, invece, per sostenere la necessità di rivolgersi all’autorità giudiziaria ordinaria, si sarebbe dovuto far leva sul fatto che il termine per la pronuncia del lodo fosse ormai trascorso, né potesse dirsi applicabile il meccanismo di sanatoria di cui all’art. 821 c.p.c., il quale presupponeva, comunque, la pendenza del giudizio arbitrale³⁴⁵.

Il limite che una tale impostazione rivela, però, nasce fondamentalmente da un errore di prospettiva, dal momento che non si tratta di far rivivere il precedente processo privato, quanto, piuttosto, di giustificare la sopravvivenza della convenzione arbitrale alla dichiarazione d’invalidità del lodo in caso di estinzione del giudizio rescissorio. Solo la perdurante vigenza dell’accordo compromissorio, infatti, avrebbe potuto consentire l’investitura di nuovi giudici privati in ordine alla medesima controversia, con la decorrenza di un termine per la pronuncia del tutto nuovo (in considerazione dell’intervenuta dichiarazione di nullità del precedente lodo). Per giustificare il ricorso a nuovi arbitri, non si tratta di prendere in esame la conservazione del pregresso giudizio privato, quanto, piuttosto, di valutare la perdurante efficacia dell’accordo di deferimento della controversia a giudici privati. Ne consegue che l’intervenuta decorrenza del termine utile per la pronuncia è argomento privo di rilievo, alla luce del fatto che inizia un nuovo giudizio, con il quale decorre un nuovo termine, del tutto sganciato da quello precedentemente consumatosi.

Se già prima della riforma appariva più convincente la tesi che riconosceva la competenza di nuovi arbitri per l’adozione della pronuncia sostitutiva del lodo annullato³⁴⁶, ad oggi alcune disposizioni introdotte dal d.lgs. 40/2006 decisamente confermano le conclusioni cui già poteva pervenirsi in precedenza.

³⁴³ Sempre Zucconi Galli Fonseca, *op. ult. cit.*, 817.

³⁴⁴ Andrioli, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 933.

³⁴⁵ Il vecchio art. 821, antecedente la recente riforma, disponeva che “*il decorso del termine indicato nell’articolo precedente non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza*”.

³⁴⁶ In particolare, Punzi, *op. ult. cit.*, 255, sosteneva che, con le modifiche introdotte dalla l. 25/1994, si potesse avere una “*reviviscenza*” della convenzione d’arbitrato e della conseguente competenza arbitrale, dopo l’annullamento del lodo, anche nel caso in cui non si verifici l’estinzione del giudizio, ma quando la “*contraria volontà delle parti*” avesse impedito alla Corte d’appello di pronunciare sul merito.

Si veda, innanzitutto, l'art. 808 *quinquies*, il quale afferma che la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato: se, dunque, risulta ancora valida la pattuizione di deferire a giudici privati al lite, la pronuncia di merito non può essere portata, se non sussiste diverso accordo, di fronte ai giudici dello Stato.

Ma a corroborare la convinzione che la competenza sul merito spetti agli arbitri è la statuizione del terzo comma dell'art. 830, che ribadisce, in linea generale, che la controversia rientra nella convenzione arbitrale ogni qual volta la Corte d'appello non decida nel merito, con l'unica eccezione che la nullità del lodo non sia dipesa da un accordo compromissorio che sia stato dichiarato invalido o inefficace.

Questa disposizione, del resto, contempla la reviviscenza della convenzione arbitrale ogni qual volta la Corte d'appello non adotti la decisione di merito e, pertanto, non solo se fisiologicamente detta attribuzione spetti ai giudici privati, ma anche quando, patologicamente, il giudice del gravame si astenga dal giudizio, come avviene nell'ipotesi di estinzione della fase rescissoria³⁴⁷.

Anzi, proprio il raffronto della nuova formulazione dell'articolo da ultimo citato con quella anteriormente vigente conferma la volontà del legislatore della riforma di mantenere, in caso di estinzione del giudizio rescissorio, la competenza arbitrale.

La vecchia formulazione, infatti, prevedeva che “*salvo volontà contraria di tutte le parti, la corte di appello pronuncia anche sul merito, se la causa è in condizione di essere decisa, ovvero rimette con ordinanza la causa all'istruttore, se per la decisione del merito è necessaria una nuova istruzione*”.

La rimessione del giudizio rescissorio al giudice privato era, quindi, subordinata all'espressa volontà delle parti e da ciò poteva ricavarsi che intento del legislatore fosse quello di realizzare la rimessione di questa decisione agli arbitri solo nel caso in cui vi fosse una specifica reiterazione di detta richiesta, ricavandosi da ciò un certo preminente intento di preservare la competenza del giudice statale anche in caso di estinzione del giudizio rescissorio³⁴⁸.

³⁴⁷ Come intuitivo ed evidente, deve escludersi la reviviscenza della convenzione arbitrale nel caso in cui il lodo sia annullato per invalidità della convenzione arbitrale.

³⁴⁸ Si vedano, comunque, anche i lavori preparatori alla legge di riforma, ove si ricava chiaramente che la volontà di ricorrere ad un nuovo collegio arbitrale deve essere espressamente formulata, come si trattasse di una riformulazione della convenzione d'arbitrato. Così, La China, *op. ult. cit.*, 190 e Oricchio, *L'arbitrato*, Napoli, 1994, 159.

Il tenore della nuova formulazione del terzo comma dell'art. 830 lascia trasparire un indirizzo senz'altro più favorevole alla preservazione della competenza arbitrale, benché, a onor del vero, l'argomento non sia del tutto assorbente e decisivo.

Ne consegue che, una volta esclusa la competenza in sede rescissoria della Corte d'appello, in caso di estinzione del giudizio successivo alla caducazione del lodo, la competenza rimane al collegio arbitrale, per quanto diverso da quello in precedenza investito.

Il ricorso al giudice ordinario di primo grado si renderà necessario nell'ipotesi in cui il giudizio d'impugnazione si sia concluso con la declaratoria d'invalidità della convenzione arbitrale *ex art. 829 comma primo n. 1 c.p.c.* In ogni altro caso, però, allorché si verifichi l'estinzione del giudizio d'impugnazione successivamente all'annullamento del lodo e prima della pronuncia sul merito, il potere di rinnovare il giudizio sulla controversia compete agli arbitri, poiché sopravvivono gli effetti dell'opzione a loro favore originariamente esercitata dalle parti.

CAPITOLO QUARTO.

LA CORRELAZIONE DELLA FASE RESCINDENTE E DI QUELLA RESCISSORIA: SOLUZIONI NORMATIVE E RILIEVI PROBLEMATICI ALLA LUCE DEL RIPARTO DI COMPETENZA.

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: PROFILI GENERALI DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E RESCISSORIA PRIMA E DOPO LA RIFORMA DEL 2006. 1. Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nel sistema antecedente la riforma operata con il d.lgs 40/2006- 2. Il giudizio rescissorio alla luce della riforma del 2006- SEZIONE SECONDA: I CASI DI STRUTTURALE IMPOSSIBILITÀ DI SOPRAVVIVENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE. 3. L'invalidità della convenzione arbitrale- 4. Il vizio di extrapetizione: a) l'ambito operativo del motivo d'impugnazione del lodo- Segue: b) i suoi riflessi sulla competenza in fase rescissoria. In particolare, il caso del difetto d'integrazione del contraddittorio non rilevato in sede arbitrale- 5. Contrasto con precedente lodo non più impugnabile o sentenza passata in giudicato-SEZIONE TERZA: PERDURANTE VIGENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE E GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AGLI ARBITRI.

6. La irregolare costituzione dell'organo giudicante e l'incapacità degli arbitri- 7. Indebita chiusura in rito del processo arbitrale- *SEZIONE QUARTA: IL GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AL GIUDICE CHE HA DISPOSTO L'EFFETTO CADUCATORIO DELLA PRONUNCIA PRIVATA*. 8. Mancanza dei requisiti di cui ai nn. 5), 6) e 7) dell'art. 823 c.p.c.- 9. La mancata pronuncia del lodo entro il termine di cui all'art. 820 c.p.c.- Segue: a) *il riflesso della scadenza del termine sul giudizio arbitrale*- Segue: b) *le modalità di rilevazione del vizio di tardività della pronuncia del lodo*- Segue: c) *la competenza in sede rescissoria*- 10. Inosservanza delle forme prescritte dalle parti sotto pena di nullità: a) *l'ambito operativo della disposizione*- Segue: b) *la competenza in fase rescissoria*- 11. La violazione del principio del contraddittorio- 12. La contraddittorietà delle disposizioni- 13. L'infrapetizione- 14. La nullità per *errores in iudicando* e la competenza in sede rescissoria- Segue: a) *le condizioni di ammissibilità e le caratteristiche del motivo d'impugnazione della violazione di legge*- Segue: b) *la competenza in sede rescissoria*- *SEZIONE QUINTA: LE VARIANTI DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E FASE RESCISSORIA DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ*. 15. Il regime convenzionale di competenza per il giudizio rescissorio- 16. Il giudizio rescissorio nell'arbitrato internazionale.

SEZIONE PRIMA: PROFILI GENERALI DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E FASE RESCISSORIA PRIMA E DOPO LA RIFORMA DEL 2006.

1. Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nel sistema antecedente la riforma operata con il d.lgs 40/2006.

Dopo aver ricostruito in generale il panorama di opinioni concernenti la natura dell'impugnazione per nullità, aver colto i rilievi problematici delle scelte generali del nostro legislatore (anche in raffronto ad alcune esperienze straniere) ed aver analizzato gli aspetti più significativi del procedimento rescissorio, si tratta ora di entrare *in medias res* ed affrontare il tema che più direttamente investe il presente lavoro e che ne costituisce la riflessione conclusiva, vale a dire il giudizio rescissorio che può seguire alla pronuncia caducatoria della Corte d'appello.

Referente normativo dell'indagine è, dunque, la disposizione di cui all'art. 830 c.p.c., rubricata "*Decisione sull'impugnazione per nullità*", con particolare riguardo ai commi secondo e terzo.

Prima, però, di approfondire la disamina del rapporto tra fase rescindente e rescissoria nel contesto del nuovo assetto, così come illustrato dalla riforma operata con il d.lgs 2 febbraio 2006 n. 40, occorre prendere le mosse da un inquadramento delle regole ad essa previgenti.

La dimensione diacronica dell'indagine, infatti, si presta ad una comprensione più efficace e meditata del tema del presente lavoro ed è, al contempo, corollario delle valutazioni di ordine comparativistico che si sono svolte in precedenza³⁴⁹.

³⁴⁹ Vedi *supra*, cap. 2.

Il previgente secondo comma dell'art. 830 c.p.c., quale novellato dalla l. 25/1994³⁵⁰, asseriva che “*salvo volontà contraria di tutte le parti, la Corte di appello pronuncia anche nel merito, se la causa è in condizione di essere decisa, ovvero rimette con ordinanza la causa all'istruttore, se per la decisione di merito è necessaria una nuova istruzione*”.

La conseguenza della dichiarazione di nullità del lodo, dunque, è il passaggio ad una fase rescissoria, finalizzata all'adozione di una pronuncia sostitutiva di quella annullata.

Regola generale che traspariva dal dato normativo è che la stessa Corte d'appello che ha annullato il lodo dovesse provvedere in ordine al giudizio sostitutivo.

Ciò, tuttavia, non sempre si verificava: esistevano, infatti, due eccezioni alla regola predetta, l'una esplicitamente prevista dal legislatore e l'altra frutto di ricostruzione sistematica.

Quanto alla prima deroga, è sufficiente appuntarsi sulla *littera* dell'art. 830, il quale rimette la pronuncia sostitutiva all'intervento della Corte d'appello “*salva volontà contraria di tutte le parti*”. Alle parti, quindi, era data la possibilità di derogare concordemente alla regola generale della competenza della Corte d'appello e la possibilità di rimettere la competenza alternativamente al giudice di primo grado o di ripercorrere la via arbitrale.

La *ratio* della disposizione è stata subito di agevole intuizione: se l'arbitrato è un processo privato, frutto di una libera e consapevole scelta delle parti di ovviare alla via giudiziale, la possibilità di esonero dall'intervento del giudice statale deve sempre poter essere assicurata alle parti, le quali, anche a seguito della dichiarazione di nullità, possono optare per la permanenza nel merito della competenza arbitrale.

Come precisato da diverse voci della dottrina³⁵¹, la volontà derogatoria delle parti avrebbe potuto essere espressa anche anteriormente al giudizio d'impugnazione e finanche nel patto compromissorio.

³⁵⁰ Per un'analitica ricostruzione del sistema previgente alla riforma del 1994 si veda Carnacini, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., 921-922. Si tenga presente, in particolare, che la sola ipotesi prevista nel vecchio art. 830 c.p.c. di mancata devoluzione del giudizio rescissorio alla Corte d'appello era quella relativa all'inidoneità della causa ad essere decisa (nel qual caso si sarebbe dovuto procedere alla rimessione all'istruttore per il compimento della nuova istruttoria).

³⁵¹ Tra gli altri, Giorgetti, *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 722 e ss.; La China, *op. ult. cit.*, 190; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2000, 373; Tarzia, in Tarzia-Luzzatto-Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 176 e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 111, il quale precisa che la volontà delle parti di derogare alla competenza del giudice statale deve essere espressa prima che questi assuma in decisione la causa, ovvero prima dell'adozione della sentenza (che potrebbe essere unitamente rescindente e rescissoria). Il termine ultimo entro il quale derogare all'intervento dei giudici d'appello, in sostanza, sarebbe dato dall'udienza di precisazione delle conclusioni.

Inoltre, essa avrebbe dovuto essere manifestata dalla parte personalmente oppure da procuratore speciale, non rientrando ciò tra i poteri conferiti al difensore sulla base della sola procura alle liti³⁵².

La volontà di una sola delle parti di rimettere il giudizio agli arbitri, di conseguenza, era ritenuta irrilevante³⁵³.

La seconda eccezione alla competenza della Corte d'appello in sede rescissoria, come poc'anzi detto, non era espressamente affermata dal legislatore, ma era stata oggetto di elaborazione dottrina e giurisprudenziale.

Come si avrà cura di evidenziare meglio tra poco nel prosieguo di questa riflessione, si erano rinvenute ipotesi nelle quali non si poneva neppure questione del giudizio rescissorio, in quanto l'impugnazione per nullità avrebbe potuto concludersi con una semplice pronuncia rescindente di annullamento del lodo.

Ciò poteva verificarsi, innanzitutto, nel caso in cui si fosse ravvisata l'inesistenza del lodo, vuoi per radicale mancanza del vincolo compromissorio, vuoi per incompromettibilità della materia oggetto della controversia portata dinnanzi agli arbitri³⁵⁴.

Parimenti, si riteneva che si sarebbe dovuta limitare l'impugnazione alla sola fase rescindente nel caso in cui, annullato un capo del lodo esorbitante dal patto compromissorio, gli altri capi non travolti ne esauriscano compiutamente l'oggetto³⁵⁵.

³⁵² In questi termini Fazzalari, *op. ult. cit.*, 111; Califano, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, in Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 321; La China, *op. ult. cit.*, 190; Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 29 e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 246 e in *Enc. Giur. Treccani*, voce *Arbitrato*, cit., 49.

³⁵³ Tarzia, *op. ult. cit.*, 176.

³⁵⁴ Così, Bernardini, *op. ult. cit.*, 121; Califano, *op. ult. cit.*, 321; Giorgetti, *op. ult. cit.*, 734 e ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 373 (il quale puntualizza che, in questo caso, si avrebbe un'applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c., a norma del quale il giudice d'appello che dichiara inesistente un pronuncia di primo grado, rimette la causa di fronte al giudice di primo grado per una nuova decisione) e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 247 e in *Enc. Giur. Treccani*, voce cit., 49. Per la giurisprudenza, Cass. 25 gennaio 1997 n. 781, in *Riv. Arb.* 1997, 529, con nota di Bove, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*; Cass. 4 febbraio 1993 n. 1407; Cass. 6 gennaio 1983 n. 66; Cass. 28 febbraio 1964 n. 458. Per un'ipotesi particolare di errata composizione del collegio arbitrale in materia di appalti di opere pubbliche (alla luce del Capitolato generale per le opere pubbliche approvato con D.P.R. 1063/1962) e asserita conseguente limitazione dell'impugnazione per nullità alla sola fase rescindente in presenza di lodo inesistente, vedi App. Roma 27 gennaio 1997, in *Riv. Arb.*, 1998, 517 e ss., con nota critica di Berlinguer, *Scelta degli arbitri e autonomia delle parti tra diritto comune e disciplina delle opere pubbliche*, 534 e ss.

³⁵⁵ In questo senso Giorgetti, *op. ult. cit.*, 736 e ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 248 e Vecchione, *Questioni in tema d'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1955, I, 159 e ss. *Contra*, Andrioli, *L'indivisibilità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 256.

Altro caso che veniva tradizionalmente escluso dalla pronuncia rescissoria della Corte d'appello è quello in cui si procede all'annullamento del lodo per indebita chiusura in rito del processo arbitrale a seguito di declinatoria di competenza ad opera degli arbitri medesimi³⁵⁶.

Rimaneva, tuttavia, incerta l'identificazione dell'organo deputato alla pronuncia sostitutiva. Secondo una prima ricostruzione³⁵⁷, infatti, tale competenza avrebbe dovuto essere rimessa agli arbitri (che avevano omesso d'intervenire), secondo un altro orientamento, invece, detta funzione avrebbe dovuto ascriversi al giudice ordinario competente in primo grado, data l'impossibilità di reinvestirne gli arbitri in virtù dell'originario patto compromissorio³⁵⁸. Senza prendere al momento posizione in merito, riserveremo in seguito accurato approfondimento alla questione.

Già nella vigenza della pregressa disciplina, in dottrina si era, peraltro, affermato che la competenza della Corte d'appello dovesse escludersi, altresì, nel caso in cui il merito della controversia fosse da ascriversi ad una giurisdizione speciale³⁵⁹.

Per completare questa breve indagine relativa al pregresso tenore dell'art. 830 c.p.c., occorre considerare che il giudizio in sede d'impugnazione, ancorché rimesso per entrambe le fasi alla Corte d'appello, avrebbe potuto assumere due esiti differenti.

Si sarebbe potuta avere, infatti, un'unica pronuncia (di annullamento e contemporaneamente sostitutiva) oppure due distinte pronunce, la prima caducatoria e la seconda in sede rescissoria. Quest'ultima opzione si sarebbe verificata nel caso in cui vi fosse stata la necessità di un'ulteriore istruttoria, allorché la causa non fosse in condizione di essere *de plano* decisa.

Discussa la natura della sentenza resa in sede rescindente: a fronte di chi la riteneva una sentenza non definitiva soggetta a riserva di ricorso per Cassazione o ad impugnazione

³⁵⁶ Cecchella, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 2357 e ss.; Giorgetti, *op. ult. cit.*, 737 e ss. e Ruperto, *Lodo-Decisione sull'impugnazione per nullità*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato con prefazione di Natalino Irti*, cit., 432 e ss. *Contra*, Califano, *op. ult. cit.*, 283 e ss.

³⁵⁷ Vedi nota precedente.

³⁵⁸ Fazzalari, *op. ult. cit.*, 110 e, in giurisprudenza, Cass. 18 dicembre 1973 n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1140.

³⁵⁹ Andrioli, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1956, I, 849 e, ancor prima Forti, in *Foro it.*, 1938, III, 57, in commento alla sentenza del Consiglio di Stato del 2 febbraio 1938.

immediata³⁶⁰, vi era chi la qualificava come definitiva, sottoposta al regime proprio delle sentenze civili e, quindi, ordinariamente ricorribile per Cassazione³⁶¹.

Le osservazioni finora compiute, oltre a fungere da indispensabile ricostruzione storica dell'istituto che qui ci occupa, si rivelano ulteriormente indispensabili, in quanto capaci di prospettare alcuni dei profili problematici che ineriscono al giudizio rescissorio, anche alla luce delle nuove disposizioni codicistiche.

2. Il giudizio rescissorio alla luce della riforma del 2006.

La riforma operata dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 ha inciso profondamente sull'art. 830 c.p.c. Essa, infatti, ha rivisitato solo formalmente il primo comma, ma ha completamente riscritto il secondo comma, ha inserito un nuovo terzo comma ed il vecchio terzo comma, con debite correzioni, è diventato il quarto ed ultimo.

Occorre, preliminarmente, richiamarsi a quanto disposto dalla legge delega (l. 80/2005), la quale, nel piano di generale riforma del processo arbitrale, conteneva la direttiva al governo di prevedere, in maniera specifica, le ipotesi di competenza rescissoria da parte del giudice investito dell'impugnazione per nullità del lodo.

Di conseguenza, è stato significativo l'intervento operato in sede di revisione della disposizione in esame.

Procedendo per ordine, il secondo comma appare attualmente diviso in due parti: la prima parte è dedicata al lodo interno e la seconda al lodo internazionale.

La prima parte dispone che *“se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) e 12), terzo, quarto o quinto, la Corte d'appello decide la controversia nel merito, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione d'arbitrato o con accordo successivo”*.

Il legislatore, pertanto, ha inteso lasciare libere le parti di disporre diversamente, ma ha, al contempo, optato per un regime misto, che prevede sia la possibilità che il merito sia affidato

³⁶⁰ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 374 e, in giurisprudenza, Cass. 16 febbraio 1993 n. 1235, Cass. 14 marzo 1978 n. 1276 e Cass. 30 giugno 1969 n. 2378.

³⁶¹ Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 110 (ancorché, probabilmente, il pensiero dell'autore sia riferito ai casi di mera pronuncia rescindente senza possibilità di successivo giudizio rescissorio) e Vecchione, *op. ult. cit.*, 159.

al giudice dell'impugnazione per nullità, sia che si conservi l'efficacia della convenzione arbitrale³⁶².

La nuova disposizione riflette, in buona parte, i risultati cui era, antecedentemente, pervenuta la dottrina.

Alla luce dell'elaborazione pregressa³⁶³, infatti, la pronuncia sostitutiva della Corte d'appello non avrebbe potuto aversi nel caso in cui fosse stato accertato un difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri³⁶⁴, il giudizio arbitrale non fosse sfociato erroneamente in una pronuncia di merito³⁶⁵ o ancora nel caso in cui vi fosse stato un vizio di portata tale da determinare la mancanza di effettiva cognizione della controversia³⁶⁶. In quest'ultimo caso, peraltro, si facevano rientrare le ipotesi d'incapacità degli arbitri o di loro nomina irrituale³⁶⁷.

Si sosteneva che, in tutte queste situazioni, alle parti fosse necessario avviare un nuovo processo di fronte ai giudici dello Stato oppure avvalersi, ove possibile, del pregresso patto compromissorio.

Ugualmente deve concludersi alla luce del combinato disposto del comma secondo prima parte e del comma terzo dell'art. 830.

Ai sensi di quest'ultima disposizione, infatti, “*quando la Corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità ed inefficacia*”: con ciò il legislatore della riforma ha inteso affermare

³⁶² In questo senso, Menchini, *Impugnazioni del lodo “rituale”*, cit., 866.

³⁶³ Califano, *op. ult. cit.*, 320 e ss.; Fazzalari, in Fazzalari-Briguglio-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato dopo la riforma*, cit., 216-217; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 244 e ss. e Ruffini, *Commento all'art. 830*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 3554 e ss.

³⁶⁴ Cosa che si sarebbe potuta riscontrare nel caso di inesistenza dell'accordo compromissorio (Cass. 7 febbraio 2006, n. 2598; Id., 6 dicembre 2004, n. 22794; Id., 21 marzo 2001, n. 4035; Id., 11 febbraio 1998, n. 1413; Id., 6 gennaio 1983, n. 66; Id., 22 luglio 1976, n. 2896; Id., 25 luglio 1961, n. 1806; App. Bologna, 28 luglio 1954, in *Foro It.*, 1955, I, 1932), inosservanza del termine previsto nella clausola compromissoria per l'instaurazione del giudizio arbitrale (Cass., 3 settembre 1998, n. 8739, in *Foro It.*, 1998, I, 2761), lodo pronunciato su materia non compromettibile (Cass., 7 febbraio 2006, n. 2598; Id., sez. un., 14 novembre 2003, n. 17205; Id., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15608, in *Foro It.*, 2002, I, 1738 e in *Giur. It.*, 2002, 1715); Id., sez. un., 19 maggio 1986, n. 3333; Id., 27 ottobre 1977, n. 4618; Id., 16 ottobre 1975, n. 3354; Id., 3 ottobre 1968, n. 3070, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 874 e Cass., 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro It.*, 1954, I, 19, con nota adesiva di Andrioli) o ancora nel caso di patto compromissorio nullo (Cass., 29 aprile 2004, n. 8206, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, 1305; Id., 27 luglio 1990, n. 7597; Id., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. Arb.*, 1991, 79, ma, *contra*, Cass., 7 febbraio 20006, n. 2598).

³⁶⁵ Essenzialmente nell'ipotesi di erronella declaratoria di competenza da parte degli arbitri: si veda Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 1110.

³⁶⁶ A questi casi si aggiungevano quelli della pronuncia del lodo oltre il termine stabilito (Cass., 24 febbraio 2006, n. 4207; Id., 28 gennaio 1970, n. 177; Id., 28 luglio 1964, n. 2114 e Id., 11 ottobre 1960, n. 2640, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 1725 e su cui vedi *infra*) e della pronuncia oltre i limiti del patto compromissorio (*extra compromissum*).

³⁶⁷ Di questo avviso sono Cass., 7 febbraio 2001, nn. 1723 e 1729; Id., 6 maggio 1953, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 180 con nota di Secchione, mentre, *contra*, si veda Cass., 9 aprile 2002, n. 5062, in *Foro It.*, 2002, I, 2207.

che, ove non previsto il potere in sede rescissoria della Corte d'appello e ove sia possibile, riprenda vigore la convenzione arbitrale e possa mantenersi la competenza degli arbitri anche nell'adozione della pronuncia sostitutiva.

Quella appena enunciata è una valutazione di carattere assolutamente generale, su cui dovremo soffermarci più a lungo nel prosieguo di questo lavoro.

Per rimanere sempre sul piano delle enunciazioni generali, tuttavia, occorre richiamare anche la seconda parte del secondo comma dell'art. 830, dedicata all'arbitrato internazionale.

È noto che il codice di rito non prevede più uno specifico capo dedicato all'arbitrato internazionale³⁶⁸, in virtù della precisa scelta normativa di far refluire questo istituto in quello, più diffusamente disciplinato, dell'arbitrato domestico.

Dovendo oggi ricercare le disposizioni regolatrici dell'arbitrato internazionale, pertanto, dobbiamo rifarci alla disciplina dell'arbitrato interno e cogliere in essa, se del caso, apposite regole dettate specificamente per l'arbitrato internazionale.

Una di queste è espressa in materia d'impugnazione per nullità del lodo all'art. 830 secondo comma seconda parte, ove si legge che *“se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la Corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta”*.

A parte la restrizione dell'ambito operativo dell'arbitrato internazionale³⁶⁹, la soluzione non sembra discostarsi da quanto già previsto nel previgente art. 838 c.p.c., il quale prevedeva l'inapplicabilità della regola della competenza in sede rescissoria alla Corte d'appello (di cui al vecchio secondo comma dell'art. 830), salvo che le parti non avessero diversamente convenuto.

La *ratio* di questa scelta è facilmente intuibile: si vuole evitare che un lodo reso in un contesto transnazionale sia sostituito dalla pronuncia di un giudice statale e s'intende lasciare, per quanto possibile, alla competenza degli arbitri l'adozione della pronuncia sostitutiva. Resta

³⁶⁸ La riforma del 2006, infatti, ha abrogato gli artt. 832-838 c.p.c. (già dedicati all'arbitrato internazionale), ha dedicato l'attuale capo VI del titolo VIII del libro IV (segnatamente l'art. 832) all'arbitrato per regolamenti precostituiti ed ha lasciato inalterata la disciplina dell'arbitrato estero di cui agli artt. 839 e 840 c.p.c.

³⁶⁹ In maniera forse non del tutto condivisibile, l'istituto, a differenza di quanto previsto dal previgente art. 832 c.p.c., non si applica più con riguardo a quei rapporti nei quali una parte rilevante della prestazione avrebbe dovuto eseguirsi all'estero.

inteso, peraltro, che è nella piena libertà delle parti di optare concordemente per la soluzione opposta.

In linea generale, quindi, riprende vigore la convenzione arbitrale ed il relativo giudizio sarà deferito agli arbitri, ancorché non si tratti degli stessi che hanno emanato il lodo annullato in fase rescindente. Anche in questo caso, beninteso, la competenza arbitrale sopravvive solo se sia possibile: invero, nel caso in cui il lodo sia stato annullato per inesistenza della convenzione arbitrale o per incompromettibilità della lite, si potrà ricorrere agli arbitri solo dopo la rinnovazione di un valido vincolo compromissorio.

Quello che si è voluto delineare è soltanto un quadro estremamente generico di una materia ancora poco esplorata dalla riflessione dottrina e giurisprudenziale. Ciò valga come necessaria introduzione ad una disamina più approfondita del rapporto intercorrente tra giudizio rescindente e rescissorio nell'impugnazione per nullità, qual è quella che ci occuperà d'ora innanzi.

Prima di scendere *in medias res*, ci sia consentito ancora fare un'annotazione preliminare di metodo.

La consapevolezza della povertà del dato normativo (carattere, in verità, riscontrabile in tutta la disciplina codicistica dell'arbitrato) impone all'interprete un imponente onere di ricostruzione dogmatica e pratica dell'articolazione bifasica dell'impugnazione per nullità.

Di conseguenza, si pone la necessità di andare ad integrare le scarse disposizioni con una riflessione che, quanto più possibilmente, sia esaustiva in ordine alle possibili problematiche e ai riflessi che l'esperienza concreta possa evidenziare.

Per tale motivo, si ritiene di dover procedere con un'analitica disamina delle varie ragioni per cui è possibile chiedere l'annullamento del lodo, valutarne le caratteristiche e le condizioni di rilevabilità e, infine, rapportarle alla scansione bifasica del giudizio d'impugnazione per nullità.

Procedendo secondo questo criterio sarà, altresì, possibile cogliere alcune delle possibili implicazioni problematiche che gli interpreti e gli operatori pratici possono trovarsi ad affrontare.

S'intende, quindi, affrontare il profilo del collegamento tra le fasi suddette, con particolare riguardo al profilo della competenza, fermo restando che le questioni più strettamente procedurali del giudizio rescissorio sono già state oggetto di pregressa trattazione³⁷⁰.

La riflessione che si andrà a svolgere in questo capitolo conclusivo si ispira al criterio di articolazione di una generale tripartizione dei possibili esiti cui si può pervenire allorché ci si appunti sul tema del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio dell'impugnazione per nullità del lodo.

Vi sono, innanzitutto, situazioni in cui non si dà neppure ragione di svolgere un giudizio di carattere rescissorio, dal momento che con l'intervento caducatorio della Corte d'appello si esaurisce ogni tipo di valutazione di carattere impugnatorio. Se, infatti, l'art. 830 c.p.c. non assegna alla Corte il potere di adottare la decisione sostitutiva e se, in tal senso, non si manifesta la volontà delle parti, occorre considerare il criterio residuale della perdurante vigenza della convenzione arbitrale. Si danno, tuttavia, situazioni in cui l'accordo arbitrale non preserva la sua efficacia, con la conseguenza che, in tal caso, alle parti non resta che rivolgersi al giudice ordinario di prime cure oppure, se così vogliono, vincolarsi con una nuova convenzione d'arbitrato, distinta da quella precedente, che ha perso ogni effetto.

Vi sono, poi, specifici casi, normativamente previsti, in cui è lo stesso giudice che ha annullato la pronuncia arbitrale ad adottare la nuova decisione in sede rescissoria, sempre salvo che non sia diversamente disposto dalle parti compromittenti.

Si hanno, infine, casi in cui l'annullamento del lodo non determina il venir meno della convenzione arbitrale, con la conseguenza che ricadrà su (diversi) giudici privati l'incombenza di adottare la nuova pronuncia.

La puntuale disamina dei singoli motivi d'impugnazione del lodo diviene, allora, lo strumento più efficace ed opportuno per procedere all'analisi del rapporto tra fase rescindente e fase rescissoria dell'impugnazione per nullità alla luce della tripartizione dei possibili esiti di essa come più sopra individuata.

SEZIONE SECONDA: I CASI DI STRUTTURALE IMPOSSIBILITÀ DI SOPRAVVIVENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE.

³⁷⁰ Vedi capitolo 3.

3. L'invalidità della convenzione arbitrale.

Il primo dei possibili esiti summenzionati del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio è costituito da tutte quelle situazioni in cui il processo impugnatorio si chiude con l'annullamento della decisione arbitrale, senza possibilità alcuna che ad esso segua un nuovo giudizio finalizzato all'adozione di una nuova pronuncia.

In questa categoria, in buona sostanza, devono essere raggruppate tutte quelle situazioni in cui l'adozione della pronuncia sostitutiva non spetta alla Corte d'appello (sia per volontà delle parti che per previsione legislativa), né sopravvive la convenzione arbitrale.

Ne consegue che non possono essere ricomprese in questa categoria le situazioni illustrate ai nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11 e 12 del primo comma dell'art. 829 c.p.c., nonché quelle del terzo, quarto e quinto comma, giacché afferenti a quei casi in cui è la stessa Corte d'appello investita del giudizio rescindente a dover adottare la nuova pronuncia.

A ciò fa eccezione il fatto che le parti compromittenti abbiano, comunque, voluto investire ulteriormente un collegio arbitrale della nuova pronuncia, così derogando a quanto *expressis verbis* sancito dalla *littera* normativa.

La situazione di limitazione del giudizio impugnatorio alla sola fase rescindente, comunque, non può verificarsi neppure in tutti quei casi in cui all'annullamento del lodo sopravvive la convenzione arbitrale, dal momento che in questo caso sono nuovi giudici privati a dover intervenire nel merito della controversia oggetto di vincolo compromissorio. Ma è proprio tra i motivi d'impugnazione del lodo, per i quali non è previsto che la nuova pronuncia rescissoria rimanga affidata alla Corte d'appello, che si debbono individuare i casi in cui viene meno l'efficacia della convenzione arbitrale, con susseguente inevitabile impossibilità che ad adottare la nuova pronuncia siano giudici privati.

Cominciamo, quindi, con il primo motivo d'impugnazione del lodo che, oltre che per la sua collocazione nell'art. 829 c.p.c., merita un particolare rilievo per i notevoli risvolti problematici che pone all'interprete.

Prima della novella del 2006, l'art. 829 individuava come motivo di invalidità del lodo la nullità del compromesso e la dottrina aveva avuto modo di precisare che l'ipotesi dovesse

essere estesa all'analogo vizio della clausola compromissoria, ma non al caso d'indisponibilità della materia, che avrebbe condotto alla diversa situazione d'inesistenza della pronuncia arbitrale³⁷¹.

L'art. 829 primo comma n. 1 ora prevede che l'impugnazione è ammessa “*se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'art. 817 terzo comma*”.

Ai fini di una preliminare e generale disamina della disposizione in esame, ci preme evidenziare, oltre che il (felice) richiamo alla convenzione arbitrale *tout court* e non al solo compromesso, il rinvio all'art. 817 terzo comma, ai sensi del quale la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può impugnare il lodo, salvo il caso di materia non compromettibile.

Il rinvio così operato è foriero di fondati dubbi.

Mettendo da parte il caso di incompromettibilità della materia, in ordine al quale non si pone alcun problema di spendita del vizio in ogni sede e in ogni momento³⁷², si deve segnalare la puntuale previsione di rilievo tempestivo del vizio della convenzione arbitrale ai fini del successivo impiego dello strumento impugnatorio. La semplice invalidità del patto compromissorio, infatti, non è condizione sufficiente per far valere il vizio di fronte alla Corte d'appello, occorrendo, al contrario, una sua tempestiva rilevazione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri.

Mentre l'art. 829 comma primo n. 1 richiama il solo caso d'invalidità, l'art. 817 terzo comma si rapporta ai casi d'inesistenza, invalidità e inefficacia: ciò, tuttavia, non esclude che anche le categorie dell'inesistenza o dell'inefficacia possano essere spese quali motivi d'impugnazione del lodo, in quanto anch'esse patologie *lato sensu* invalidanti del vincolo compromissorio.

Ne deriva, però, un importante corollario. L'inesistenza della convenzione arbitrale è, unitamente all'incompromettibilità della materia, una tradizionale ipotesi d'inesistenza del

³⁷¹ Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 2000, 363 e *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 13 e ss. In giurisprudenza si vedano Cass. 24 settembre 1982 n. 4934, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 755 e Cass. 27 luglio 1982 n. 4317, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 761. *Contra* Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 98-99.

³⁷² L'incompromettibilità della materia, oltre ad essere eccezzuata dall'art. 817 terzo comma, non è richiamata in nessuna disposizione dell'art. 829 quale possibile motivo d'impugnazione per nullità del lodo. Come esattamente osservato da Menchini, *op. ult. cit.*, 850, rimane il dubbio se l'inesistenza del lodo per tale motivo possa anche spendersi in sede d'impugnazione per nullità, potendosi far valere anche in sede di opposizione all'esecuzione, sperando un'*actio nullitatis* o in via di eccezione, in qualsiasi processo in cui siano opposti gli effetti del lodo. Da notarsi che parte della dottrina (Cecchella, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, Torino 2005, 237 e

lodo, passibile di essere fatta valere in ogni sede e senza limiti temporali³⁷³; pur tuttavia, alla luce dell'art. 817 essa deve essere fatta valere con il solo rimedio dell'impugnazione per nullità e, peraltro, previa tempestiva rilevazione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. Se la parte, infatti, non rileva in apertura del processo arbitrale l'inesistenza del patto compromissorio, il vizio risulta definitivamente sanato e si ha una sorta di formazione endoprocessuale della convenzione arbitrale prima inesistente.

Come prontamente evidenziato da una parte di quella dottrina che ha commentato a caldo la riforma dell'istituto arbitrale³⁷⁴, il collegamento tra l'art. 829 primo comma n. 1 e l'art. 817 terzo comma insinua non pochi dubbi relativamente al rispetto della matrice consensualistica dell'arbitrato, dal momento che favorisce la formazione di una convenzione arbitrale altrimenti inesistente *per facta concludentia* in caso di mancata tempestiva rilevazione del relativo vizio.

L'unico modo per superare l'*impasse* del dato letterale senza tradire i capisaldi della disciplina dell'arbitrato consiste, allora, nel ritenere che l'inesistenza della convenzione arbitrale può farsi valere autonomamente (senza, di necessità, ricorrere al rimedio di cui all'art. 829 c.p.c.) solamente nel caso in cui la parte interessata sia stata del tutto assente sia nella fase di costituzione del giudice arbitrale, sia nel successivo procedimento.

Fatte queste debite indispensabili premesse per cogliere l'esatta portata del motivo d'impugnazione in esame, si tratta ora di valutare quali conseguenze esso produca nel rapporto tra fase rescindente e fase rescissoria nel contesto dell'impugnazione per nullità.

Dobbiamo riprendere il tenore dell'art. 830 comma secondo c.p.c. e metterlo in correlazione con quanto previsto al successivo comma quarto del medesimo articolo. Nella prima disposizione, che individua i casi di competenza della Corte d'appello in sede rescissoria, non vi è richiamo alcuno al n. 1 dell'art. 829, mentre nel quarto comma si dice testualmente che *“quando la Corte d'appello non decide nel merito si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”*.

ss. e Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina*, cit., 197-198) ritengono inibito il ricorso all'impugnazione per nullità in questo caso.

³⁷³ Per una ricostruzione sulla categoria dell'inesistenza del lodo si vedano Bove, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1997, 534 e ss. (il quale, anche prima della riforma del 2006, condivideva l'assunto che l'inesistenza del patto compromissorio non fosse ipotesi di radicale inesistenza, ma solo motivo d'impugnazione per nullità) e Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 197-198.

³⁷⁴ Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 155-156.

Quest'ultima disposizione, che è quella che ci viene in soccorso, non contempla il caso d'inesistenza del patto compromissorio, ma, alla luce delle riflessioni poc'anzi formulate, non sembra che possa distinguersi questo caso dai quelli citati afferenti all'invalidità o all'inefficacia.

Di conseguenza, di fronte all'accertamento giudiziale di ipotesi d'invalidità, inesistenza o inefficacia del vincolo compromissorio si applica la medesima regola che prevede l'inoperatività della convenzione arbitrale.

Allorché la Corte d'appello abbia accertato l'invalidità del patto compromissorio, pertanto, non potrà emettere alcuna pronuncia sostitutiva, giacché si è accertato che *ab origine* mancava o non era stata validamente manifestata la volontà delle parti di compromettere la lite in arbitri. A queste ultime, quindi, non resta che rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinariamente competente in primo grado o, in alternativa, stipulare una nuova valida convenzione arbitrale che consenta di rivolgersi *ex novo* agli arbitri. Quel che merita sottolineare è che, in quest'ultimo caso, si tratterà di un nuovo vincolo compromissorio, del tutto sganciato e distinto da quello originariamente stipulato.

Non è difficile ammettere che della precisazione offerta dall'ultima parte del quarto comma dell'art. 830 c.p.c. ("*salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia*") non vi sarebbe stato neppure bisogno, dal momento che è intuitivo considerare che la convenzione arbitrale possa rivivere ai fini dell'instaurazione di un nuovo giudizio soltanto se esistente e valida.

Corollario di quanto sino ad ora esposto è il fatto che il giudizio arbitrale eventualmente instaurato verrà a determinare una fase processuale del tutto nuova e sganciata dalla precedente, senza salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta di fronte agli arbitri. Se la pregressa vicenda giudiziale era stata invalidamente avviata, perché in assenza del vincolo compromissorio o in presenza di una convenzione arbitrale viziata, una volta annullato il lodo scaturitone, di essa non rimarrà traccia nel nuovo giudizio avviato di fronte al giudice statale o a seguito della stipulazione di una nuova (e diversa) convenzione d'arbitrato.

4. Il vizio di extrapetizione: a) l'ambito operativo del motivo d'impugnazione del lodo.

Il motivo n. 4 dell'art. 829 primo comma prevede che sia annullabile il lodo reso fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato (salvo quanto disposto dal quarto comma dell'art. 817) o quello che abbia deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso. Trattasi, in buona sostanza, dei casi che possiamo accomunare sotto la dicitura di pronuncia *extra compromissum*.

Il pregresso motivo presentava un tenore parzialmente differenziato, dacché risultava, per un verso, più ridotto e, per altro verso, più ampio. Esso, infatti, alludeva al solo caso di pronuncia resa oltre i limiti del patto compromissorio, ma, al contempo, radunava in un unico motivo anche i casi di infrapetizione (“*se il lodo...non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso*”) e quelli di contraddittorietà delle disposizioni (“*se il lodo...contiene disposizioni contraddittorie*”). Trattasi, invero, di ipotesi ancora presenti nel corpo dell'art. 829, segnatamente nei nn. 10, 11 e 12³⁷⁵.

Oggi, invece, il quarto motivo mantiene il caso della pronuncia resa oltre i limiti della convenzione arbitrale e fa riferimento ad un ulteriore figura di nuovo conio, ovvero il vizio del lodo determinato da pronuncia che abbia deciso il merito della controversia in un caso in cui il merito non poteva essere deciso.

Prima di valutare i riflessi di queste disposizioni sulla competenza in fase rescissoria, si tratta di cogliere l'esatta portata delle due parti in cui può essere scisso il quarto motivo d'impugnazione per nullità.

Cominciando dalla prima delle due affermazioni, si può considerare come essa sia la classica situazione di extrapetizione degli arbitri: può dichiararsi la nullità del lodo che abbia pronunciato oltre i limiti del patto compromissorio, in quanto lesivo della volontà dei compromittenti, ai quali è demandata la circoscrizione dell'ambito di cognizione degli arbitri.

³⁷⁵ Il n.10 afferisce al caso in cui il lodo abbia chiuso il procedimento senza decidere nel merito, laddove esso avrebbe dovuto essere deciso e detta ipotesi era tradizionalmente compresa nel vizio d'infrapetizione, di cui al previgente n.4 (così, Ruffini, *Commento all'art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 3535). Il n.11, invece, inerisce a quello di contraddittorietà delle disposizioni del lodo (anch'esso già compreso nel n.4) ed il n.12 raccoglie, più in generale, il vizio d'infrapetizione, alludendo al caso in cui gli arbitri abbiano omesso di pronunciare su domanda o eccezione proposta dalle parti in conformità della convenzione d'arbitrato.

Un vizio di tal fatta, peraltro, può riscontrarsi in due diverse situazioni, giacché l'extrapetizione può essere frutto di una domanda di parte esorbitante dalla convenzione arbitrale oppure discendere da un'arbitraria iniziativa degli arbitri.

Nel primo caso, l'eccedenza dalla convenzione arbitrale è immediatamente inferibile dalla controparte, la quale ha l'onere di attivarsi per sollevare il vizio nel corso del procedimento arbitrale, se intende poi esperire l'impugnazione per nullità.

Puntuale, infatti, il richiamo che la prima parte del quarto motivo fa all'art. 817 quarto comma, ai sensi del quale la parte che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo.

Per di più, se si ritiene operante nel caso *de quo* il secondo comma dell'art. 829, si deve ricavare che detto onere di tempestiva rilevazione emerge nella prima difesa successiva alla formulazione della domanda eccedente la convenzione d'arbitrato, a pena di perdita del potere di spendere il vizio dinnanzi alla Corte d'appello.

L'altra situazione inquadrabile nel vizio di extrapetizione è quella in cui siano gli arbitri, di propria iniziativa, a pronunciare su domande che le parti non hanno loro rivolto.

Analogamente a quanto previsto all'art. 112 c.p.c. con riguardo all'autorità giudiziaria statale, anche gli arbitri non possono violare la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Qui, però, non si ravvisa la stessa *ratio* giustificativa dell'onere di tempestiva rilevazione del vizio, di cui al richiamo all'art. 817 quarto comma: le parti, infatti, non hanno conoscenza dell'extrapetizione fino a quando il lodo non sia stato emesso e reso loro noto, con la conseguenza che l'unico incombente gravante sulle parti (prive di *potestas* divinatoria) sarà quello di esperire nei termini consentiti il rimedio impugnatorio³⁷⁶.

Venendo alla seconda parte del quarto motivo in esame, essa adotta una generale formulazione allorché afferma che sia annullabile il lodo che “*ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso*”.

Al fine d'individuare il campo applicativo della fattispecie in questione si può richiamare la ricorrenza di situazioni processuali impedienti la pronuncia di merito, in relazione alle quali non sia stato previsto un più puntuale motivo d'impugnazione ai sensi dell'art. 829, disattese dagli arbitri: si pensi al caso di mancata integrazione del contraddittorio in un caso di

litisconsorzio necessario o ancora al difetto di legittimazione ad agire. Ulteriormente, nel caso in cui si voglia far valere di fronte al giudice dell'impugnazione l'intervenuta pronuncia su materia non compromettibile (fattispecie che, come già detto, dà vita ad un lodo inesistente), la via d'accesso sembra proprio essere quella della seconda parte del quarto motivo, trattandosi di un caso in cui gli arbitri non possono decidere del merito della controversia.

Come efficacemente evidenziato³⁷⁷, la disposizione in esame è passibile di sovvertire uno dei capisaldi su cui si fonda l'istituto arbitrale, vale a dire la sua insuscettibilità d'intervenire su materia indisponibile.

Infatti, aderendo ad un'interpretazione letterale della norma, si ricava che, anche nel caso in cui gli arbitri siano intervenuti su materia non compromettibile, se il vizio non sia stato tempestivamente speso di fronte alla Corte d'appello, si andrebbe incontro alla conseguenza di ritenere valido un lodo che intervenga, addirittura, su materia indisponibile e, quindi, non compromettibile³⁷⁸.

Nessun rimedio, del resto, potrebbe operare di fronte ad un lodo non più impugnabile, dal momento che la revocazione straordinaria del Pubblico Ministero, di cui all'art. 397 c.p.c., è esperibile soltanto avverso le sentenze (rese in esito a cause nelle quali il suo intervento è obbligatorio ai sensi dell'art. 70)³⁷⁹.

Di fronte a tale inconveniente, della norma si è inteso dare un'interpretazione molto più ristretta di quella che una lettura immediata potrebbe spingere ad avallare. Si è sostenuto che essa operi nei soli casi in cui gli arbitri abbiano deciso con efficacia di giudicato questioni pregiudiziali non compromettibili, in contrasto con la formulazione dell'art. 819, che consente loro soltanto una cognizione incidentale. Anzi, si è messo in luce come la stessa non sia operativa nelle ipotesi in cui gli arbitri abbiano deciso situazioni in cui la legge richieda una decisione con effetti di *res iudicata*, anziché disporre la sospensione del processo a norma dell'art. 819 *bis* comma primo n.2.

In quest'ultimo caso, come in tutti quelli in cui gli arbitri siano intervenuti su materia non compromettibile, non sussiste l'onere di esperire l'impugnazione per nullità, ma è sempre

³⁷⁶ Per un caso di extrapetizione per esclusiva iniziativa arbitrale (risoluzione giudiziale disposta in sostituzione della domanda di accertamento di risoluzione di cui all'art. 1456 c.c.) si veda Cass. 7 febbraio 2006 n. 2599.

³⁷⁷ Verde, *op. ult. cit.*, 156-157.

³⁷⁸ Si pensi all'assurdo di un lodo che disponga la separazione personale tra coniugi.

³⁷⁹ Anche l'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico, di cui all'art. 829 comma terzo, non si presta allo scopo, essendo rimesso il suo impiego alla libera scelta delle parti.

possibile spendere il vizio in ogni sede e in ogni momento, anche con un'apposita *actio nullitatis* di accertamento³⁸⁰.

Prima di procedere si deve segnalare che il d.lgs. 40/2006 ha perso l'occasione per chiarire entro quale vizio sia sindacabile il c.d. eccesso di potere degli arbitri, allorché questi siano andati al di là dei poteri loro attribuiti dalle parti con il patto compromissorio. L'ipotesi tipica è quella della violazione del criterio di giudizio stabilito (essendo state richiamate dalle parti, ad esempio, l'equità *ex art. 822 c.p.c.* oppure ancora le norme di un ordinamento straniero). La tradizionale dottrina³⁸¹ riconduce all'extrapetizione il vizio in questione, ma la soluzione non sembra del tutto pacifica: proprio per questo motivo si sarebbe apprezzato un intervento chiarificatore del legislatore della riforma³⁸².

Segue: b) i suoi riflessi sulla competenza in fase rescissoria. In particolare, il caso del difetto d'integrazione del contraddittorio non rilevato in sede arbitrale.

Venendo al profilo che a noi interessa più direttamente, vale a dire quello del rapporto con la fase rescissoria del giudizio, l'art. 830 esclude, salvo diversa volontà delle parti, che operi in sede di pronuncia di merito la Corte d'appello.

La scelta del legislatore appare frutto di una valutazione del tutto logica e razionale.

Con riguardo al vizio di extrapetizione per esorbitanza delle domande formulate dalle parti rispetto alla convenzione arbitrale, nessun dubbio sussiste circa il fatto che la pronuncia sia stata resa su controversie per le quali non era stata stipulata una valida convenzione arbitrale: di conseguenza, la Corte, una volta disposta la nullità totale o parziale del lodo, non avrà nessun ulteriore compito da espletare. L'obiettivo che l'impugnazione intendeva raggiungere, infatti, è già stato conseguito e consiste nell'eliminazione dal mondo giuridico del lodo eccedente il patto compromissorio. Il rimedio impugnatorio, in buona sostanza, potrà dirsi concluso con il solo giudizio rescindente.

³⁸⁰ Quanto all'ipotesi in cui, in materia lavoristica, sia intrapreso un arbitrato fuori dalle previsioni della legge o della contrattazione collettiva, la dottrina è divisa sulla natura compromettibile o meno delle relative controversie. Aderendo all'idea che la materia non sia suscettibile di ricorso alla via arbitrale, si deve concludere che il vizio non sia sottoposto all'onere di tempestiva impugnazione di fronte alla Corte d'appello.

³⁸¹ Tra gli altri, Cecchella, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, cit., 259 e Ruffini, *Commento all'art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 3532.

³⁸² Di questo avviso Bove, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, par. 6, in *www.judicium.it* e Menchini, *op. ult. cit.*, 853-854.

A conferma della razionalità della scelta legislativa, si deve dire che questa conclusione era già stata ricavata dalla dottrina precedente la riforma del d.lgs. 40/2006, quando ancora l'art. 830 prevedeva una generalizzata competenza della Corte d'appello in sede rescissoria³⁸³.

Si tenga presente, comunque, che per aversi anche il solo giudizio rescindente è necessaria, come già ribadito, la previa tempestiva rilevazione del vizio di extrapetizione ad opera della parte interessata.

Quanto al caso in cui sia stato il collegio arbitrale a violare il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in assenza di idonea domanda di parte, bisogna valutare se la pronuncia "eccedente" rientri o meno nella convenzione arbitrale. Nel primo caso, il giudizio in fase rescissoria spetta agli arbitri, secondo quanto l'originaria volontà delle parti aveva statuito con la stipulazione del patto compromissorio; nel secondo caso, una volta chiusasi la fase rescindente, non si pone neppure questione di adozione di una pronuncia sostitutiva.

Se la decisione esorbitante degli arbitri rientra comunque nella convenzione arbitrale, infatti, è del tutto lecito che le parti, una volta annullato (anche solo parzialmente) il lodo, si rivolgano ai giudici privati e, a tal fine, è sufficiente la proposizione dell'azione ad opera di una soltanto di esse³⁸⁴. Nel caso d'iniziativa officiosa degli arbitri che abbia condotto ad un'ipotesi di extrapetizione, invece, essendosi riscontrata una carenza originaria di legittimo intervento di questi, alle parti non si pone altro problema che eliminare gli effetti di una decisione resa *extra ordinem*, senza bisogno di rivolgersi ad alcuno per il merito della controversia, tanto meno ai giudici privati.

Più meditata deve essere, infine, la riflessione relativa alla seconda parte del quarto motivo, quella relativa alla pronuncia nel merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso.

Se il processo si è concluso con un lodo di merito, allorché avrebbe dovuto riscontrarsi un impedimento processuale comportante una pronuncia di rito, le parti possono, una volta ottenuta la declaratoria di nullità, instaurare un nuovo giudizio di fronte agli arbitri. A ciò li legittima l'originaria convenzione arbitrale, la quale conserva la sua validità: l'art. 808 *quinquies*, del resto, precisa che "*la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato*". Qui non si ha un caso di

³⁸³ Giorgetti, *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 736 e ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 248 e Vecchione, *Questioni in tema di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 159 e ss., 164.

³⁸⁴ Nulla toglie, beninteso, che le parti consenzienti si rivolgano al giudice di prime cure ordinariamente competente.

chiusura in rito del processo ad opera degli arbitri, ma di un effetto analogo conseguito in sede d'impugnazione per nullità, per il quale credo possa ritenersi applicabile il principio inferibile dalla norma testé richiamata.

Quel che è certo, comunque, è che la Corte d'appello non ha nessun motivo d'intervenire in sede rescissoria, dacché di una simile pronuncia non si ravvisa alcuna ragion d'essere.

Il principio poc'anzi enunciato, tuttavia, non può essere generalizzato: sussiste, infatti, una situazione particolare, rientrando nell'ambito applicativo della seconda parte del quarto motivo dell'art. 829, che è quella relativa alla rilevazione del difetto d'integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario *ex art. 102 c.p.c.*³⁸⁵.

Essa può dar vita a soluzioni procedurali differenziate a seconda che il litisconsorte pretermesso fosse parte o meno della convenzione arbitrale.

In via preliminare, occorre valutare se l'art. 102 sia applicabile o meno al processo arbitrale.

La soluzione sembra essere positiva, alla luce del combinato disposto degli artt. 816 *quater* e 816 *quinquies*. Gli arbitri, infatti, riscontrato il vizio in questione e allorché il terzo abbia partecipato alla conclusione della convenzione arbitrale, possono fissare il termine per le dovute incombenze e nel solo caso in cui le parti non invitino al giudizio il terzo, chiudere in rito il processo. Nel caso in cui il terzo non abbia partecipato alla convenzione, invece, debbono limitarsi a dare atto che il lodo sarebbe *inutiliter* dato e chiudere in rito il processo *de plano*. In quest'ultimo caso, infatti, essi non dispongono dei poteri necessari per imporre al litisconsorte terzo di aderire all'opzione arbitrale³⁸⁶ e non possono far altro che dichiarare l'improcedibilità del processo stesso³⁸⁷.

³⁸⁵ Menchini, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, cit., 870, nota 62; Ruffini, *Alcune questioni in tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1991, 538 e ss. e Salvaneschi, *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1999, 723 e ss.

³⁸⁶ Il terzo potrà, comunque, decidere d'intervenire volontariamente, anche nel caso in cui non abbia partecipato alla conclusione del patto compromissorio. Si tratterebbe, infatti, di un'adesione successiva al vincolo compromissorio, al quale le altre parti non potrebbero opporsi, stante la necessità della partecipazione del terzo per la decisione della lite originariamente devoluta al giudizio arbitrale e della quale le parti vogliono una composizione.

³⁸⁷ Diversamente Muroni, *op. ult. cit.*, 340-341, ritiene che l'art. 102 non si applichi al giudizio arbitrale. L'art. 816 *quater*, a detta dell'autrice, non disciplina il caso del litisconsorte pretermesso, ma soltanto quello della costituzione di un collegio arbitrale terzo ed imparziale. È soltanto a tale fine che gli arbitri devono invitare la parte ad integrare il contraddittorio. Nel caso non lo faccia si avrà un lodo di rito che chiude il processo. In caso contrario, occorre distinguere se il terzo sia vincolato o meno alla convenzione arbitrale: nel primo caso sarà possibile proseguire il giudizio senza il consenso delle altre parti solo se il terzo aderisce alla composizione dell'organo giudicante quale già definita dalle altre parti. Si può rilevare criticamente, però, che quest'ultimo ragionamento vale nel caso in cui il terzo non abbia originariamente stipulato la convenzione arbitrale, giacché, in caso contrario, egli ha tutto il diritto di partecipare al giudizio e di concorrere alla formazione del collegio arbitrale.

Veniamo, dopo queste opportune precisazioni, all'ipotesi in cui sia la Corte d'appello a rilevare il difetto d'integrazione del contraddittorio necessario.

Se il litisconsorte è vincolato dal patto compromissorio, l'azione, dopo che sia stato annullato il lodo, dovrà essere nuovamente proposta dinnanzi agli arbitri e, questa volta, a contraddittorio integro. Se l'originaria convenzione arbitrale preserva la sua efficacia, ad essa sarà vincolato anche il litisconsorte pretermesso, il quale sarà chiamato in giudizio di fronte agli arbitri e, messo a conoscenza dell'instaurazione (*ex novo*) del procedimento, potrà valutare se prendervi parte o meno, senza togliere, in quest'ultimo caso, efficacia al lodo successivamente reso.

Diverse considerazioni valgono se il litisconsorte pretermesso sia estraneo al patto compromissorio. In questo caso il giudizio arbitrale non potrà essere validamente stipulato, con la conseguenza che, una volta annullato il lodo reso a contraddittorio non integro, l'unica via ammissibile è quella giurisdizionale. Sempre che il terzo pretermesso non preferisca aderire *ex post* alla via arbitrale, consentendo, così, l'instaurazione di un nuovo valido giudizio di fronte agli arbitri.

L'estraneità del litisconsorte pretermesso al patto compromissorio, in buona sostanza, è uno dei casi in cui, in deroga al terzo comma dell'art. 830, non può mantenere effetti la convenzione arbitrale: di fronte ad una situazione sostanziale unitaria o a più situazioni sostanziali inscindibilmente collegate, infatti, in tanto sarà possibile ricorrere alla via arbitrale, in quanto tutti i soggetti coinvolti liberamente optino per tale eventualità (e siano messi in condizione di concorrere paritariamente alla formazione dell'organo giudicante).

Come esattamente considerato³⁸⁸, più che una situazione di difetto d'integrazione del contraddittorio, si avrebbe una radicale ed originaria forma d'invalidità della convenzione arbitrale, inidonea a devolvere le controversie che ne sono oggetto al vaglio arbitrale.

In dottrina, peraltro, non pare definitivamente risolta la questione se, nel caso in esame, trovi applicazione la regola disposta dall'art. 354 c.p.c., il quale comporta la rimessione del giudizio in primo grado allorché si riconosca che, in quella sede, non sia stato debitamente integrato il contraddittorio a norma dell'art. 102 c.p.c.³⁸⁹.

³⁸⁸ Menchini, *op. ult. cit.*, 871, nota 62.

³⁸⁹ Con conseguente applicazione delle regole illustrate dall'art. 353 c.p.c., ovvero, in particolare, la necessità d'instaurare il giudizio nel termine perentorio di sei mesi dalla notificazione della sentenza ad opera di una delle parti.

La questione ha un rilievo tutt'altro che meramente teorico, in considerazione del fatto che la prosecuzione del giudizio preserva gli effetti della litispendenza originaria senza soluzioni di continuità.

Preferibile, però, sembra essere la prospettiva dell'inapplicabilità dell'art. 354, in considerazione del fatto che la conservazione degli effetti di un'originaria domanda proposta a contraddittorio non integro non si giustifica, allorché una parte necessaria sia stata *ab origine* estromessa in maniera indebita dal processo arbitrale: gli effetti sostanziali e processuali della domanda, in sostanza, potranno prodursi soltanto una volta instaurato correttamente il giudizio in rito e garantita la partecipazione di tutti coloro che possono risentire degli effetti della pronuncia arbitrale³⁹⁰.

In conclusione, le strade astrattamente percorribili sono due: o il terzo pretermesso stipula un nuovo patto compromissorio unitamente alle parti originarie (dando vita, così, ad un nuovo e distinto processo arbitrale) o la parte interessata si rivolge al giudice ordinariamente competente, instaurando il giudizio anche nei confronti del litisconsorte pretermesso dal processo arbitrale³⁹¹.

³⁹⁰ Si consideri che optano per la soluzione opposta (nel senso dell'applicabilità dell'art. 354) diversi autori, tra cui Fazzalari, *In tema di compromesso e di litisconsorzio necessario*, cit., 699 e ss. e Ruffini, *Commento all'art. 830*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, 3556.

³⁹¹ Solo parzialmente condivisibile, peraltro, la ricostruzione operata da Califano, *op. ult. cit.*, 321, secondo il quale l'art. 830 (nella vecchia formulazione) sia da considerare norma speciale rispetto agli artt. 353 e 354 c.p.c. Sebbene si parta dalla corretta premessa della specialità della disposizione dettata in materia arbitrale, l'approdo al quale si giunge è meno convincente, allorché comporta che la Corte d'appello, all'epoca competente in fase rescissoria, debba integrare il contraddittorio del litisconsorte (già parte della convenzione d'arbitrato) dinnanzi a sé, sacrificando un grado di giudizio dinnanzi agli arbitri. A maggior ragione, considerato che la riforma esclude *ex se* la competenza della Corte in fase rescissoria e garantisce la sopravvivenza del patto compromissorio, sarà possibile intraprendere un giudizio nuovo di fronte agli arbitri, riconoscendo la possibilità di una piena partecipazione del terzo (originariamente tenuto estraneo al processo arbitrale). Nella linea dell'autore, peraltro, si vedano App. Roma 2 aprile 1991, in *Riv. Arb.*, 1992, 275; App. Milano 25 settembre 1998, in *Corr. giur.*, 1999, 226 e Cass. 27 settembre 1994 n. 7872, in *Foro it.*, 1995, I, c. 168. Salvaneschi, invece, in *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio*, in *Corr. Giur.*, 1995, 326 e ss. e *Sulle conseguenze in sede d'impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1999, 723 e ss., asserisce che la possibilità d'integrazione del contraddittorio dinnanzi alla Corte d'appello sussista solo ove il terzo sia stato parte del patto compromissorio.

5. Contrasto con precedente lodo non più impugnabile o sentenza passata in giudicato.

L'ottavo *error in procedendo* illustrato all'art. 829 prevede che sia annullabile il lodo “*contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel corso del procedimento*”³⁹².

La formulazione antecedente risultava parzialmente difforme, allorché dichiarava esperibile il motivo d'impugnazione “*purché la relativa eccezione [fosse] stata dedotta nel giudizio arbitrale*”.

L'*exceptio iudicati* nel processo arbitrale presenta una disciplina diversa da quella del processo giurisdizionale. Nel primo caso essa può fondare il rimedio dell'impugnazione per nullità, nel secondo, invece, essa è motivo di revocazione ordinaria della sentenza *ex art. 395 n. 5 c.p.c.* e, quindi, può essere speso anche successivamente all'appello.

Peraltro, si registra una significativa innovazione sul punto: se, prima del 2006, si rendeva necessario sollevare la relativa eccezione nel corso del processo arbitrale, oggi è sufficiente la produzione del precedente lodo non più impugnabile o della precedente sentenza passata in giudicato per agire in sede d'impugnazione.

Non è, quindi, necessario sollevare tempestivamente il vizio, ma bisogna pur sempre offrire agli arbitri la possibilità di avere conoscenza del precedente giudicato, mediante una sua acquisizione agli atti di causa.

La *ratio* di tale scelta risiede nel fatto che arbitri e giudici appartengono a due ordini diversi e, per tale motivo, è opportuno evitare qualsiasi forma di automatismo nella rilevazione del giudicato: la rilevazione arbitrale può tranquillamente essere officiosa, ma ciò non toglie che i giudici privati debbano essere messi in condizione, mediante un atto di produzione documentale, di percepire l'esistenza del pregresso giudicato.

Quanto agli effetti, il precedente lodo e la precedente sentenza sono equiparati. Ciò si evince anche dal fatto che, se non si effettua la relativa produzione dinnanzi agli arbitri e non si esercita l'azione d'impugnazione per nullità, il lodo reso rimane valido e, in quanto

³⁹² Ci sia consentito subito rilevare la diversa formulazione letterale riservata al lodo “*non più impugnabile*” e alla sentenza “*passata in giudicato*”, dalla quale traspare la volontà del legislatore di non ascrivere al lodo (che non sia stato omologato e non produca gli effetti propri della sentenza *ex art. 824 bis*) gli effetti propri della *res iudicata*.

posteriore, prevale sulle precedenti pronunce con cui contrasta, sia si tratti di altro lodo, sia si tratti di sentenza.

Tornando al raffronto tra il n. 8 del primo comma dell'art. 829 e il n. 5 dell'art. 395, deve osservarsi che la revocazione non è possibile avverso la sentenza che abbia già deciso dell'*exceptio iudicati*, ma solo nel caso contrario. Al contrario, l'ordinaria impugnazione del lodo per contrasto con precedente giudicato è possibile, purché il relativo documento sia stato acquisito agli atti, sia nei casi in cui l'arbitro abbia deciso della questione, sia che abbia ommesso di farlo. Il n. 8 dell'art. 829, in sostanza, resta l'unico rimedio consentito, dal momento che l'art. 831 consente la sola esperibilità della revocazione straordinaria avverso i lodi (nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.).

Si segnali, peraltro, che il contrasto di una sentenza con precedente lodo non più impugnabile, non costituisce, diversamente dal caso opposto, motivo d'impugnazione della pronuncia resa. Per far fronte alla disparità di trattamento (contrastante con gli artt. 3 e 24 della Carta costituzionale) si è proposta l'estensione del n. 5 dell'art. 395 anche all'arbitrato³⁹³. A sostegno di questa tesi si adduce oggi la previsione dell'art. 824 *bis*, ai sensi del quale il lodo produce gli effetti della sentenza dalla data dell'ultima sottoscrizione³⁹⁴. L'argomento, però, sembra provare un po' troppo, in considerazione del fatto che, così argomentando, si potrebbe riconoscere un'analogica applicazione delle regole che disciplinano le impugnazioni delle sentenze. Credo che, al contrario, si debba rimanere ancorati al dettato normativo e rilevare che il legislatore non ha inteso estendere all'arbitrato il rimedio della revocazione ordinaria (*ubi lex tacuit, noluit*).

Da quanto detto, si arguisce che non sussiste un onere di previa rilevazione endoprocedimentale del vizio in questione, una volta che sia stata resa disponibile agli arbitri la documentazione attestante la pregressa pronuncia. Di conseguenza, il secondo comma dell'art. 829 è incompatibile con la speciale disciplina di cui all'ottavo motivo del primo comma, la quale, a ragione, dovrà prevalere.

Quanto al riparto di competenze previsto nell'ambito del giudizio rescissorio, anche questa ipotesi comporta, in base al dato letterale scaturente dal secondo comma dell'art. 830, l'intervento della Corte d'appello.

³⁹³ Tarzia, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 642 e ss.

³⁹⁴ Verde, *op. ult. cit.*, 159-160.

Invero, questa è una delle ipotesi in cui il giudizio deve arrestarsi al solo momento rescindente.

Una volta che sia stato annullato il lodo per contrasto con un precedente giudicato, infatti, non si vede dove stia la necessità di una pronuncia sostitutiva nel merito, dal momento che il rapporto controverso costituiva già *res iudicata*.

Non sussiste alcuno spazio per un nuovo intervento con funzione giudicante, sia da parte di organi privati, sia da parte di autorità statali.

SEZIONE TERZA: PERDURANTE VIGENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE E GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AGLI ARBITRI

6. La irregolare costituzione dell'organo giudicante e l'incapacità degli arbitri.

Dopo aver analizzato le specifiche situazioni in cui non sembra sussistere necessità di un giudizio rescissorio, allorché sia intervenuto annullamento del lodo e dopo aver circoscritto queste situazioni alle fattispecie di invalidità della convenzione arbitrale e di pronuncia resa *extra compromissum*, si tratta ora di considerare i casi in cui vi sia necessità di adozione di una pronuncia rescissoria.

In particolare, è opportuno, per coerenza espositiva, prendere le mosse da quelle fattispecie in cui detto giudizio deve essere necessariamente riservato a (come si è già detto) diversi giudici privati, in quanto la convenzione arbitrale originariamente stipulata continua a preservare i propri effetti.

Si tratta, quindi, di prendere in considerazione quei motivi di nullità della pronuncia arbitrale per i quali l'art. 830 c.p.c. non prevede che la pronuncia sostitutiva sia affidata alla Corte d'appello e, all'interno di essi, valutare se la previsione dell'ultimo comma del succitato articolo possa trovare piena applicabilità.

Assodato che i vizi d'invalidità del patto compromissorio, di pronuncia resa *extra compromissum* o, comunque, di decisione del merito in un caso in cui agli arbitri era inibita detta facoltà non possono “ontologicamente” condurre ad un giudizio rescissorio di fronte

agli arbitri, si tratta di considerare se i motivi d'impugnazione di cui ai restanti nn. 2, 3 e 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c. possono fondare la competenza del giudice arbitrale.

Ai fini della ricostruzione di un'eventuale competenza arbitrale in sede rescissoria, si tratta ora di analizzare due motivi d'impugnazione per nullità del lodo non richiamati dal secondo comma dell'art. 830, ma accomunabili, in quanto afferenti alla regolare e valida costituzione del collegio arbitrale.

Si tratta dei motivi 2 e 3 dell'art. 829, che individuano il caso in cui gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII del libro IV e quello in cui il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'art. 812 c.p.c.

La formulazione è del tutto analoga a quella precedente la riforma del 2006, anche se è mutato il contenuto della disposizione richiamata dal n. 3, vale a dire l'art. 812.

La disposizione prevedeva che fossero ammessi all'ufficio arbitrale tutti (anche gli stranieri), purché non minori, interdetti, inabilitati, falliti e coloro che sono sottoposti ad interdizione dai pubblici uffici. Ora, più genericamente, essa prevede che tutti (apolidi compresi³⁹⁵) possono svolgere le funzioni arbitrali, purché in possesso della capacità legale d'agire.

Profilo centrale delle disposizioni richiamate è quello della tempestiva rilevazione del vizio nel corso del processo arbitrale: mentre il motivo n. 2 (irregolare costituzione del collegio arbitrale) testualmente prevede che la nullità debba essere dedotta nel corso del giudizio arbitrale, il successivo terzo motivo omette qualsivoglia riferimento.

Quid iuris? Si deve ritenere che, nel silenzio del legislatore, non sussista l'onere di tempestiva rilevazione endoprocessuale o, piuttosto, facendo leva sul secondo comma dell'art. 829, si deve ammettere che il vizio possa essere speso se sollevato nella prima istanza o difesa successiva alla costituzione del collegio?

Secondo la prima ricostruzione³⁹⁶ il silenzio del legislatore è significativo: se fosse stata necessaria la tempestiva rilevazione, lo si sarebbe potuto dire espressamente, come si è fatto, del resto, nello stesso secondo motivo.

³⁹⁵ La pregressa formulazione alludeva sia ai cittadini italiani che agli stranieri, omettendo qualsiasi riferimento alla categoria degli apolidi, i quali sembravano così esclusi dall'ufficio arbitrale.

³⁹⁶ Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 160-161, il quale conclude asserendo che presumibilmente del secondo comma dell'art. 829 c.p.c. (introdotto con la riforma del 2006) si sarebbe potuto anche fare a meno.

A questa si contrappone una diversa lettura³⁹⁷ che attribuisce un preciso significato al neointrodotta secondo comma dell'art. 829, il quale prevede che *“la parte...che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo”*.

La norma, infatti, assolverebbe, in relazione ai singoli motivi di cui al primo comma dell'art. 829, diverse funzioni: ora di conferma a quanto già espressamente previsto (nn. 1 e 7), ora d'integrazione delle modalità di rilevazione (nn. 4 e 6), ora d'introduzione dell'onere di tempestiva rilevazione (nn. 3 e 9). Senza trascurare, comunque, che vi sono casi in cui la disposizione in commento è incompatibile con le specifiche regole di cui al primo comma, come avviene nel caso di contrasto con precedente lodo non più impugnabile o sentenza passata in giudicato (n. 8).

Come si intuisce, pertanto, rispetto al vizio d'incapacità degli arbitri, la norma opera in funzione integrativa, imponendo l'onere di sollevare la detta incapacità nel primo atto difensivo successivo all'accettazione degli arbitri, indicando sia la necessità della tempestiva rilevazione, sia le modalità temporali della sua operatività.

Credo che questa affermazione sia condivisibile, in quanto evidenzia il pregio di cogliere la specifica funzione d'introduzione di una disposizione che, a voler aderire alla tesi contraria, finisce per essere svuotata di significato. Il silenzio del legislatore in ordine al motivo di nullità derivante dall'incapacità degli arbitri, allora, va colmato con il richiamo al secondo comma dell'art. 829, norma che acquisisce, in questa maniera, un preciso significato nel contesto della spendita dei motivi d'impugnazione del lodo.

Venendo, così, al tema oggetto della presente indagine, occorre valutare cosa accada nel caso in cui la Corte d'appello ravvisi il vizio d'irregolare costituzione del collegio o d'incapacità degli arbitri.

Una volta annullato il lodo, in sintonia con quanto disposto al secondo comma dell'art. 830, la Corte non ha la possibilità di emettere un pronuncia sostitutiva e dovrebbe conservare la propria efficacia la convenzione arbitrale.

Questa, infatti, preserva la sua validità, giacché l'irregolare nomina degli arbitri o la designazione di soggetti incapaci non inficiano in alcun modo l'originaria scelta di esperire la via arbitrale. Non essendo posta nel nulla la scelta in sé di rivolgersi agli arbitri, le parti

³⁹⁷ Menchini, *op. ult. cit.*, 854 e ss.

potranno procedere alla designazione di nuovi arbitri (ritualmente nominati e legalmente capaci d'agire) per intraprendere un nuovo giudizio di fronte agli stessi, anche in questo caso senza conservazione degli effetti della pregressa litispendenza.

In queste ipotesi, infatti, benché vi sia stato un lodo, può ritenersi mancante una vera e propria cognizione della causa ad opera dei giudici privati. La pronuncia, infatti, è stata resa in esito ad un giudizio totalmente invalido e detta originaria e perdurante invalidità scaturisce dalla viziata costituzione del giudice privato o dalla sua incapacità.

Anche prima della riforma, comunque, in dottrina si era evidenziato come in questi casi fosse precluso alla Corte d'appello il giudizio in sede rescissoria. Secondo talune voci ciò derivava dalla perdurante efficacia del vincolo compromissorio³⁹⁸. L'orientamento non era, comunque, univoco, dacché parte della dottrina riteneva, al contrario, necessario l'intervento della Corte d'appello³⁹⁹.

Sul punto si riscontrava anche un contrasto giurisprudenziale, dal momento che la Suprema Corte, con sentenza 19025/2003⁴⁰⁰, aveva chiarito che l'avvio della fase rescissoria dinnanzi alla Corte d'appello era possibile, alla luce del previgente testo dell'art. 830, nel caso in cui si fosse svolto un procedimento, ancorché irregolare, di fronte agli arbitri, ma non nel caso d'inesistenza del lodo: ipotesi questa che si sarebbe verificata, oltre che nel caso d'inesistenza del patto compromissorio, anche in quella di assoluta carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. Nonostante ciò, la pronuncia aveva ritenuto che, nel caso d'irregolare costituzione del collegio arbitrale, non si dovesse ravvisare un difetto di potestà di giudizio degli arbitri ed aveva conseguentemente ammesso l'intervento in fase rescissoria dei giudici d'appello.

Di contro diverse altre pronunce dei giudici di legittimità⁴⁰¹ erano concordi nel ritenere che il difetto di *potestas iudicandi*, quale ipotesi di reiezione dell'intervento della Corte d'appello in fase rescissoria, comprendesse anche i casi d'irrituale nomina degli arbitri o di loro incapacità.

³⁹⁸ Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina*, cit., 217.

³⁹⁹ Califano, in Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 321 e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 246.

⁴⁰⁰ Pubblicata in *Riv. Arb.* 2005, con nota critica di Grasso, *Istituzione del procedimento arbitrale, carenza di potestas iudicandi e fase rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità*, 76 e ss.

⁴⁰¹ Cass. 30 gennaio 2002 n. 1230, in *Riv. arb.*, 2002, I, 976 e in *Foro it.*, 2002, I, 1755; Cass. 27 aprile 2001 n. 6115, in *Foro it.*, 2001, I, 1837 e Cass. 16 giugno 1997 n. 5370, in *Foro it.* 1998, I, 567.

A comporre detto contrasto soccorre la nuova formulazione dell'art. 829 che, escludendo i casi di cui ai motivi nn. 2 e 3 dalla competenza in sede rescissoria della Corte, sembra aderire al prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza pregresse.

Alla Corte spetta solo di eliminare dal mondo giuridico la pronuncia arbitrare, ma non quello di emettere la pronuncia sostitutiva, in quanto ciò costituirebbe violazione del principio del doppio grado di giurisdizione senza che ne ricorrano i presupposti di legge⁴⁰².

Ai sensi del secondo comma dell'art. 830, peraltro, rimane ferma la possibilità per le parti di demandare alla stessa Corte la pronuncia rescissoria, derogando, così, al regime legale di riparto della competenza.

Non è da escludersi, infine, che le parti vogliano concordemente rinunciare alla convenzione arbitrale e rivolgersi al giudice ordinariamente competente in primo grado.

Si precisi, infatti, che il patto compromissorio non ha perso la sua efficacia e, per tal motivo, le parti sono poste di fronte al bivio della scelta tra il mantenimento in vita del vincolo alla procedura arbitrale e la possibilità di rivolgersi al giudice ordinario. Se tra le stesse non c'è accordo, è chiaro che l'azione dovrà essere proposta di fronte al collegio arbitrale: nel caso ci si rivolgesse al giudice dello Stato, infatti, l'azione potrebbe essere agevolmente paralizzata da un'*exceptio compromissi*.

Benché parte della dottrina concluda in senso parzialmente difforme⁴⁰³, la soluzione definitiva, in difetto di volontà concorde di segno opposto, sembra essere, quindi, quella dell'arbitrato⁴⁰⁴, realizzandosi (lo si ribadisca) un giudizio del tutto nuovo rispetto a quello da cui è scaturito il lodo annullato in sede d'impugnazione per nullità.

7. Indebita chiusura in rito del processo arbitrale.

Altra situazione in cui l'annullamento del lodo comporta la necessità di un giudizio rescissorio affidato ad arbitri è quella illustrata al n. 10 del primo comma dell'art. 829, il

⁴⁰² Cass. 7 febbraio 2001 n. 1729, in *Mass. Foro it.*, 2001.

⁴⁰³ Zucconi Galli Fonseca, in *Arbitrato, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840*, Bologna, 2001, 683, ove si afferma che, nel caso di annullamento del lodo per irregolare costituzione del collegio arbitrale o per incapacità degli arbitri, la Corte debba rimettere le parti al giudice di primo grado.

⁴⁰⁴ Così Fazzalari, in Fazzalari-Briguglio-Marengo, *La nuova disciplina*, cit., 216; Fazzalari, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, in *Riv. Arb.*, 1992, 274; Fazzalari, *In tema di compromesso e litisconsorzio necessario*, in *Riv. Arb.* 1994, 697 e Giorgetti, *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 741.

quale prevede l'impugnabilità del lodo nel caso in cui sia stato concluso il procedimento arbitrale senza decidere il merito della controversia, laddove una decisione di merito avrebbe dovuto essere comunque resa dagli arbitri.

È l'ipotesi inversa a quella del n. 4: lì si faceva riferimento alla situazione in cui gli arbitri hanno pronunciato nel merito non potendolo fare, qui si allude alla situazione in cui gli arbitri erroneamente trascurano il merito, pronunciando un lodo di chiusura in rito del processo arbitrale.

Nel sistema precedente la riforma, tale fattispecie veniva usualmente inquadrata nel vizio di infrapetizione di cui al n. 4 (“...il lodo...non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso...”) ⁴⁰⁵, il cui originario contenuto, come si è visto, è parzialmente confluito nei nuovi numeri 10, 11 e 12 del medesimo art. 829.

In questo motivo può farsi rientrare anche il caso in cui gli arbitri si siano ritenuti erroneamente carenti della *potestas iudicandi* per invalidità o inesistenza della convenzione d'arbitrato.

Il che conferma che, nell'arbitrato, non è impiegabile il rimedio del regolamento di competenza di cui agli artt. 42 e 43 del codice di rito, allorché gli arbitri abbiano, a torto, accolto una questione processuale di natura impediente. Ciò non soltanto perché esso non è previsto all'art. 827 (che individua i mezzi d'impugnazione del lodo), ma anche perché, se gli arbitri si sono erroneamente dichiarati incompetenti, l'impugnazione per nullità (e, segnatamente, in virtù del motivo n. 10) è l'unico strumento di cui dispongono le parti, già interessate ad una pronuncia sulla lite nel merito.

Alle parti, del resto, è inibito il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360 secondo comma, con consequenziale omissione dell'impugnazione per nullità, in quanto solo la sentenza statale è ricorribile dinnanzi alla Suprema Corte *per saltum*. Così come non è pensabile, per la stessa ragione, il ricorso in Cassazione *ex art.* 360 primo comma n. 2 per violazione delle norme sulla competenza ⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Ruffini, *Commento all'art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, cit., 3535.

⁴⁰⁶ Il fatto che il legislatore della riforma abbia impiegato all'art. 817 la rubrica “eccezione d'incompetenza” per individuare la contestazione della *potestas iudicandi* arbitrale in corso di causa e che l'art. 819 *ter* abbia qualificato *tout court* la rilevazione del vincolo compromissorio di fronte all'autorità giudiziaria come “eccezione d'incompetenza” sono indici piuttosto rassicuranti del fatto che ormai, i rapporti arbitri-giudici debbano essere qualificati in termini di questione di competenza.

Quanto alla rilevazione del vizio, è intuitivo considerare che l'ipotesi dell'indebita chiusura nel rito del processo arbitrale non può essere appresa sino a quando la parte non abbia avuto conoscenza del lodo che chiude il processo arbitrale senza decidere il merito.

Anche questo è un caso per il quale non può rendersi operativa la clausola generale di rilevazione infraprocedimentale dei vizi di cui al secondo comma dell'art. 829 c.p.c., rispetto alla quale la formulazione del decimo motivo d'impugnazione suona come incompatibile.

La previsione in esame, peraltro, emerge nella sua peculiarità anche per il fatto che si tratta di uno di quei casi in cui il secondo comma esclude la competenza della Corte d'appello in sede di giudizio rescissorio.

Già la dottrina precedente la riforma aveva ritenuto, nell'ipotesi in questione, di escludere l'intervento della Corte in sede rescissoria, ma, nella specie, aveva raggiunto risultati differenziati quanto alla designazione dell'organo competente per il nuovo giudizio.

Secondo alcuni⁴⁰⁷, la decisione era rimessa agli arbitri, stante la perdurante vigenza del patto compromissorio; secondo altri⁴⁰⁸, invece, l'annullamento del lodo avrebbe determinato la competenza del giudice ordinario.

Allo stato attuale, comunque, può dirsi pacifico che, una volta annullato il lodo, l'intervento sia riservato agli arbitri e ciò sulla base di due argomentazioni.

La prima muove dal combinato disposto del secondo e del quarto comma dell'art. 830 c.p.c.: se la prima disposizione esclude la Corte d'appello dal giudizio rescissorio, la seconda rende applicabile la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o dalla sua inefficacia.

Questo, infatti, è un caso in cui l'originaria stipulazione del vincolo compromissorio continua a preservare i propri effetti, dal momento che l'indebita chiusura in rito del processo arbitrale non si ripercuote in alcuna forma sulla convenzione arbitrale, che resta valida ed efficace.

La seconda argomentazione a sostegno di quanto detto è tratta dall'art. 808 *quinquies* c.p.c., il quale sancisce che la conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato. La norma, oltre ad operare nel caso di corretta chiusura nel rito del processo, opera anche nel caso di indebita chiusura con successivo annullamento del lodo e conseguente ripristino della competenza arbitrale.

⁴⁰⁷ Tra gli altri, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 248.

⁴⁰⁸ Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 110.

Anche in questo caso, nulla esclude che le parti (concordemente) optino per il ricorso alla via giurisdizionale e rinuncino agli effetti del patto compromissorio previamente concluso.

*SEZIONE QUARTA: IL GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AL GIUDICE CHE HA
DISPOSTO L'EFFETTO CADUCATORIO DELLA PRONUNCIA PRIVATA*

8. Mancanza dei requisiti di cui ai nn. 5), 6) e 7) dell'art. 823 c.p.c.

La terza ed ultima categoria di possibili soluzioni del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio dell'impugnazione per nullità del lodo è quella che prevede che l'adozione della decisione di merito successivamente alla caducazione del lodo venga affidata allo stesso giudice che ha disposto l'annullamento, vale a dire la Corte d'appello.

Si tratta dell'ultima soluzione prevedibile alla luce del regime legale previsto per l'arbitrato domestico, giacché una specifica ed autonoma disciplina è stata predisposta per l'arbitrato internazionale ed è, comunque, fatta salva la possibilità di prevedere un regime pattizio che deroghi alle regole legislativamente fissate.

Si noti, comunque, che quella di affidare alla Corte d'appello l'adozione della pronuncia rescissoria è la scelta assolutamente maggioritaria del sistema, dal momento che è prevista come strada da seguire nell'ipotesi di annullamento del lodo per la quasi totalità dei vizi procedurali e, oltremodo, per tutti i vizi di natura sostanziale, cc.dd. *errores in procedendo*.

Come si è già avuto modo di constatare⁴⁰⁹, la bontà di questa soluzione desta molte perplessità, non foss'altro per il fatto che non è pienamente comprensibile il fatto che il legislatore voglia consentire un intervento di merito al giudice statale, anche quando le parti in causa abbiano originariamente optato per la composizione in via privata della lite tra esse insorta.

Se le parti, in buona sostanza, hanno scelto di adire la giustizia privata a proprie spese ed hanno concluso, in tal senso, un accordo scritto con cui vengono investiti della composizione della lite dei giudici privati al precipuo scopo di evitare i tempi (considerevolmente maggiori) della giustizia pubblica, per quale motivo deve essere loro imposto un giudizio di merito

⁴⁰⁹ *Supra*, cap. 2.

statale, per il solo fatto accidentale che la pronuncia privata sia stata annullata dalla Corte d'appello?

Quel che più lascia scettici, peraltro, è il fatto che ciò avvenga proprio quando la convenzione arbitrale continua a mantenere la propria efficacia e, quindi, dovrebbe essere tale da imporre alle parti di tenere fede all'originaria scelta della via arbitrale e, conseguentemente, da inibire il ricorso alla giustizia dello Stato. Vero è che il codice di rito lascia salva la possibilità di adire pur sempre i giudici privati, ma questa viene posta come "seconda scelta", subordinata a quella del ricorso alla giustizia statale e, comunque, specifico oggetto di nuovo accordo dei litiganti.

È come se il codice lasciasse impregiudicata detta eventualità, ma, al contempo, favorisse il ricorso alla giustizia pubblica: ciò sia perché quella è la soluzione offerta dall'art. 830 c.p.c. in via principale, ciò sia perché la deroga ad essa prevede, come detto, un nuovo accordo che, com'è immaginabile, sarà (non di impossibile, ma, comunque, di rara) verifica⁴¹⁰.

Ma, al di là delle valutazioni di merito, si tratta di vagliare le singole ipotesi di nullità del lodo che possono portare ad un giudizio rescissorio non affidato agli arbitri, ma alla stessa Corte d'appello che ha provveduto all'annullamento e considerare, caso per caso, quanta razionalità ci sia nelle scelte, in verità non esenti da possibile critica, del legislatore della riforma. Proseguendo, quindi, nella disamina dei singoli *errores in procedendo* di cui al primo comma dell'art. 829, si tratta d'individuare quanto espresso al n. 5, in virtù del quale è annullabile il lodo che "*non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6) e 7) dell'art. 823*".

Nella pregressa formulazione si faceva riferimento ai requisiti di cui ai nn. 3), 4), 5) e 6) dell'art. 823, ovvero all'esposizione sommaria dei motivi, al dispositivo, all'indicazione della sede dell'arbitrato e del modo o del luogo in cui è stato deliberato e alla sottoscrizione di tutti gli arbitri; ora, invece, sono individuati come requisiti posti a pena di nullità del lodo soltanto l'esposizione sommaria dei motivi, il dispositivo e la sottoscrizione degli arbitri⁴¹¹.

⁴¹⁰ Una volta che la Corte d'appello abbia annullato la pronuncia arbitrale, che le parti, quindi, non abbiano più beneficiato dei tempi più celeri del processo arbitrale e che, però, ne abbiano inutilmente sostenuto i costi, sarà, in ogni caso, difficile pensare che essi abbiano ancora il desiderio di rivolgersi a nuovi giudici privati, sostenere gli elevati costi della procedura, quando, ormai, la pronuncia rescissoria può provenire dalla Corte d'appello. Ciò, a maggior ragione, nei casi in cui la stessa Corte sia in grado di formulare, ad un tempo, sia la pronuncia rescindente che quella rescissoria (purché le due fasi rimangano logicamente e concettualmente distinte).

⁴¹¹ Precisandosi, come del resto già previsto nel previgente comma terzo dell'articolo in esame, che la sottoscrizione della maggioranza è sufficiente, ove accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o potuto sottoscriverlo.

La nullità in questione involge i vizi formali del lodo ed è, senz'altro, apprezzabile il fatto che non sia più prevista l'omessa indicazione della sede come foriera di nullità.

L'art. 816 rimette la scelta della sede alle parti o, in subordine, agli arbitri e adotta come criterio residuale quello del luogo in cui è stata stipulata la convenzione d'arbitrato. La predeterminazione di criteri che consentano, in ogni caso, di determinare la sede dell'arbitrato esclude che esso sia un requisito di forma-contenuto passibile di portare alla nullità del lodo (non a caso, il n. 5 dell'art. 829 non richiama il n. 2 dell'art. 823).

La mancata indicazione della sede, pertanto, costituisce una mera irregolarità suscettibile di sola correzione *ex art. 826 primo comma lett. b)*⁴¹².

Per il resto, si tratta di cogliere l'unitarietà della disposizione nell'individuazione dei cc.dd. requisiti minimi per l'individuazione della decisione e del suo oggetto⁴¹³.

Da notare che il rinvio al n. 5 dell'art. 823 comporta quale motivo di nullità la sola omissione dell'esposizione sommaria dei motivi e non la non corretta motivazione: ai fini del motivo in esame conta, cioè, che gli arbitri motivino e non che motivino correttamente.

Trattandosi di vizi individuabili solo a seguito della lettura del lodo, non si pone per essi un onere di tempestiva rilevazione in corso di causa: ritenendo il secondo comma dell'art. 829 una disposizione di portata generale, pertanto, se ne può ravvisare l'incompatibilità con il motivo in esame. È con l'atto d'impugnazione che la parte può far valere il vizio per la prima volta.

L'art. 830 comma secondo, inoltre, prevede che, nel caso di declaratoria di nullità di cui al n. 5, la Corte d'appello decida la controversia nel merito, salvo che le parti non abbiano previsto diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo.

Di conseguenza, se i giudici d'appello riscontrano un difetto di motivazione, un'omissione del dispositivo o la carenza delle debite sottoscrizioni, rendono la pronuncia sostitutiva, senza necessità di rimettere la causa agli arbitri o al giudice di primo grado.

⁴¹² A norma del quale ciascuna parte può chiedere agli arbitri (entro un anno dalla comunicazione del lodo) “*di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'articolo 823, numeri 1),2), 3) e 4)*”.

⁴¹³ Da evidenziarsi che né l'art. 829 primo comma n. 5, né l'art. 826 (in materia di correzione del lodo) richiamano il requisito della data di cui al n. 8 dell'art. 829. Trattasi di elemento indispensabile senza il quale non può dirsi neppure esistente il lodo, perché è dalla data dell'ultima sottoscrizione che il lodo s'intende produttivo di effetti. Come sottolinea Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 146-147, la data fa corpo con la sottoscrizione degli arbitri e, in sua mancanza, il lodo non può dirsi neppure perfezionato, così che sarebbe completabile se il termine per deliberare non fosse ancora decorso o se le parti non intendano far valere la decadenza.

Ci sia, però, consentito un rilievo critico. Se la mancanza del dispositivo o dell'esposizione sommaria dei motivi può giustificare un intervento nel merito della Corte d'appello, la mancanza di sottoscrizione ad opera degli arbitri potrebbe individuare piuttosto un'ipotesi d'inesistenza del lodo.

Con riguardo alla sentenza, del resto, l'art. 161 comma secondo c.p.c. prevede che il difetto di sottoscrizione porti all'inesistenza della stessa e non sia sottoposto al principio di necessaria conversione della nullità in motivo d'impugnazione (di cui al primo comma dell'articolo citato). Pertanto, il vizio potrà essere speso in qualunque sede e in qualunque momento, anche con autonoma *actio nullitatis*.

Non si vede perché l'assenza di sottoscrizione, comportante il mancato perfezionamento del lodo, debba *ex necesse* spendersi in sede impugnatoria.

Benché in tal senso si sia espresso il legislatore e la disposizione sia, per ciò stesso, precettiva, nulla toglie che la scelta possa essere passibile di critica alla luce di valutazioni di coerenza del sistema processuale complessivamente considerato.

9. La mancata pronuncia del lodo entro il termine di cui all'art. 820 c.p.c.

Il motivo n. 6 dell'art. 829 fa riferimento alla mancata pronuncia del lodo entro il termine previsto all'art. 820.

Come noto, infatti, il processo arbitrale è risultato da sempre connotato da una precisa scansione temporale, comportante la necessità che gli arbitri arrivino alla decisione della controversia loro sottoposta entro il termine fissato dalle parti o, in difetto di previsione pattizia, in quello predisposto *ex lege* (240 giorni).

Sono, peraltro, ammesse puntuali ipotesi di proroga del termine suddetto.

Le parti possono, concordemente, formulare richieste scritte di proroga agli arbitri ed è, altresì, sufficiente la richiesta di una delle parti o degli arbitri perché il Presidente del Tribunale (individuato a norma dell'art. 810) possa concederla.

Sono, altresì, previste ipotesi di proroga automatica, sempre che le parti non abbiano disposto diversamente. Si tratta dei casi in cui si sia dovuto procedere all'assunzione dei mezzi di prova, sia stata disposta consulenza tecnica d'ufficio, sia stato pronunciato un lodo non

definitivo oppure parziale o ancora se sia stata modificata la composizione del collegio arbitrale o sia stato sostituito l'arbitro unico.

Ai nostri fini rileva indagare sul significato del motivo d'impugnazione di nullità previsto al n. 6 dell'art. 829, il quale testualmente prevede che l'impugnazione è spendibile “*se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'art. 821*”.

La costruzione del vizio del lodo in tanto è possibile, in quanto si inquadri la disposizione contenuta nell'articolo richiamato *per relationem*, il quale sancisce che il decorso del termine non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della sottoscrizione del dispositivo del lodo ad opera della maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri l'intenzione di far valere la loro decadenza.

Si precisi sin d'ora che il secondo comma della norma in questione stabilisce la conseguenza dell'estinzione del giudizio arbitrale nel caso in cui gli arbitri abbiano riscontrato l'intervenuto decorso del termine.

Tanto premesso, si tratta di individuare i rilievi problematici che detta funzione comporta e valutare i riflessi del coordinato operare degli articoli testé richiamati sulla fase rescissoria dell'impugnazione per nullità.

Segue: a) *il riflesso della scadenza del termine sul giudizio arbitrale.*

Il fatto che la pronuncia non sia resa tempestivamente comporta, data la sua natura di limite temporale di efficacia dell'investitura arbitrale, la perdita del titolo di legittimazione dei giudicanti⁴¹⁴.

Se si coglie questo particolare profilo, si può anche superare una certa tradizionale interpretazione dottrina della *ratio* sottesa al sesto motivo illustrato al primo comma dell'art. 829 c.p.c.

Secondo il pregresso consolidato orientamento⁴¹⁵, infatti, l'eccezione di decadenza, sollevata ai sensi dell'art. 821, avrebbe avuto l'esclusiva funzione di dar vita ad una condizione di

⁴¹⁴ In tal senso Muroli, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 295-296, la quale puntualizza che non si tratta di un'ipotesi d'invalidità del patto compromissorio, incidendo sul lodo e non sull'originario accordo di devoluzione del giudizio agli arbitri. Non si tratta di un semplice caso di scadenza del mandato degli arbitri, in considerazione del fatto che l'esito che ne potrebbe derivare sarebbe la sola sostituzione ai sensi dell'art. 811 c.p.c. e non la chiusura in rito del processo.

proponibilità dell'azione d'impugnazione per nullità, senza determinare alcuna diretta ripercussione sullo svolgimento del processo arbitrale.

Ma questa tesi, invero, comporta alcune indebite forzature al dato testuale.

L'art. 821, in primo luogo, fa riferimento all'"intenzione" della parte di far valere la decadenza mediante atto notificato alle altre parti e agli arbitri. Aderendo alla precitata impostazione dottrinarica, si finirebbe con il ridurre detta intenzione ad un mero *flatus vocis*⁴¹⁶, in quanto esclusivamente finalizzato a consentire l'impugnazione del lodo (che, tra l'altro, avrebbe potuto essere anche solo eventuale, in quanto dipendente dalla sua soccombenza).

Una seconda lesione del dato normativo, peraltro, si riscontra nell'idea che gli arbitri, nonostante la denuncia di tardività, siano ugualmente tenuti alla pronuncia del lodo, dal momento che la parte eccipiente avrebbe potuto fare acquiescenza, non impugnare tempestivamente o essere, addirittura, vittoriosa sul merito.

Questo comporta molteplici distorte conseguenze: che gli arbitri saranno costretti alla pronuncia di un lodo nullo, che la parte che ha rilevato la tardività dovrà, prima di poter ottenere la tutela desiderata, attendere la pronuncia degli arbitri e, solo successivamente, far valere il vizio di cui all'art. 829 primo comma n. 6 e che la stessa pronuncia degli arbitri ne risulterà giocoforza alterata, in quanto resa in maniera tendenzialmente favorevole a chi ha già palesato la volontà di portarla al vaglio della Corte d'appello.

La reale *ratio* della previsione dell'onere di tempestiva rilevazione del vizio di tardività della pronuncia, pertanto, deve essere colta nella volontà di limitare la decadenza dei giudicanti nel corso del giudizio arbitrale alla sola eccezione di parte, la quale, se tempestivamente sollevata, inibisce agli arbitri il potere di decidere nel merito, senza possibilità di far operare alcuna forma di automatismo nella cessazione del loro ufficio.

Non è un caso che la nuova formulazione dell'art. 821 preveda, al secondo comma, l'onere per gli arbitri di dichiarare l'estinzione del processo arbitrale, a fronte dell'eccezione di decadenza e a seguito dell'accertamento della fondatezza della medesima: si ha, pertanto, una chiusura in rito del giudizio, senza la possibilità di procedere alla sostituzione di tutti gli

⁴¹⁵ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 864; Cecchella, *L'arbitrato*, cit., 173; Corsini, *Considerazioni critiche sull'estinzione della clausola compromissoria rituale a seguito dell'inosservanza del termine per pronunciare il lodo*, nota ad App. Milano 9 marzo 2001, in *Riv. Arb.* 2002, 329 e ss.; Dittrich, in Tarzia-Luzzatto-Ricci, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25. Commentario*, cit., 68; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 403 e II, 26 e Vecchione, *L'arbitrato*, cit., 343.

⁴¹⁶ Sempre Muroi, *op. ult. cit.*, 300.

arbitri a norma dell'art. 811 c.p.c. (disposizione che presuppone che l'organo decidente sia ancora legittimato all'espletamento delle sue funzioni).

Di conseguenza, non sarà possibile spendere il vizio di tardività nell'adozione della pronuncia, ai sensi del n. 6 dell'art. 829 primo comma, a meno che non sia tempestivamente rilevato a norma dell'art. 821, proprio perché il lodo è perfettamente valido, non essendo il collegio arbitrale, in carenza di eccezione, decaduto.

Si tenga conto, del resto, che l'art. 813 *ter* c.p.c. prevede che l'obbligo risarcitorio degli arbitri per la pronuncia resa oltre i termini scatta solo se il lodo venga annullato per questo motivo: se non vi è stata eccezione di decadenza, infatti, gli arbitri avranno pronunciato tardivamente, ma pur sempre validamente. Solo se vi è stata l'eccezione di parte e ad essa ha fatto seguito l'impugnazione ai sensi del n. 6 dell'art. 829, gli arbitri dovranno risarcire le parti per aver emesso un lodo che non erano più legittimati a pronunciare.

In buona sostanza, in esito alla decadenza degli arbitri non si deve ritenere che perda di per sé valore la convenzione arbitrale.

Si è sostenuto, d'altra parte, che la decadenza comporti l'inefficacia del patto compromissorio⁴¹⁷. Ciò è in parte condivisibile, dal momento che è innegabile che le parti possano instaurare un nuovo giudizio di fronte ai giudici togati, ma non implica, invero, che sia corretta la scelta del legislatore che, all'art. 821, ha stabilito l'estinzione del processo arbitrale.

Ciò nasce dall'intuizione che la decadenza non è cagionata dalle parti, ma dal giudicante e che, di conseguenza, sarebbe inopportuno ricollegare a detto fenomeno le conseguenze pregiudizievoli di cui agli artt. 310 c.p.c. e, soprattutto, 2945 c.c., a norma del quale l'effetto sospensivo della prescrizione fino al giudicato non si applica, permanendo il solo effetto interruttivo.

Come efficacemente sottolineato⁴¹⁸, trattasi di un lodo "di decadenza" comportante chiusura in rito del processo e salvezza, quanto meno, dell'effetto permanente della prescrizione.

⁴¹⁷ Dell'avviso è Satta, *Commentario*, cit., IV, 2, 292. *Contra* Bove, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.* 1998, 681 e ss; Rascio, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde e Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 344. Occorre, comunque, segnalare che il nuovo art. 808 *quinquies* c.p.c. prevede che la conclusione del processo arbitrale senza pronuncia nel merito non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato. Un'interpretazione restrittiva della suddetta disposizione, comunque, ne eccettuerebbe il caso di lodo dichiarativo di estinzione per pronuncia oltre il termine fissato.

⁴¹⁸ Muroni, *op. ult. cit.*, 306.

Non è del resto escluso che, alla luce dei più recenti rilievi formulati dalla sentenza 77/2007 della Corte Costituzionale, possa ravvisarsi un difetto di legittimità costituzionale anche nella disposizione in esame, laddove, in contrasto con l'art. 24 Cost., non prevede un adeguato meccanismo di *translatio iudicii*, che consenta di riassumere la causa di fronte al giudice dello Stato con salvezza degli effetti sostanziali della domanda.

Come si avrà occasione di chiarire meglio nel prosieguo di queste riflessioni, infatti, è la stessa dinamica dell'art. 830 terzo comma c.p.c. a prestare il fianco ad alcune critiche attinenti al principio dell'effettività della tutela.

Infatti, ove la Corte d'appello non intervenga nel merito in sede rescissoria “*si applica la convenzione arbitrale*”, dovendosi, di conseguenza, instaurare *ex novo* un giudizio di fronte agli arbitri.

Tra i casi in cui ciò si verifica, vi è la situazione in cui gli arbitri abbiano omesso di pronunciare in un caso in cui avrebbero dovuto farlo, secondo la formulazione dell'art. 829 primo comma n. 10: ciò anche nell'ipotesi in cui questi ultimi abbiano erroneamente dichiarato l'estinzione del processo arbitrale ai sensi del secondo comma dell'art. 821.

È difficile sostenere che in questa situazione non possa applicarsi il principio di salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda introduttiva del giudizio arbitrale, soprattutto se si considera che un'adeguata interpretazione del combinato disposto dell'art. 821 e dell'art. 829 comma primo n. 6 implica che la fase rescissoria innanzi alla Corte d'appello preservi i detti effetti.

Pertanto, sia in ordine al secondo comma dell'art. 821, sia, più in generale, con riguardo all'art. 830 terzo comma c.p.c., potrebbero manifestarsi perplessità in ordine alla conformità col dettato costituzionale: come si vede, anche nei casi in cui la normativa di riferimento sia ispirata ad un'esigenza di *favor arbitratus*, il pregiudizio che le parti compromittenti rischiano di subire appare particolarmente elevato, incombendo su queste l'onere di dar vita ad un nuovo giudizio arbitrale senza vedersi riconosciuta la salvezza degli effetti dell'originaria domanda.

Segue: b) le modalità di rilevazione del vizio di tardività della pronuncia del lodo.

Passando ad analizzare le modalità operative di rilevazione del vizio di tardività nella pronuncia, l'art. 821 prescrive che la parte interessata debba notificare alle altre parti e agli arbitri un atto dal quale traspaia la propria intenzione di far valere la decadenza degli arbitri.

Ciò deve avvenire prima della deliberazione del lodo risultante dalla sottoscrizione dello stesso ad opera della maggioranza degli arbitri. La qual cosa, del resto, poteva dirsi facilmente intuibile anche senza espressa previsione normativa, onde evitare che la parte potesse spendere il vizio di tardività nel solo caso in cui la pronuncia gli fosse stata sfavorevole (*secundum eventum litis*).

Si tratta, quindi, di nullità che deve essere spesa nel corso del procedimento arbitrale. Di conseguenza, se nessuna delle parti ha notificato l'atto di "denuncia" di tardività della decisione, il lodo rimane valido, ancorché pronunciato fuori dai termini.

Si deve precisare che ognuna delle parti ha, poi, la facoltà d'impugnare il lodo per il motivo in questione, benché la rilevazione sia scaturita dalla volontà di un'altra parte. Ciò proprio in virtù del fatto che agli arbitri è inibito di emettere un lodo tardivo, una volta che il ritardo sia stato loro contestato da almeno una delle parti.

Il fatto che la rilevazione del vizio operi quale eccezione di rito consente di ritenere sollevabile la questione anche dallo stesso difensore munito di procura alle liti, purché si rispettino le formalità imposte dall'art. 821 primo comma c.p.c.

Non è prevista, tuttavia, nessuna specifica sanzione nel caso di omissione delle regole procedurali predette.

A tal proposito, può tracciarsi una distinzione con quanto previsto all'art. 38 c.p.c., relativamente all'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile. La norma, infatti, dispone che l'incompetenza per territorio (fuori dei casi previsti all'art. 28) deve essere eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e che la mancata indicazione del giudice ritenuto competente la rende come non proposta.

Nel silenzio del legislatore, di conseguenza, sembra convincente la soluzione che nega l'inammissibilità dell'eccezione avanzata con un mezzo diverso dalla notificazione *stricto sensu* intesa, purché prima della data di sottoscrizione del lodo ad opera della maggioranza

degli arbitri⁴¹⁹. Di conseguenza, può ritenersi ammissibile un'eccezione proposta mediante un mero atto difensivo, semplicemente comunicato alle altre parti e agli arbitri o anche solo reso noto oralmente in udienza (soprattutto ove le parti abbiano pattiziamente predisposto un modo diverso dalla notificazione per la comunicazione degli atti processuali).

La sola regola processuale che non può subire deroghe, pertanto, ci sembra quella che prescrive che la questione sia sollevata prima della deliberazione del lodo.

Rimane da chiarire il collegamento con la clausola di cui al secondo comma dell'art. 829, giacché l'onere di tempestiva rilevazione risulta già dal combinato disposto sussistente tra il n. 6 dell'art. 829 e l'art. 821. In questo contesto, può agevolmente ritenersi che la disposizione di cui all'art. 829 secondo comma abbia una portata integrativa rispetto a quella ricavabile dal rinvio all'art. 821, precisando che il vizio debba essere speso nella prima difesa successiva al momento in cui interviene la scadenza del termine di pronuncia del lodo (e sempre prima che la maggioranza degli arbitri sottoscriva il dispositivo).

Ritenere applicabile al caso *de quo* il secondo comma dell'art. 829, come si vede, ha un'importante conseguenza sul piano pratico, giacché implica che la parte non possa riservarsi la possibilità di eccepire la tardività nella fase conclusiva del processo arbitrale (anche a notevole distanza temporale dalla scadenza del termine, purché prima della sottoscrizione del dispositivo), ma debba farlo necessariamente nella prima difesa successiva alla scadenza del termine (nonostante il giudizio versi ancora in uno stato embrionale e, magari, si stia indirizzando verso un esito verosimilmente vittorioso per la parte).

Segue: c) la competenza in sede rescissoria.

Quanto al profilo della competenza nella fase di adozione della pronuncia sostitutiva di merito, l'art. 830 comma secondo annovera il sesto motivo d'impugnazione per nullità tra quei casi in cui è previsto l'intervento della Corte d'appello in fase rescissoria, sempre che non intervenga una diversa volontà delle parti.

⁴¹⁹ Muroni, *op. ult. cit.*, 304, nota 215.

Di conseguenza, una volta sollevata (nella prima difesa successiva alla scadenza del termine) l'eccezione di tardività degli arbitri e una volta annullata la pronuncia eventualmente resa in violazione del disposto dell'art. 821⁴²⁰, spetta alla Corte adottare la pronuncia sostitutiva.

Sembra, però, problematico individuare la portata dell'intervento in sede rescissoria: la Corte, infatti, deve entrare nel merito della questione o, piuttosto, deve limitarsi ad annullare il lodo e arrestarsi ad una pronuncia meramente rescindente?

Se riflettiamo sull'*iter* che ha portato la questione dinnanzi alla Corte, non possiamo non valutare come la parte, che abbia sollevato la tardività della pronuncia, abbia l'esclusivo interesse di far osservare al giudicante il dettato dell'art. 821. L'obiettivo è, quindi, chiudere in rito il processo arbitrale ed intraprendere un nuovo giudizio.

Senonché l'intervento della Corte d'appello in sede d'impugnazione per nullità è dovuto al fatto che il collegio giudicante, trascurando il rilievo della sua tardività, ha voluto ugualmente pervenire ad una pronuncia di merito, così violando l'art. 821 (che prescrive una chiusura in rito del giudizio).

L'interesse che la parte eccipiente ha, pertanto, è quello di vedere annullata la pronuncia arbitrale di merito e tornare ad esperire un giudizio (arbitrale) che sfoci, fisiologicamente e tempestivamente, in un lodo di merito. In buona sostanza, ciò che la parte che ha sollevato l'eccezione non vuole è un pronuncia di merito del collegio arbitrale resosi inadempiente al rispetto del termine di pronuncia.

Qui non si pone tanto un problema di svolgimento del giudizio arbitrale o di accertamento compiuto dagli arbitri, ma, in maniera radicale, una contestazione dell'*an* dell'intervento dei giudici privati, i quali avrebbero dovuto limitarsi a chiudere in rito il processo e permettere, così, la costituzione di un nuovo organo giudicante per lo svolgimento di un nuovo giudizio.

Il fatto che la Corte, invece, sia chiamata all'adozione della pronuncia sostitutiva priva, di fatto, le parti di un grado di giudizio. Questo può anche apparire giustificabile in casi in cui, comunque, si tratti di ovviare ad un errore dei giudici privati nel *quomodo* o nel merito (omissione di esposizione sommaria dei motivi, difetto di sottoscrizione, mancato rispetto del principio del contraddittorio ecc.), allorché una decisione avrebbe dovuto, in ogni caso, svolgersi.

⁴²⁰ Che, come ampiamente detto, comporta l'estinzione del giudizio.

Ma che dire di quei casi, come la mancata chiusura in rito del giudizio, in cui gli arbitri non avrebbero dovuto arrivare a pronunciare un lodo di merito?

Credo che, nel caso di specie, il legislatore del 2006 avrebbe fatto cosa più opportuna ad escludere il giudizio della Corte in sede rescissoria e ad ammettere, stante la permanente validità della convenzione arbitrale, un nuovo giudizio di fronte agli arbitri.

La situazione, infatti, presenta più dirette analogie con i casi illustrati ai nn. 2 e 3 del primo comma dell'art. 829 (afferenti l'irregolare nomina degli arbitri e la loro incapacità *ex art.* 812), per i quali è previsto che la Corte si limiti ad una pronuncia rescindente e le parti possano instaurare un nuovo giudizio di fronte ad arbitri capaci o ritualmente nominati.

Se la scadenza del termine, come detto, implica decadenza degli arbitri, allora diviene giocoforza assimilabile detta situazione a quella della loro carenza di *potestas iudicandi*, di cui ai nn. 2 e 3 del primo comma dell'art. 829.

Allora, anche nel caso del sesto motivo dell'art. 829, sarebbe stato più opportuno annullare il lodo tardivo e consentire alle parti di tornare di fronte a (nuovi) arbitri per fruire di quella pronuncia che i precedenti arbitri avevano indebitamente reso.

Il dato normativo, tuttavia, è chiaramente di segno opposto, con la conseguenza che, una volta annullato il lodo illegittimamente reso, sarà la Corte d'appello il giudice competente all'adozione della pronuncia sostitutiva.

A mitigare parzialmente quanto appena considerato, valga comunque richiamare il già evidenziato collegamento sussistente tra l'art. 829 comma primo n. 6 e l'art. 813 *ter*, secondo il quale gli arbitri che hanno pronunciato tardivamente devono risarcire i danni solo se il lodo è annullato per il motivo posto alla base della pretesa risarcitoria (nel nostro caso per pronuncia tardiva). Quindi, se c'è l'eccezione e gli arbitri pronunciano lo stesso il lodo, essi sono tenuti pur sempre a risarcire le parti per la tardività della pronuncia solo successivamente all'annullamento del lodo per tale ragione: in ultima istanza, per il fatto di aver pronunciato un lodo che non erano più legittimati a pronunciare e, tenendo conto dell'art. 830 secondo comma, aver fatto perdere alle parti un grado di giudizio.

10. Inosservanza delle forme prescritte dalle parti sotto pena di nullità: a) *l'ambito operativo della disposizione.*

Il settimo motivo d'impugnazione per nullità allude all'inosservanza delle forme stabilite dalle parti⁴²¹ sotto espressa sanzione di nullità, nel caso in cui la nullità non sia stata sanata.

Prima della novella del 2006, la disposizione aveva un contenuto parzialmente difforme, in quanto prevedeva che fosse sanzionabile l'inosservanza delle forme “*prescritte per i giudizi sotto pena di nullità*”, stabilite dalle parti e non sanate. Come si vede, ad oggi rileva anche la violazione di quelle regole processuali che non ricalcano il modello dei giudizi di fronte ai giudici dello Stato: caduto il riferimento ai “giudizi”, le parti possono prevedere forme a pena di nullità, prescindendo da quanto prescritto nel codice di rito e non rilevando la relativa comminatoria legale.

Si tratta di *error in procedendo* che allude a vizi procedurali diversi da quelli contemplati nell'art. 829 n. 9 e involgenti il mancato rispetto del contraddittorio.

Il riferimento non è alle nullità originarie, ma a quelle derivate del lodo, ovvero a quelle discendenti da invalidità non sanate degli atti del procedimento.

Si tratta di nullità assolute e relative, onde la previsione secondo cui la nullità non deve essere stata sanata riguarda le sole invalidità relative, perché soltanto i vizi che producono annullabilità sono sanabili⁴²².

La formulazione letterale del settimo motivo, peraltro, aveva già portato la dottrina a sostenere che, anche prima della recente novella, la disposizione ricalcasse le dinamiche illustrate agli artt. 156 e 157 c.p.c. con riguardo alle nullità del processo giurisdizionale⁴²³.

Si pensi, ad esempio, a quanto prescritto al terzo comma dell'art. 156, il quale prevede che la nullità non possa essere dichiarata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato (c.d. convalidazione oggettiva dell'atto nullo).

Si è sostenuto, peraltro, che l'espressa comminatoria di nullità non sia necessaria per le nullità assolute, in quanto la radicalità del vizio giustifica pur sempre l'esperimento del rimedio impugnatorio⁴²⁴.

⁴²¹ Si consideri che l'art. 816 *bis* prevede che le regole del processo arbitrale siano, in prima battuta fissate dalle parti e, in subordine, dagli arbitri nel modo che ritengono più opportuno.

⁴²² Così Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 102.

⁴²³ Tra gli altri, Califano, *op. ult. cit.*, 311 e ss. e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 233-234.

⁴²⁴ *Ibidem*, 103.

Il problema della rilevabilità del vizio sembra essere particolarmente calzante con riguardo al motivo in esame. Il secondo comma dell'art. 829, infatti, opera con esclusivo riguardo alle nullità derivate del lodo, quali sono quelle contemplate nel motivo ora in esame.

Come si è poc' anzi affermato, il motivo della violazione di forme prescritte sotto sanzione di nullità rinvia alla disciplina di rilevazione delle invalidità processuali nel giudizio ordinario di cui agli artt. 156 e ss. c.p.c. e, al fine di sottolineare la pertinenza al caso *de quo* del secondo comma dell'art. 829, basti il riferimento al secondo comma dell'art. 157, ove si legge, in maniera palesemente analoga, che “*soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso*”.

Anzi, siccome il secondo comma dell'art. 829 allude in maniera generale alla “*violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale*” e il n. 7 contiene una regola omologa per le nullità formali, si deve ritenere che la clausola generale del secondo comma dell'art. 829 attenga sia alle nullità formali, che a quelle extraformali di forma-contenuto⁴²⁵.

Così, è possibile affermare che quest'ultima disposizione va a confermare quanto previsto dal coordinato operare del n. 7 del primo comma dell'art. 829 e del secondo comma dell'art. 157: la parte deve, quindi, sollevare il vizio nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso.

Segue: b) la competenza in fase rescissoria.

L'art. 830 secondo comma contempla il n. 7 del primo comma dell'art. 829 tra i motivi per i quali l'adozione della pronuncia sostitutiva è rimessa alla Corte d'appello. Di conseguenza, riscontrato il vizio derivato del lodo (non altrimenti sanato) e proposta l'impugnazione per nullità, il nuovo giudizio si svolge di fronte alla medesima autorità giudiziaria della fase rescindente.

Se questo è il dato letterale che scaturisce dalla novellata disposizione in merito al riparto di competenze nel giudizio rescissorio, occorre evidenziare come una certa dottrina⁴²⁶, alla luce

⁴²⁵ Così Menchini, *op. ult. cit.*, 855.

⁴²⁶ Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 107 e *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, cit., 269 e ss.

della normativa preesistente alla riforma⁴²⁷, avesse rilevato il problema del litisconsorte necessario pretermesso che intendesse proporre impugnazione avverso un lodo scaturito da un processo da cui fosse stato indebitamente escluso.

Premesso che anche questi può vedersi riconosciuta la legittimazione ad impugnare il lodo, si è concluso che il vizio impiegabile sarà quello di violazione delle regole prescritte sotto pena di nullità, di cui al n.7. Non solo, si è detto anche che, benché a seguito della dichiarazione di nullità del lodo, l'art. 830 investa della controversia lo stesso giudice della fase rescindente, non può non osservarsi quanto stabilito all'art. 354 per il giudizio di appello e, conseguentemente, rimettere la decisione di merito al giudice di prime cure.

Alla luce di quanto già osservato in precedenza, non ci sembra condivisibile l'impostazione in questione.

Pur aderendosi alla premessa che consente anche al litisconsorte pretermesso di agire in sede d'impugnazione per nullità, riteniamo che, anche nell'ottica della riforma, il vizio spendibile non sia quello di cui al n. 7, ma, piuttosto, quello di cui al n. 4 seconda parte, vale a dire quello che censura il lodo, in quanto reso in un caso in cui il merito non poteva essere deciso. Di conseguenza, diverso è anche il criterio di competenza adottabile per il giudizio rescissorio: non è la Corte d'appello, ma sono gli arbitri che debbono intervenire nel merito della controversia.

Come già detto, peraltro, agli arbitri si sostituirà il giudice di primo grado, nel caso in cui il litisconsorte pretermesso non abbia partecipato alla conclusione del vincolo compromissorio e non intenda aderirvi successivamente.

Né ci sembra giustificabile il richiamo all'art. 354 c.p.c. per rinviare la causa al giudice di primo grado. Al di là del fatto che non ci sembra configurabile il vizio di violazione delle forme processuali, non sussiste nessuna disposizione che, in materia arbitrale, indichi all'interprete di risolvere i casi dubbi con il ricorso alla disciplina prevista per i giudizi di fronte all'autorità statale.

In sostanza, riteniamo che il ricorso al giudice di primo grado sia una mera eventualità, determinata dal fatto che il litisconsorte pretermesso non voglia prestare adesione successiva ad un accordo compromissorio che non ha originariamente concluso.

⁴²⁷ Sul punto, peraltro, del tutto coincidente.

Per il resto, la competenza torna ad essere quella degli arbitri, dinnanzi ai quali si svolgerà un giudizio a contraddittorio integro e la fattispecie in questione, pertanto, andrà ricompresa nelle novero delle situazioni in cui il giudizio rescissorio spetta a nuovi arbitri nella perdurante vigenza della convenzione d'arbitrato.

Quel che più conta, però, sottolineare è che il difetto d'integrazione del contraddittorio potrà essere portato alla cognizione della Corte d'appello sulla base della seconda parte del quarto motivo e non sulla base dell'*error in procedendo* ora in esame, trattandosi di ipotesi di pronuncia di merito resa in una situazione in cui si sarebbe dovuta avere una chiusura in rito del procedimento arbitrale.

11. La violazione del principio del contraddittorio.

Disposizione di estrema rilevanza nel contesto del ricorso all'impugnazione per nullità per *errores in procedendo* è quella prevista al n. 9, ove si legge che il lodo è impugnabile “*se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio*”.

Esattamente corrispondente era la previsione antecedente la riforma del 2006. Anche in questo caso l'enunciazione, analogamente al già esaminato n. 7, comporta l'ossequio a precise regole processuali. La differenza, però, consiste nel fatto che il contraddittorio, requisito giustamente ineludibile di ogni dinamica processuale, deve essere sempre rispettato, a prescindere dal fatto che esista una regola *ad hoc* prevista dalle parti sotto sanzione di nullità⁴²⁸.

Se le regole stabilite dalle parti sotto pena di nullità fossero ostative all'attuazione del contraddittorio, il lodo sarebbe pur sempre impugnabile in base al nono motivo dell'art. 829, benché gli arbitri si siano attenuti alla volontà delle parti.

Il contraddittorio, infatti, è principio che deve essere garantito in maniera oggettiva e a prescindere dalle scelte delle stesse parti compromittenti.

Esso è contraddistinto da un nucleo essenziale ed intangibile, consistente nel diritto di ogni parte di allegare fatti e provarli, interagire con la controparte su quanto acquisito e replicare

⁴²⁸ Anzi, come rileva Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 437, il principio si impone anche in contrasto con le difformi previsioni delle parti, dacché, in caso contrario, l'arbitrato non si porrebbe quale idoneo sostituto del processo giurisdizionale e strumento d'integrazione di tutela per i privati *ex art. 24 Cost.*

alle altrui deduzioni: in questo senso esso prevale sulle “forme” prescritte dalle parti e comportanti nullità del lodo spendibile in base al n. 7.

Il rispetto del contraddittorio implica che la dinamica arbitrale sia sempre contraddistinta da un *iter* che, garantendo appieno il diritto di difesa delle parti, possa essere qualificato tecnicamente come processo: ciò implica, innanzitutto, che esso debba essere regolarmente instaurato. La mancata corretta instaurazione, infatti, non può ritenersi fattispecie suscettibile di sanatoria per mancata tempestiva impugnazione⁴²⁹.

Il motivo in esame si presta ad un impiego piuttosto ampio in sede impugnatoria.

Particolare il caso della successione processuale *ex art. 110 c.p.c.*, che vincola gli arbitri a fare quanto in loro potere per garantire il subentro degli eredi nel giudizio arbitrale.

A tal fine la novella del 2006 ha introdotto l’art. 816 *sexies*, il quale prevede che essi possano ricorrere, tra l’altro, alla sospensione del giudizio per far fronte ad ipotesi quali la morte o la perdita di capacità della parte.

Distinguiamo a seconda che gli arbitri siano notiziati o meno dell’evento. Se esso non è reso noto, potrebbe operare l’art. 302, applicabile per *analogia iuris*: gli eredi possono chiedere la fissazione di un’apposita udienza per consentire il loro ingresso e, se provano che la loro assenza fino a quel momento è stata involontaria, possono chiedere di essere rimessi in termini.

Se l’evento è reso noto, gli arbitri possono sospendere, cercare gli eredi, notificare loro la domanda con l’invito a partecipare al processo e disporre la riassunzione (art. 303). L’omissione di dette formalità, in quanto contrastanti con l’oggettivo rispetto del principio del contraddittorio, può essere fatta valere di fronte alla Corte d’appello in base al nono motivo.

Quanto alla rilevazione del vizio, questo può dirsi uno dei casi in cui il secondo comma dell’art. 829 opera in funzione integrativa. Pur non essendo disposto nulla nel motivo in oggetto, diviene possibile ammettere la sussistenza di un onere di tempestiva rilevazione del vizio nella prima difesa successiva al momento in cui viene violato il diritto di difesa della parte.

⁴²⁹ Verde, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, 160.

Analogamente a quanto affermato per il vizio d'incapacità degli arbitri, anche in questo caso è essenziale la tempestiva rilevazione, onde riservarsi la possibilità di adire la Corte d'appello⁴³⁰.

Si dubita, però, che la clausola di tempestiva rilevazione endoprocessuale possa indiscriminatamente applicarsi e si ritiene che le violazioni più gravi del contraddittorio possano andare esenti dall'onere di deduzione nella prima difesa successiva.

Ogniquale volta la lesione del contraddittorio non si traduca in un semplice caso d'invalidità di un singolo atto, ma infici l'intero giudizio, non è pensabile che la parte possa impugnare il lodo nell'eventualità che abbia *in itinere* riscontrato il vizio del procedimento. Si pensi ai vizi relativi alla *vocatio in ius* del convenuto o alla notificazione degli atti introduttivi: è intuitivo che la parte, non notiziata del processo, possa impugnare il lodo, ancorché il vizio non sia stato officiosamente rilevato dagli arbitri o non ne abbia fatto tempestiva riserva in giudizio.

Come si può imporre alla parte che non è stata chiamata in causa di costituirsi al solo fine di preservarsi il potere di esperire l'impugnazione per nullità? Non è pensabile che la facoltà di adire la Corte d'appello debba discendere da una costituzione in giudizio che sia esclusivamente funzionale alla contestazione della violazione del contraddittorio compiuta nella fase introduttiva⁴³¹.

Quanto alla competenza nella fase successiva all'annullamento del lodo, *ex art.* 830 comma terzo essa è riconosciuta al giudice della fase rescindente.

In questo caso la scelta normativa sembra pienamente giustificabile, dal momento che l'intervento dei giudici d'appello nel merito si lascia alle spalle un processo che, seppur irregolarmente, si è svolto dinnanzi a giudici (privati) competenti.

Questo è un caso ben diverso da quello precedentemente illustrato del mancato rispetto del termine di pronuncia del lodo: in questo caso, la decorrenza del termine determina la decadenza del collegio arbitrale e l'eventuale lodo scaturitone risulterebbe reso da soggetti non più legittimati allo scopo.

Nell'ipotesi di giudizio rescissorio occorso in esito ad un'impugnazione ai sensi del n. 6, in sostanza, le parti compromittenti sono private (non per loro colpa) di un grado di giudizio, nel

⁴³⁰ Una considerevole parte della dottrina ritiene che la nullità processuale per violazione del principio del contraddittorio non tempestivamente rilevata nella prima difesa successiva ne comporti la sanatoria e la consequenziale preclusione del meccanismo impugnatorio. Così, tra gli altri, Califano, *op. ult. cit.*, 312 e ss. e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 233-234.

⁴³¹ Menchini, *op. ult. cit.*, 856, nota 25.

caso d'impugnazione ai sensi del n. 9, invece, il pregresso svolgimento di un giudizio di fronte ad organi legittimati esclude la lesione del principio del doppio grado di giurisdizione, benché in esso sia stata riscontrata una lesione del diritto di contraddittorio.

12. La contraddittorietà delle disposizioni.

Nel contesto dei motivi d'impugnazione del lodo in cui la competenza ad adottare la pronuncia di merito in fase rescissoria spetta al medesimo giudice che ha provveduto all'adozione della pronuncia rescindente è quello illustrato al n. 11 del primo comma dell'art. 829, vale a dire l'ipotesi in cui si registri la strutturale contraddittorietà delle disposizioni del lodo.

La novità della recente riforma non risiede nell'introduzione del vizio in questione, quanto nella sua collocazione: se prima esso era ricompreso nel "poliedrico" quarto motivo, ora trova automa collocazione nell'undicesimo motivo d'impugnazione per nullità.

Quanto al profilo contenutistico, si registra un certo consolidato indirizzo giurisprudenziale che ritiene che il vizio ricorra solo quando sussiste contraddizione tra le varie statuizioni del dispositivo, ma non con riferimento alla motivazione.

Allorché appaiano contraddittorie le disposizioni della motivazione del lodo e si renda, così, non ricostruibile la *ratio decidendi* degli arbitri, si deve considerare come addirittura omessa la motivazione ed impugnabile la pronuncia viziata ex n. 5 dell'art. 829 c.p.c. (per mancanza del requisito di cui al n. 5 dell'art. 823)⁴³².

Del resto, l'omissione della motivazione in senso stretto si traduce in un'ipotesi di scuola, per cui, al fine di riempire di contenuto il n. 5 dell'art. 829 occorre richiamarsi alla contraddittorietà delle disposizioni del lodo che inibiscono la ricostruzione della *ratio decidendi* della scelta arbitrale.

L'undicesimo motivo d'impugnazione, in sostanza, deve rapportarsi al n. 6 dell'art. 823, il quale non parla di contraddittorietà della giustificazione del lodo, bensì di contraddittorietà

⁴³² Si veda Cass. 26 marzo 2004 n. 6069, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Arbitrato*, n. 215. Luiso, in *Diritto processuale civile*, IV, cit., afferma che "l'obbligo di motivare in sé non comprende anche l'obbligo di ben motivare: il lodo è impugnabile [ai sensi del n. 5 del primo comma dell'art. 829] solo se l'arbitro non palesa le ragioni della decisione, non anche se le ragioni palesate non sono convincenti".

che non renda accessibile alle parti la portata della decisione arbitrale. Siamo ben lontani dalla previsione dell'art. 360 comma primo n. 5, che, con riguardo al ricorso per Cassazione, rende sindacabile la sentenza anche per contraddittorietà della motivazione circa un fatto controverso e decisivo.

Quanto alla rilevazione del vizio, nel silenzio del primo comma, si deve ricorrere al secondo comma dell'art. 829 per concludere, tuttavia, nel senso della sua inoperatività nel caso *de quo*.

Infatti, le parti non possono avere conoscenza del vizio in questione se non nel momento in cui è emanato il lodo e, di conseguenza, nessuna tempestiva rilevazione può essere loro imposta nel corso del processo arbitrale.

Ad escludere l'operatività della clausola in questione, del resto, è il carattere originario e non derivato del difetto del lodo contemplato dal motivo n. 11.

Passando ad esaminare la competenza in fase rescissoria, infine, il secondo comma dell'art. 829 contempla la fattispecie come ipotesi d'intervento della Corte nell'adozione della pronuncia sostitutiva.

Nessuna obiezione sul punto è ascrivibile al legislatore, il quale ha giustamente ritenuto che il giudice statale possa sostituirsi agli arbitri per il fatto che, comunque, un processo arbitrale si è svolto, sebbene sia sfociato in una pronuncia nulla perché recante un dispositivo contraddittorio.

Compito della Corte, pertanto, è quello di andare ad emendare il lodo sotto il profilo della sua contraddittorietà, senza, con ciò, urtare con l'originaria scelta delle parti di deferire la controversia ai giudici arbitrali.

13. L'infrapetizione.

L'ultimo degli *errores in procedendo* contempla il c.d. vizio d'infrapetizione, vale a dire l'ipotesi in cui il lodo “*non ha pronunciato su alcune delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato*”.

Prima della riforma, come già accennato, il motivo era compreso nel n. 4, il quale, tuttavia, si limitava al solo riferimento all'omissione di pronuncia su alcuno degli oggetti del compromesso.

L'attuale formulazione del n. 12, peraltro, ha cura di precisare che ricorre tale ipotesi anche in presenza di omessa pronuncia su un'eccezione sollevata dalla parte nel corso del procedimento.

La prevalente dottrina antecedente la riforma⁴³³ riteneva, al contrario, che l'ipotesi in esame dovesse limitarsi alla mancata pronuncia su domande, senza includere l'omissione in merito alle eccezioni.

È l'ipotesi inversa alla pronuncia *extra compromissum* di cui alla seconda parte del motivo n. 4.

Analogamente a quanto già detto per i motivi nn. 4 (relativamente all'extrapetizione in senso stretto), 5 e 11, anche il vizio di cui al n. 12 è vizio originario del lodo in sé considerato, non derivato dal procedimento⁴³⁴: di conseguenza, risulta inapplicabile il meccanismo di tempestiva rilevazione endoprocessuale illustrato dal secondo comma dell'art. 829 c.p.c. Soltanto a seguito dell'emanazione del lodo, le parti potranno avere conoscenza della ragione che giustifica il ricorso alla Corte d'appello per il relativo annullamento.

Quanto alla competenza in sede rescissoria, questo è un altro dei casi affidati, salvo disposizione contraria delle parti, alla Corte d'appello. Valgano le stesse considerazioni già formulate per tutti gli altri casi disciplinati in modo analogo dal comma secondo dell'art. 830: dal momento che un processo arbitrale si è svolto, non è necessario affidare *ex novo* il giudizio alla competenza arbitrale, essendo sufficiente un intervento in via sostitutiva ad opera della Corte d'appello. Il vizio illustrato dal dodicesimo motivo, in buona sostanza, non evidenzia un caso di carenza di *potestas iudicandi* comportante il ripristino di un giudizio di tipo arbitrale.

Ci sia consentito un'ultima considerazione di carattere pratico sul tema.

Non è difficile cogliere la *ratio* sottesa alla competenza in fase rescissoria della Corte d'appello in caso d'infrapetizione degli arbitri, in quanto la disposizione intende rispondere, soprattutto, all'omissione di pronuncia su domande accessorie o consequenziali (si pensi, ad esempio, ad una domanda relativa agli interessi). In tal caso, pertanto, si è ritenuto più

⁴³³ Tra gli altri, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 215-216.

⁴³⁴ Come già ampiamente messo in rilievo, il secondo comma dell'art. 829 entra in gioco soltanto per le nullità derivate del lodo, derivanti da un atto del procedimento o da un difetto che colpisce il processo arbitrale nella sua interezza.

rispondente ad esigenze di economia processuale evitare il ritorno agli arbitri e consentire un intervento diretto della Corte d'appello, benché a scapito del doppio grado di giurisdizione.

14. La nullità per *errores in iudicando* e la competenza in sede rescissoria.

Il primo comma dell'art. 829 c.p.c. esaurisce la categoria dei cc.dd. *errores in procedendo*, mentre i commi terzo, quarto e quinto investono la diversa ipotesi dei cc.dd. *errores in iudicando*, afferenti, cioè, la violazione delle disposizioni di legge. Per essi, peraltro, è prevista la possibilità di svolgimento di un giudizio rescissorio di fronte alla medesima Corte d'appello che ha disposto la nullità della decisione privata, dacché qui si tratta solo di rivedere nel merito un decisione già affidata agli arbitri, i quali, a giudizio del giudice di secondo grado, hanno compiuto un errore nell'interpretazione e/o applicazione delle leggi sostanziali. Il legislatore ha ritenuto, quindi, rispondente ad esigenze di celerità e, al contempo, doverosamente rispettoso dell'originaria pattuizione arbitrale il fatto che il giudizio rescissorio sia affidato alla stessa Corte d'appello e, quindi, al giudice statale, nel caso in cui gli arbitri abbiano errato nell'elaborazione della pronuncia di merito in ordine all'applicazione del diritto sostanziale. Se le parti volevano (quanto meno) un grado di giudizio privato, la loro volontà è stata rispettata; altra cosa è, poi, il fatto che gli arbitri regolarmente investiti della composizione della lite abbiano mal pronunciato, dal momento che, in tal caso, è l'ordinamento statale che ha cura di intervenire con la predisposizione di un ulteriore grado di giudizio rimesso all'autorità pubblica.

Segue: a) le condizioni di ammissibilità e le caratteristiche del motivo d'impugnazione della violazione di legge.

Imponente è stato, nell'ipotesi ora in esame, l'intervento del legislatore della riforma del 2006.

Il pregresso secondo comma dell'art. 829 prevedeva che l'impugnazione per nullità per *errores in iudicando* operasse, salvo che le parti lo avessero escluso, dichiarando il lodo non impugnabile o abilitando gli arbitri all'adozione del metro di giudizio dell'equità.

Con il d.lgs. 40/2006 la disciplina degli *errores in iudicando* è stata affidata ai commi terzo, quarto e quinto dell'art. 829. La regola fondante è quella illustrata al terzo comma, ai sensi del quale l'impugnazione per violazione di norme di diritto (sostanziale) non è possibile, se non quando espressamente disposta dalle parti ovvero dalla legge⁴³⁵.

Con ciò si è inteso valorizzare il volere dei compromittenti e, al contempo, quanto previsto da norme speciali. La dichiarazione delle parti di impugnabilità del lodo per *errores in iudicando*, peraltro, non necessita di formule specifiche e può risultare dal rinvio ad un regolamento arbitrale (che preveda l'impugnazione per violazione di legge) o essere contenuto nella convenzione arbitrale o in atto separato. È anche possibile che sia stabilita l'impugnazione per violazione di legge solo per alcuni tipi di fonte normativa e non per altre o per norme che presentino determinate caratteristiche⁴³⁶.

Questa clausola generale, ispirata ad un'esigenza di maggior stabilità della pronuncia arbitrale, oltre ad essere derogabile per volontà delle parti o della legge, patisce altre eccezioni.

La prima è illustrata nello stesso terzo comma (nella seconda parte) ed è la contrarietà all'ordine pubblico⁴³⁷.

Con ciò deve intendersi richiamato il solo ordine pubblico sostanziale e non anche quello processuale⁴³⁸, mentre più problematica è la questione se debba farsi riferimento all'ordine pubblico interno o a quello internazionale, notoriamente caratterizzato da un ambito operativo più circoscritto⁴³⁹. Sul punto può affermarsi che, nel solo caso in cui sia stata richiamata la legge italiana o il diverso parametro dell'equità, si può far riferimento all'eventuale violazione di tutte le regole dell'ordine pubblico interno, mentre, nel caso in cui le parti

⁴³⁵ Nel sistema previgente questa era la regola stabilita in caso di arbitrato internazionale all'art. 838, a norma del quale all'arbitrato internazionale non si applicavano le disposizioni dell'art. 829 secondo comma c.p.c. se le parti non avessero diversamente convenuto.

⁴³⁶ Menchini, *op. ult. cit.*, 859, in particolare nota 34.

⁴³⁷ Come correttamente rilevato da Menchini, *op. ult. cit.*, 861, il fatto che la contrarietà all'ordine pubblico sia prevista come ipotesi d'impugnazione per nullità del lodo, conferma che la pronuncia affetta da detto vizio non è inesistente, ma semplicemente annullabile. Con l'ulteriore conseguenza che il vizio deve essere speso tempestivamente ai sensi dell'art. 829 e non sollevabile da chiunque vi abbia interesse, in ogni tempo ed in ogni sede. Anzi, l'Autore sostiene che il vizio, una volta proposta l'impugnazione per altro motivo, possa essere rilevato officiosamente dalla Corte d'appello, dal momento che la regolamentazione che esso realizza, se fosse operante sul piano negoziale, darebbe vita ad una situazione di nullità rilevabile *ex officio*.

⁴³⁸ Il comma terzo dell'art. 829 involge le sole norme di diritto sostanziale, mentre alla violazione delle norme processuali sono dedicati i primi due commi del medesimo articolo.

abbiano richiamato un ordinamento straniero, la violazione dell'ordine pubblico afferisce soltanto a quello internazionale⁴⁴⁰.

La seconda eccezione alla regola limitativa dell'impugnazione per violazione di norme di diritto è rappresentata dal n. 2 del quarto comma dell'art. 829, il quale dispone che essa sia sempre consentita, allorché “*la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato*”.

Ai sensi dell'attuale art. 819, gli arbitri hanno il potere di conoscere *incidenter tantum* le questioni non compromettibili da cui dipende la decisione della causa, salvo che sia un caso in cui per legge debba intervenire una decisione con efficacia di giudicato. In tal modo si è voluto garantire il sindacato del giudice statale con riguardo al rispetto, da parte dell'arbitro, delle norme inderogabili che spesso investono la materia indisponibile⁴⁴¹.

La terza ed ultima eccezione si basa sul combinato disposto del n. 1 del quarto comma ed il quinto comma dell'art. 829. Dette norme sanciscono che l'impugnazione per nullità per violazione di legge è sempre possibile se il lodo è reso in ordine alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., vale a dire con riguardo alle controversie lavoristiche. In tal caso, peraltro, il ricorso alla Corte d'appello è possibile anche se sussista violazione di contratti ed accordi collettivi di lavoro.

Quel che merita rilevare, comunque, è che il legislatore, in tal modo, ha inteso garantire l'osservanza da parte degli arbitri delle norme inderogabili dell'ordinamento: nei casi in cui è sempre ammessa l'impugnazione per *errores in iudicando*, infatti, vengono in rilievo norme connotate da imperatività. Sia le regole dell'ordine pubblico, sia quelle in materia lavoristica,

⁴³⁹ Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova 1999, 305, il quale afferma che l'ordine pubblico c.d. internazionale sembra ispirato ai soli principi di portata veramente fondamentale che caratterizzano l'ordine pubblico interno.

⁴⁴⁰ Sempre Menchini, *op. ult. cit.*, 863-864, parla di una tendenziale vicinanza tra l'ordine pubblico interno e la categoria delle norme imperative: queste ultime, essendo di necessaria applicazione, non sono derogabili e, quindi, in buona parte sovrapponibili all'ordine pubblico. Ma non può ritenersi sufficiente l'astratta violazione delle norme inderogabili di legge per configurare il vizio, in quanto è necessario che nel concreto la disciplina del rapporto giuridico sia in contrasto con esse. Quanto alla dottrina precedente la riforma, si veda Bove, *La impugnazione del lodo internazionale*, in *Riv. Arb.* 2005, 256 e Luzzatto, *L'impugnazione del lodo arbitrale "internazionale"*, in *Riv. Arb.* 1997, 28 e ss.

⁴⁴¹ Dal tenore letterale della norma, peraltro, si evince che sia sindacabile la sola parte del lodo in cui si sia tradotto il potere di cognizione incidentale degli arbitri e non l'intero lodo (con riguardo, quindi, anche alla questione dipendente). Ma non si può non mettere in rilievo che l'accoglimento della doglianza sulla questione pregiudiziale non possa non ripercuotersi sulla questione dipendente, palesando l'ingiustizia della decisione complessivamente considerata.

sia quelle in cui è svolta la cognizione incidentale degli arbitri su materia non compromettibile, infatti, entrano in gioco norme tendenzialmente inderogabili.

Inoltre, ciò conferma che la ricorrenza di norme inderogabili non è limite di oggetto nel ricorso all'arbitrato, ma di contenuto del lodo, con la conseguenza che solo l'indisponibilità della situazione controversa è ostativa all'arbitrato, mentre la violazione di dette norme rende soltanto impugnabile il lodo reso in un processo privato legittimamente posto in essere. Si tratta non di un vizio automatico di oggetto, ma di un vizio eventuale di contenuto⁴⁴².

È forse superfluo dire che non si pone nessun onere di tempestiva rilevazione endoprocessuale del vizio, dal momento che il lodo non è nullo per un motivo d'invalidità derivato dal processo, ma originario, come tale inferibile esclusivamente dalla lettura della decisione arbitrale.

Segue: b) la competenza in sede rescissoria.

Già prima della riforma dell'art. 830 c.p.c. non sussistevano in dottrina e in giurisprudenza voci che non ritennero necessario ed opportuno l'intervento della Corte d'appello in fase rescissoria, allorché il lodo fosse stato annullato per violazione di legge. Sempre che, ovviamente, non sussistesse diversa volontà delle parti.

Il d.lgs. 40/2006 ha conformemente previsto, riformando il secondo comma dell'art. 830, che nel caso d'impugnazione ai sensi dei commi terzo, quarto e quinto dell'art. 829, la pronuncia nel merito sia resa dalla Corte d'appello, sempre salva diversa volontà delle parti.

Ciò vale sia nel caso in cui il controllo della Corte sia stato pieno (per volontà della legge o delle parti), sia nel caso in cui sia stato limitato al rispetto delle norme inderogabili di legge, ai sensi del combinato disposto dei commi terzo, quarto e quinto dell'art. 829.

Anche in questo caso è agevole capire la ragione che ha ispirato il legislatore.

Quando le parti impugnano il lodo, si è già svolto un primo grado di giudizio (privato), in questo caso nel rispetto delle norme processuali per esso stabilite dal codice, dalle parti o dagli arbitri.

L'unico difetto è riscontrabile nel lodo, per il fatto che gli arbitri hanno risolto la controversia in maniera errata e violando le regole sostanziali dettate dall'ordinamento.

⁴⁴² Menchini, *op.ult.cit.*, 858, in particolare nota 32.

Una volta annullata la pronuncia per il motivo in questione, pertanto, pare logico ed opportuno che la pronuncia sostitutiva sia direttamente resa dal giudice dell'impugnazione.

Le parti, infatti, non subiscono il pregiudizio della perdita di un grado di giudizio, dal momento che una fase dello stesso si è regolarmente svolta di fronte agli arbitri.

Come poc'anzi accennato, infine, resta alle parti la possibilità di optare per una nuova pronuncia di merito rimessa ad un diverso collegio arbitrale o, comunque, di adire *ex novo* l'autorità giurisdizionale di primo grado che sarebbe stata ordinariamente competente in difetto del vincolo compromissorio.

SEZIONE QUINTA: LE VARIANTI DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E FASE RESCISSORIA DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ.

15. Il regime convenzionale di competenza per il giudizio rescissorio.

Quello illustrato fino a questo momento è stato soltanto il regime di riparto di competenza per l'emanazione della decisione sostitutiva del lodo annullato così come stabilito dal legislatore.

Ai sensi dell'art. 830, infatti, possiamo distinguere due diversi meccanismi di disciplina del rapporto tra la fase rescindente e quella rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità: il primo è quello fin'ora esaminato e risultante *ex lege*, il secondo è quello rimesso alla diversa volontà delle parti.

Dobbiamo, giunti a questo punto, soffermarci su tale ultima modalità di disciplina della fase rescissoria, al fine di coglierne gli aspetti essenziali ed i profili di maggior problematicità.

Innanzitutto, deve rilevarsi come il dato normativo preveda, all'art. 830 secondo comma, che il riparto di competenza (come fin'ora analizzato) valga "*salvo che le parti non abbiano disposto diversamente nella convenzione d'arbitrato o con accordo successivo*" e al successivo terzo comma che "*quando la Corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia*".

Quindi, nei casi in cui è previsto l'intervento dei giudici della Corte d'appello, le parti possono stabilire che si ricorra, al contrario, alla via arbitrale. In tal caso, pertanto, la Corte si

limita all'emanazione della pronuncia rescindente, mentre la fase rescissoria si svolgerà secondo le previsioni contenute nel patto compromissorio.

Si può sostenere, infatti, che sia proprio il combinato disposto dei due commi appena citati a dare sostegno a tale conclusione. Se le parti hanno statuito che, nei casi in cui la legge prevede l'intervento della Corte, la pronuncia rescissoria non le sia rimessa, ai sensi del comma terzo dell'art. 830 si applica la convenzione d'arbitrato e il merito della controversia viene riportato agli arbitri.

Come puntualizzato dallo stesso terzo comma dell'art. 830, però, ciò è possibile nella sola ipotesi in cui la nullità del lodo non dipenda dalla sua inesistenza, invalidità o inefficacia.

Si pone, a questo punto, un primo problema: nel caso d'invalidità (*lato sensu* intesa) della convenzione arbitrale, se le parti hanno inteso derogare alla competenza della Corte d'appello, quale organo sarà competente all'adozione della pronuncia rescissoria?

Le soluzioni astrattamente possibili sono due: o si ritiene che perda efficacia l'opzione derogatoria sulla competenza e la fase di giudizio successiva spetta, *contra voluntatem partium*, alla Corte medesima oppure le parti possono rimettere la causa al giudice che sarebbe stato competente in primo grado se non ci fosse stata la convenzione arbitrale.

Credo, tuttavia, che possa conservare validità la scelta delle parti di escludere la competenza della Corte d'appello, con la conseguenza che il problema si pone soltanto sul piano di operatività della convenzione arbitrale.

Di conseguenza, essendo inibita la competenza della Corte ed esclusa la via arbitrale a causa della sua invalidità, l'unica strada accessibile è quella del ricorso al giudice ordinario di primo grado.

Salvo ammettere la possibilità per le parti di stipulare una nuova valida convenzione che rimetta a giudici privati la pronuncia sostitutiva. In questo caso, però, le parti dovrebbero subire la conseguenza sfavorevole di dar corso ad un giudizio nuovo, con decorrenza di una nuova litispendenza e soluzione di continuità rispetto al pregresso giudizio.

Si pone, a questo punto, un secondo rilevante problema: se nei casi di cui ai nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11 e 12 del primo comma e dei commi terzo, quarto e quinto dell'art. 829 le parti intendono escludere la remissione della pronuncia sostitutiva alla Corte, la competenza deve necessariamente essere rimessa agli arbitri o si può stabilire di rimettere la composizione della lite al giudice dello Stato ordinariamente competente in primo grado?

Rispetto al caso precedentemente analizzato, qui occorre confrontarci con una convenzione arbitrale che preserva la sua validità, la quale potrebbe essere ostativa al ricorso al giudice ordinario.

Già prima della riforma, tuttavia, la prevalente dottrina riteneva che le parti fossero libere di negare la competenza della Corte e, al contempo, risolvere la convenzione d'arbitrato, demandando la cognizione della causa al giudice di primo grado⁴⁴³.

Pertanto, anche alla luce della riforma e al di là della *littera* normativa dell'art. 830 terzo comma, non si vede perché negare alle parti la possibilità di privare di effetti l'originario patto compromissorio.

Se tra le stesse vi è accordo, in sostanza, la causa potrà essere rimessa all'autorità giudiziaria dello Stato e non necessariamente affidata al collegio arbitrale.

Un altro profilo problematico, non risolto dal legislatore, è quello attinente al diverso caso in cui le parti vogliano investire del giudizio rescissorio la Corte nei casi in cui l'art. 830 rimette la pronuncia sostitutiva agli arbitri.

Stando alla lettera dell'art. 830 non sembra ammissibile che le parti deroghino alla competenza arbitrale in favore dei giudici d'appello: la norma, infatti, prevede che sia possibile una diversa volontà dei compromittenti nei casi in cui il giudizio rescissorio è rimesso *ex lege* alla Corte.

Ma questa è la conclusione inferibile da una lettura eccessivamente rigida del dato normativo (ed, invero, non pienamente giustificabile): di conseguenza, le parti possono decidere che la pronuncia sostitutiva sia rimessa alla Corte d'appello anche in quei casi in cui la legge vorrebbe riservarla agli arbitri.

Se le parti sono d'accordo, infatti, il loro consenso comporta che si risolva l'efficacia dell'originario patto compromissorio e libera è la loro scelta di rinunciare ad un grado di giudizio, affidando la pronuncia sostitutiva direttamente al giudice dell'impugnazione per nullità⁴⁴⁴.

Tale scelta per le parti è possibile ove il motivo di annullamento del lodo non sia tale da escludere un siffatto tipo di statuizione. Si pensi al caso in cui la Corte d'appello abbia rilevato il contrasto con precedente lodo non più impugnabile o sentenza passata in giudicato,

⁴⁴³ Si vedano, tra gli altri, Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 29-30 e Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 245.

⁴⁴⁴ Menchini, *op. ult. cit.*, 872-873.

ai sensi del n. 8 del primo comma dell'art. 829: nessun giudice, sia statale, sia privato, è competente, dal momento che il giudizio deve concludersi con la sola fase rescindente. La Corte, rilevato l'impedimento processuale all'adozione della pronuncia ad opera degli arbitri, conclude l'intero *iter* procedurale avviato con la proposizione dell'originaria domanda.

In quest'ipotesi, peraltro, non è escluso che le parti vogliano escludere la competenza che l'art. 830 riserva agli arbitri e preferiscano rivolgersi al giudice di primo grado ordinariamente competente.

Immaginiamo, infine, il caso in cui sia la legge a rimettere alla Corte d'appello la competenza in sede rescissoria e chiediamoci se sia possibile per le parti derogare ad essa mediante il ricorso *de plano* ai giudici ordinari, anziché dare applicazione alla convenzione arbitrale.

La situazione ora illustrata è diversa da quella più sopra prevista, in quanto qui intendiamo chiederci se sia possibile che le parti *a priori* riconoscano la competenza del giudice ordinario e non una volta che abbiano disposto la reviviscenza della convenzione arbitrale, mediante una deroga concorde alla sua operatività. Qui, in altri termini, si tratta di vedere se le parti possono sottrarre la competenza in sede rescissoria alla Corte, rimettendola, in via immediata, al giudice ordinario di primo grado.

Nulla sembra d'ostacolo a riconoscere validità ad un espresso accordo in tal senso delle parti: escluso, con un atto contestuale, l'intervento della Corte e quello degli arbitri, le parti si rivolgeranno al giudice ordinario di primo grado.

Se le parti possono derogare alla competenza della Corte d'appello in favore di quella arbitrale e, poi, decidere concordemente di adire il giudice di primo grado, allo stesso modo esse potranno originariamente sostituire detta autorità a quella della Corte d'appello e degli arbitri.

Prima di concludere, tuttavia, occorre appuntare l'attenzione su un dato formale. La deroga al riparto di competenza fissato dall'art. 830 può avvenire sia con la stipulazione dell'originario patto compromissorio, sia con un atto successivo, purché quest'ultimo sia espressione della concorde volontà delle parti.

Secondo consolidato orientamento dottrinario⁴⁴⁵, tuttavia, tale accordo deve perfezionarsi entro l'udienza di precisazione delle conclusioni dinnanzi alla Corte d'appello.

⁴⁴⁵ Califano, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, cit., 321; Cecchella, *L'arbitrato*, cit., 285; Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 218; Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la*

16. Il giudizio rescissorio nell'arbitrato internazionale.

L'art. 830 c.p.c., nel disciplinare il giudizio rescissorio a seguito dell'annullamento del lodo, contempla, accanto all'arbitrato domestico, anche quello connotato da caratteri di transnazionalità.

Per esso, peraltro, si prevede una soluzione nettamente differenziata rispetto all'arbitrato interno, giacché il ricorso all'autorità giudiziaria statale per l'adozione della pronuncia sostitutiva diventa ipotesi di rara verifica e, comunque, rimessa all'esclusiva volontà delle parti compromittenti. Scelta primaria, infatti, è quella di mantenere il ricorso agli arbitri anche in sede di adozione della pronuncia sostitutiva, poiché una controversia connotata da elementi di transnazionalità implica, comunque, che sia quanto più possibile limitata l'eventualità di ingerenza del giudice di uno Stato nella composizione della lite, benché a seguito dell'annullamento della decisione privata.

La *littera* del secondo comma dell'articolo citato, infatti, prevede che nell'arbitrato internazionale *“la Corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta”*. La disposizione va coordinata con il successivo terzo comma, secondo il quale quando *“la Corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”*.

Se limitiamo l'indagine all'arbitrato internazionale, non possiamo non evidenziare come la disciplina non sia dissimile da quella precedente la riforma del 2006, dal momento che l'abrogato art. 838 c.p.c. dettava una regola che, poi, è stata riportata nella seconda parte del secondo comma dell'art. 830⁴⁴⁶.

In via preliminare, tuttavia, deve mettersi in rilievo che il d.lgs. 40/2006 ha inciso sulla qualificazione dell'arbitrato internazionale.

Prima della riforma, l'art. 832 (ora dedicato all'arbitrato per regolamenti precostituiti) individuava l'arbitrato come internazionale nei casi in cui una delle parti, alla data della

riforma, cit., 29-30; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 245-246 e Ruffini, *Commento all'art. 830*, cit., 3557.

⁴⁴⁶ Per l'esattezza il vecchio art. 838 c.p.c. prevedeva che all'arbitrato internazionale non si applicassero le disposizioni dell'art. 830 secondo comma se le parti non avessero diversamente convenuto e, quindi, il richiamo all'intervento nel merito della Corte d'appello era escluso, salvo diversa previsione pattizia.

stipulazione del patto compromissorio, risiedesse o avesse la sede all'estero (criterio c.d. soggettivo) oppure se una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto controverso dovesse essere eseguita all'estero (criterio c.d. oggettivo).

Attualmente, in modo non del tutto convincente, la transnazionalità dell'arbitrato si coglie esclusivamente nella qualificazione soggettiva delle parti compromittenti, dal momento che l'art. 830, nel richiamare l'arbitrato internazionale, afferisce esclusivamente a quello in cui una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, abbia la residenza o la sede effettiva all'estero.

Nell'operazione generale di tendenziale assimilazione dell'arbitrato internazionale a quello domestico, la riforma ha, in maniera abbastanza inspiegabile, ristretto la qualificazione del primo ai soli profili oggettivi, trascurando il fatto che molto spesso le controversie *lato sensu* internazionalistiche alludono a rapporti la cui esecuzione investe trasversalmente più Stati e più ordinamenti giuridici.

Esaminando, quindi, il merito dell'opzione legislativa, come già accennato all'inizio di questo paragrafo, l'esclusione della competenza della Corte d'appello nel merito della controversia è ispirata all'esigenza di evitare l'intromissione della giurisdizione statale in una questione contraddistinta da elementi di transnazionalità: una volta annullato il lodo, la pronuncia rescissoria spetta esclusivamente agli arbitri. Riprende, infatti, vigore la convenzione arbitrale e si renderà necessario riavviare un giudizio di fronte agli arbitri.

S'intende che l'organo decidente dovrà essere diverso da quello originariamente adito, in considerazione del fatto che la pronuncia deve sostituire quella resa in precedenza, mentre le regole processuali e le modalità della decisione sono rimesse alle previsioni dell'originario patto compromissorio.

Ovviamente (in sintonia a quanto ripetutamente affermato), il ritorno agli arbitri è possibile nella misura in cui sia preservata la loro *potestas iudicandi*.

L'art. 830 terzo comma, infatti, esclude che ciò si verifichi allorché vi sia invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale, ma a queste ipotesi possiamo aggiungere quelle di inesistenza della convenzione medesima e d'incompromettibilità della lite. Vi sono, poi, casi in cui non si pone neppure il problema di rimettere il giudizio agli arbitri, dal momento che non c'è bisogno di una pronuncia sostitutiva: questo è il caso di extrapetizione, in cui gli

arbitri hanno deciso più di quanto fosse stato loro richiesto o sono intervenuti nel merito in un caso in cui non era loro consentito.

Nei casi in cui perde efficacia o viene dichiarata originariamente invalida o inesistente la convenzione arbitrale, un nuovo giudizio arbitrale è subordinato alla conclusione di un valido vincolo compromissorio. Nell'ipotesi in cui le parti non intendano stipulare un nuovo accordo di devoluzione della lite in arbitri non rimane che la strada giurisdizionale: sarà soltanto alla luce delle regole generali di giurisdizione (cc.dd. di diritto internazionale privato processuale) che potrà valutarsi se ad intervenire sia il giudice italiano o quello straniero.

Nulla esclude che le parti, in accordo tra loro, preferiscano rimettere la decisione nel merito alla stessa Corte d'appello intervenuta in sede rescindente.

Anche nel caso di arbitrato internazionale è previsto, accanto a quello legale, un regime convenzionale: le parti possono, nella convenzione arbitrale, in atto successivo o mediante concorde richiesta in sede processuale, disporre che la Corte d'appello operi anche in sede rescissoria.

Lo snodo centrale consiste nel cogliere la portata derogatoria della volontà delle parti: in particolare, si tratta di capire se essa consenta di prevedere il solo intervento della Corte d'appello laddove sia consentito dal sistema legale previsto per l'arbitrato interno o se, viceversa, essa possa intervenire anche nei casi in cui ciò sia *ex lege* escluso.

Il problema si pone, pertanto, in caso d'invalidità del lodo per i nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del primo comma dell'art. 829 c.p.c.: può essere rimesso il giudizio alla Corte d'appello, ancorché per l'arbitrato interno questi siano casi in cui la pronuncia rescissoria compete agli arbitri.

Come per l'arbitrato interno è previsto un regime convenzionale che consente d'investire del giudizio la Corte d'appello anche in queste ipotesi, non si vede per quale motivo non estendere detta facoltà alle parti, altresì, nell'ipotesi di arbitrato internazionale.

Deve ribadirsi, comunque, che ciò sarà possibile nei soli casi in cui potrà avere luogo una pronuncia sostitutiva: se la convenzione arbitrale è invalida o inesistente o se gli arbitri hanno pronunciato *extra compromissum*, il giudizio in sede d'impugnazione per nullità si limiterà alla sola fase rescindente.

Ciò che merita sottolineare è che, nei limiti della possibilità, in tutti i casi previsti dal primo comma dell'art. 829 potrà svolgersi un giudizio della Corte d'appello in sede rescissoria.

Concludendo l'analisi del rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio nel caso d'impugnazione per nullità del lodo reso nel contesto di un arbitrato recante elementi di transnazionalità, si deve brevemente richiamare la tematica inerente i profili di forma dell'accordo di deroga alla competenza in fase rescissoria, che sembra debba essere *ex necesse* rivestito della forma scritta. Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che detto requisito non abbia portata così stringente e non sia, in ogni caso, una condizione di validità per accreditare l'intervento in sede di merito della Corte d'appello⁴⁴⁷.

Si ribadisca, infine, che l'accordo può essere stipulato in ogni tempo, vale a dire sia nel corso del processo arbitrale, sia nel successivo giudizio d'impugnazione per nullità e, più in particolare, fino al momento dell'udienza di precisazione delle conclusioni in quella sede formulate.

⁴⁴⁷ Briguglio, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale* (l. 5 gennaio 1994 n. 25), in *Giust. Civ.*, 1994, 2, 108.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato con prefazione di Natalino Irti*, Torino, 1997.
- AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di CECHELLA, Torino, 2005.
- AEBERLI, *Jurisdictional disputes under the Arbitration Act 1996: a procedural route map*, in *Arb. Int.*, 2005, vol. 21, n. 3.
- AMADEI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1947.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964.
- ANDRIOLI, *L'indivisibilità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 249 e ss.
- ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1956, I.
- BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998.
- BERNSTEIN-TACKABERRY-MARRIOTT-WOOD, *Handbook of arbitration practice*, London, 1998.
- BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005.
- BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.* 1998, 681 e ss.
- BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1997, 534 e ss.
- BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, par. 6, in www.judicium.it.
- BOVE, *La impugnazione del lodo internazionale*, in *Riv. Arb.* 2005, 233 e ss.
- BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2009.
- BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994.
- CAIA, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999.
- CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzione*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, Torino 2000.
- CARNACINI, voce *Arbitrato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1958.
- CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1951.
- CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005.
- CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006.
- CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996.
- COSTA, *Diritto processuale civile*, Torino 1980.

CRISCI, *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. app.*, 2000.

D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Riv. Arb.*, 3/2001, 563 e ss.

DE PAOLIS in DE PAOLIS-MASCELLO-PAOLANTONIO-MARCHESE-MICOCCHI-SCHETTINO, *Il nuovo processo amministrativo*, Padova, 2001.

DE LISE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in CERULLI IRELLI, *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2001.

DE LISE-DELFINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *AGOP*, 2000.

FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, in *Riv. Arb.*, 1992, 274.

FAZZALARI, *In tema di compromesso e litisconsorzio necessario*, in *Riv. Arb.* 1994, 697.

FORNI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 1321 e ss.

GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 259.

GIORGETTI, *La consecutio rescindente-rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2001, 1601 e ss.

GIORGETTI, *Volontà delle parti e giudizio rescissorio nell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996.

GRASSO, *Istituzione del procedimento arbitrale, carenza di potestas iudicandi e fase rescissoria del giudizio d'impugnazione per nullità*, in *Riv. Arb.* 2005, 76 e ss.

HABSCHEID, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania* (traduzione di BRIGUGLIO), in *Riv. arb.*, 2/1998, 175 e ss.

LONGO, *Impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. Arb.* 1994.

LUGO, *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1957.

LUISO, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv Arb.*, 2001.

LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000.

LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2007.

LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. Arb.*, 1995, 1, 13.

LUZZATTO, *L'impugnazione del lodo arbitrale "internazionale"*, in *Riv. Arb.* 1997, 19 e ss.

MACCARRONE, *Sul rito da applicare al giudizio d'impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, fasc. n. 2, 282 e ss.

MAMMONE, *L'arbitrato*, Milano, 2003.

MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 793.

MANDRIOLI, *Termine dilatorio per far valere un diritto in giudizio, condizioni dell'azione, presupposti processuali ed altre categorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 29.

MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1332 e ss.

MENCHINI, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. Arb.* 4/2005.

MERKIN, *Arbitration Act 1996*, London, 2000.

MERKIN, *Arbitration Law*, London, 2001.

MURONI, *La litispendenza nel giudizio arbitrale*, Torino, 2008.

MUSTILL-BOYD, *Commercial Arbitration-2001 companion volume to the second edition*, London, 2001.

NELA, *Articolo 830 c.p.c.: decisione sull'impugnazione per nullità*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, 2, Torino, 2007, 1881 e ss.

PAOLINI, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale fra giudizio rescindente e giudizio rescissorio*, in *Giur. it.*, 2001, 1846 e ss.

PICARDI, *Codice di procedura civile*, Milano, 2008.

POUDRET BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002.

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.

PUNZI, in *Enc. giur. Treccani*, voce *Arbitrato*, Roma, 1995.

REDDENTI - VILLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999.

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999, in part. 345 e ss.

RHIDIAN THOMAS, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards*, London-New York-Hamburg-Hong Kong, 1994.

RUFFINI, *Alcune questioni in tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1991, 538 e ss.

RUFFINI, *Commento all'art. 830*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2000.

SALVANESCHI, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio*, in *Corr. Giur.*, 1995, 326 e ss.

SALVANESCHI, *Sulle conseguenze in sede di impugnazione per nullità della mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 1999, 723 e ss.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1965.

SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988.

SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 1995.

SIGISMONDI, Sub artt. 6-7, in TRAVI, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa (l. 21 luglio 2000 n. 205)*. Commentario, NLCC, 2001.

TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 642 e ss.

TARZIA-LUZZATTO-RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995.

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

VECCHIONE, *Questioni in tema d'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1955, I, 159 e ss.

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Decisione sull'impugnazione per nullità*, in *Arbitrato, Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840*, a cura di Carpi, Bologna, 2007.

ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese*, Torino, 2008.

INDICE

INTRODUZIONE	2
CAPITOLO PRIMO: IL GIUDIZIO RESCISSORIO NEL CONTESTO DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO	
1.Premessa	10
2.La natura dell'impugnazione per nullità nel dibattito dottrinario e nelle pronunce giurisprudenziali	12
3.La tesi della riconducibilità dell'impugnazione per nullità all'appello	14
4. <i>Segue: la sovrapposizione tra appello ed impugnazione per nullità</i>	18
5.La tesi della distinzione tra appello ed impugnazione per nullità	19
6.Una soluzione "mediana": a) <i>Un problema d'impostazione</i>	22
<i>Segue: b) L'inopportunità dell'impiego di formule astratte e non risoltrici</i>	28
<i>Segue: c) Considerazioni in ordine all'impugnazione per nullità come rimedio sui generis</i>	30
<i>Segue: d) Un diverso approccio della questione</i>	32
7.La normativa <i>de residuo</i> applicabile all'impugnazione per nullità	33
CAPITOLO SECONDO: IL RAFFRONTO CON LE ESPERIENZE STRANIERE: VIZI E VIRTÙ DEL MODELLO ITALIANO	
1. Premessa	39
2. I possibili limiti nelle scelte del legislatore italiano	40
3. <i>Segue: la diversità di trattamento del lodo domestico e quello internazionale e la distinzione della competenza nella fase rescissoria sulla base della ragione d'invalidità del lodo</i>	43
4. <i>Segue: il regime d'impugnazione della sentenza della Corte d'appello</i>	49
5.Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nell'arbitrato nel diritto amministrativo	52
6.Il raffronto con il modello tedesco: a) <i>la normativa anteriore alla riforma</i>	61
	210

7. Segue: b) <i>l'intervento di riforma del legislatore e le caratteristiche della Aufhebungsantrag</i>	63
8. Segue: c) <i>il rapporto tra giudizio rescindente e rescissorio</i>	71
9. Il sistema anglosassone: a) <i>la revisione del lodo in generale</i>	76
10. Segue: b) <i>il possibile esito della variation</i>	78
11. Segue: c) <i>la remission del lodo</i>	84
12. Segue: d) <i>il setting aside</i>	88

CAPITOLO TERZO: IL PROCEDIMENTO IN SEDE RESCISSORIA

1. Premessa	96
2. Il problema della litispendenza	97
3. La contiguità tra fase rescindente e rescissoria: l'insussistenza della necessità di formulare la richiesta della pronuncia di merito e la possibilità che la decisione della Corte d'appello sia ad un tempo caducatoria e sostitutiva	105
4. La formazione dell'organo giudicante	111
5. I poteri delle parti e l'ambito di cognizione del giudice in sede rescissoria: il <i>thema decidendum</i>	118
6. Segue: il <i>thema probandum</i>	125
7. Il metro di giudizio in sede rescissoria	132
8. L'estinzione del procedimento d'impugnazione	136

CAPITOLO QUARTO: LA CORRELAZIONE DELLA FASE RESCINDENTE E DI QUELLA RESCISSORIA: SOLUZIONI NORMATIVE E RILIEVI PROBLEMATICI ALLA LUCE DEL RIPARTO DI COMPETENZA

SEZIONE PRIMA: PROFILI GENERALI DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E RESCISSORIA PRIMA E DOPO LA RIFORMA DEL 2006.

1. Il rapporto tra fase rescindente e rescissoria nel sistema antecedente la riforma operata con il d.lgs 40/2006	143
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2. Il giudizio rescissorio alla luce della riforma del 2006	147
<i>SEZIONE SECONDA: I CASI DI STRUTTURALE IMPOSSIBILITÀ DI SOPRAVVIVENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE.</i>	
3. L'invalidità della convenzione arbitrale	152
4. Il vizio di extrapetizione: a) <i>l'ambito operativo del motivo d'impugnazione del lodo</i>	156
Segue: b) <i>i suoi riflessi sulla competenza in fase rescissoria. In particolare, il caso del difetto d'integrazione del contraddittorio non rilevato in sede arbitrale</i>	159
5. Contrasto con precedente lodo non più impugnabile o sentenza passata in giudicato	164
<i>SEZIONE TERZA: PERDURANTE VIGENZA DELLA CONVENZIONE ARBITRALE E GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AGLI ARBITRI.</i>	
6. La irregolare costituzione dell'organo giudicante e l'incapacità degli arbitri	166
7. Indebita chiusura in rito del processo arbitrale	170
<i>SEZIONE QUARTA: IL GIUDIZIO RESCISSORIO AFFIDATO AL GIUDICE CHE HA DISPOSTO L'EFFETTO CADUCATORIO DELLA PRONUNCIA PRIVATA.</i>	
8. Mancanza dei requisiti di cui ai nn. 5), 6) e 7) dell'art. 823 c.p.c.	173
9. La mancata pronuncia del lodo entro il termine di cui all'art. 820 c.p.c.	176
Segue: a) <i>il riflesso della scadenza del termine sul giudizio arbitrale</i>	177
Segue: b) <i>le modalità di rilevazione del vizio di tardività della pronuncia del lodo</i>	181
Segue: c) <i>la competenza in sede rescissoria</i>	182
10. Inosservanza delle forme prescritte dalle parti sotto pena di nullità: a) <i>l'ambito operativo della disposizione</i>	185
Segue: b) <i>la competenza in fase rescissoria</i>	186
11. La violazione del principio del contraddittorio	188
12. La contraddittorietà delle disposizioni	191
13. L'infrapetizione	192
14. La nullità per <i>errores in iudicando</i> e la competenza in sede rescissoria	194
Segue: a) <i>le condizioni di ammissibilità e le caratteristiche del motivo d'impugnazione della violazione di legge</i>	194
Segue: b) <i>la competenza in sede rescissoria</i>	197
<i>SEZIONE QUINTA: LE VARIANTI DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO TRA FASE RESCINDENTE E FASE RESCISSORIA DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ.</i>	

15. Il regime convenzionale di competenza per il giudizio rescissorio	198
16. Il giudizio rescissorio nell'arbitrato internazionale	202
BIBLIOGRAFIA	206