

Sull'impugnazione del lodo libero

SOMMARIO: 1. Ricostruzione dell'istituto. — 2. L'impugnazione del lodo libero prima della riforma del 2006. — 2.1 — La nullità del lodo. — 2.2. L'annullabilità del lodo. — 3. La nuova disciplina positiva. — 4. Brevi conclusioni.

1. — Il tema dell'impugnazione del lodo irrituale non può prescindere da un seppure rapido inquadramento sistematico.

L'arbitrato libero è strumento di risoluzione convenzionale delle liti che si colloca interamente nella sfera negoziale e che nasce dalla prassi sotto il vigore del codice del 1965¹. Trova legittimazione nel nostro ordinamento² in nome dell'autonomia dei privati che vi facevano ricorso nell'aspirazione alla riservatezza e nell'intento di svincolarsi dalla pressione fiscale che gravava sull'omologo rituale.

Prendono, così, vita le prime elaborazioni dottrinali dell'istituto — dal denominato « arbitrato » ma svincolato dalle regole codicistiche — che lo assimilano all'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c.

¹ Per un'indagine storica sull'arbitrato irrituale si v. anche VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1954, p. 76 s.; COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, *passim*, spec. p. 61 ss. e p. 91 ss.

² È la cassazione torinese (Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss.) che per prima legittima l'arbitrato irrituale, quale forma di risoluzione convenzionale delle liti. Per parte della dottrina sono BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss.; CALAMANDREI, *Le giurisdizioni di equità*, in *Arch. Giur.*, 1921, p. 252 ss. e MORTARA *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1910, p. 37 ss. e p. 176 ss. tra i primi a riconoscere che la volontà espressa da un terzo possa essere accettata dalle parti a soluzione di contrasti tra le stesse esistenti: la disciplina codicistica dell'arbitrato non può essere fonte di restrizione della libertà negoziale delle parti.

Si valorizzano le differenze con il rituale dapprima basate sulla natura del contrasto da decidere³, poi sul mezzo di composizione della lite⁴, fino ad arrivare alle teorie che ricostruiscono il fenomeno alla luce del negozio di accertamento⁵ o dell'arbitraggio della transazione. Proprio quest'ultima è l'impostazione a lungo dominante in dottrina⁶ e giurisprudenza⁷, che dalla negozialità dell'istituto fanno discendere la radicale inapplicabilità all'arbitrato irrituale delle regole processuali⁸.

Si valorizza, poi, la figura del negozio *per relationem*⁹ e la distinzione rispetto all'arbitrato rituale, quale procedimento che mira ad una decisione giurisdizionale della lite. L'arbitrato libero è « sequenza procedimentale orientata verso una soluzione negoziale della lite »¹⁰.

³ CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, Riv. dir. proc., 1924, I, p. 121 ss. nel distinguere tra *arbiter* e *arbitrator*, ritiene che nell'arbitrato irrituale non si tenda alla protezione del diritto obiettivo, ma alla composizione del conflitto di interessi mediante la creazione di un nuovo rapporto.

⁴ SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in Riv. dir. comm., 1922, I, p. 496 ss., per ovviare alla violazione della riserva di giurisdizione, ipotizza un parallelismo tra arbitramento irrituale ed equità.

⁵ ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in Riv. dir. proc., 1929, p. 308 ss. valorizza l'idea per cui che se i privati possono regolare i propri rapporti allo stesso modo devono poterli accertare (e dare mandato a terzi affinché lo facciano in loro vece): la dichiarazione di volontà del terzo assume valore come se fosse stata direttamente effettuata dalle parti.

⁶ Il terzo è un *arbitrator*, che dirime la controversia attraverso una transazione, mediante *l'aliquid datum aliquid retentum*, sulla base del giudizio che darà della controversia. FURNO, *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in Riv. dir. proc., 1951, p. 157 ss., spec. p. 165. Su arbitramento irrituale e transazione v. anche CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1944, II, p. 179 ss.; LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti compromessi irrituali*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 1065 ss.; ID, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 570 ss.; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*², Milano, 1967, p. 22 ss.; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*⁵, Padova, 2006, *passim*.

⁷ Cfr. *ex multis* Cass., 26 novembre 1946, n. 1332, in *Rep. Giur. it.*, 1944-47, c. 213; più di recente Cass., 17 novembre 1984, n. 5837, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 329; Cass., 24 luglio 1997, n. 6928, in *Giur. it.*, 1998, p. 1349; Cass., 17 gennaio 2001, n. 592, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 331 ss.; Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, *ivi*, 2002, I, p. 2909 ss.

⁸ La previsione di un *modus procedendi* in senso tecnico è ritenuta incompatibile con la natura della transazione e si nega la possibilità di esperire una vera e propria istruttoria, nel rispetto del contraddittorio. In tal senso cfr. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 313 ss.; ID, *Dell'arbitrato*, cit., p. 269 ss.; VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 846 ss., spec. p. 860 ss.

⁹ Applicato alla transazione o al negozio di accertamento.

¹⁰ MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, *passim*, spec. p. 104 ss. L'a. ritiene che si tratti di un mandato congiunto ad uno o più terzi affinché completino in loro vece un negozio di autocomposizione della lite. L'arbitrato irrituale è un contratto — atipico — *per relationem*, in cui la decisione degli arbitri funge da referente, ed il lodo è una dichiarazione di scienza e non di volontà. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo l'ultima riforma*, in *Nuove leggi civ.*

In seguito alle riforme del 1983 e 1994, che eliminano gli “inconvenienti” della disciplina codicistica, parte della dottrina sostiene che sia venuta meno la ragione della distinzione tra arbitrato rituale e libero e che quest’ultimo non abbia più ragione di esistere¹¹: si propugna una *reductio ad unum*¹² dell’istituto arbitrale, quale mezzo di eterocomposizione¹³ della lite. Viene valorizzata l’identità di struttura e funzione¹⁴ tra le due forme di arbitrato, volte entrambe alla risoluzione della controversia tramite un giudizio, all’esito di un procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio. Viene superata l’idea che la categoria della processualità sia esclusiva della giurisdizione dello Stato; l’arbitrato irrituale esce dagli schemi negoziali puri e tende alla processualizzazione.

Secondo la ricostruzione, che possiamo definire processualista, l’arbitro libero non dispone del diritto, non completa *per relationem* uno schema contrattuale, ma — come quello rituale — giudica e decide la

comm., in *www.judicum.it*, n. 4, pur riconducendo il fenomeno all’art. 1349 c.c., ritiene che la determinazione degli arbitri sia soluzione eteronoma e non autonoma della lite: valorizza l’idea del lodo libero come negozio giuridico piuttosto che come mera « determinazione contrattuale ».

¹¹ Per tutti si v. PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, 2000, p. 77 ss.

¹² FAZZALARI, *I processi arbitrali nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss.; CECHELLA, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 881 ss.; ID, *L’arbitrato*, Torino, 2005, *passim*; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., loc. cit.; BIN, *op. loc. cit.*; LA CHINA, *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*², Milano, 2004, p. 7 ss.; RECCHIA, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. it., appendice*, I, Torino, 1980, p. 366; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 ss.; MONTELEONE, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l’arbitrato irrituale?*, in questa rivista, 2001, p. 43 ss.; ID, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 818 ss.

¹³ *Contra* MARINELLI, *op. cit.*, p. 103 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 161 ss., i quali ritengono che l’arbitrato irrituale sia mezzo di autocomposizione della lite, privo di alcun fattore di eteronomia decisoria: il *dictum* è ricollegato interamente alla volontà delle parti.

¹⁴ CARPI, *Il procedimento nell’arbitrato irrituale*, in questa rivista, 1991, p. 394 ss.; FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 256 ss., nota a Cass. 1 febbraio 1999, n. 833, spec. p. 257; ID, *I processi*, cit., p. 459 ss.; PUNZI, *op. ult. cit.*, p. 63 ss.; CECHELLA, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 881 ss., spec. p. 889 ss.; ID, *L’arbitrato*, cit., p. 6 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*⁴, Milano, 2009, p. 311 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806 -840*, a cura di Carpi, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 514 ss.; MONTELEONE, *op. loc. ult. cit.*; TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 743 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 750 ss.

controversia¹⁵: ciascuna parte aspira alla soluzione più giusta, non intende concedere niente né transigere.

2. — Abbiamo visto, però, come la dottrina e soprattutto la giurisprudenza fossero tradizionalmente orientate a ricostruire l'arbitrato irrituale sul piano meramente negoziale; in tale ambito veniva, quindi, ricondotta anche l'impugnazione della determinazione dell'arbitro.

Le possibilità di controllo¹⁶ del lodo libero erano limitate alle sole impugnative negoziali ed assimilate alla inefficacia, nullità e annullabilità dei contratti. Non solo, ma la diffusa ricostruzione dell'istituto alla luce del negozio transattivo, ammetteva l'applicabilità dei motivi di nullità o annullamento previsti specificamente per quel tipo contrattuale; mentre l'impostazione che riteneva compromesso e lodo elementi di uno stesso contratto indissolubilmente legati, riteneva che i vizi dell'uno si trasmettessero necessariamente anche all'altro, con caducazione dell'intero negozio¹⁷.

Anche la dottrina maggioritaria¹⁸ ha sempre considerato gli artt. 827 ss. c.p.c. specificamente dettati per l'arbitrato rituale e, pertanto, non applicabili a quello libero¹⁹. La ritualità è presupposto necessario ai fini

¹⁵ RICCI G. F., *Svolgimento del procedimento*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 328; DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 401 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 145 ss.; ID, *Arbitrato libero*, cit., p. 889 ss.; BIN, *op. loc. cit.*; LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 64 ss.; ID, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 211 ss.; GALGANO F., *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, I, p. 409 ss.; FAZZALARI, voce *Arbitrato (Teoria generale diritto processuale civile)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 405, sottolinea che, anche ove si voglia accogliere la visione contrattualistica dell'arbitrato libero, va tenuto distinto il risultato del giudizio dell'arbitro dal suo *iter formativo*.

¹⁶ Sulla irrinunciabilità dell'impugnazione del lodo irrituale in via preventiva, per nullità del patto per inesistenza o indeterminazione dell'oggetto v. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, *sub. art. 827*, p. 565 ed ivi richiami in nota 210.

¹⁷ Cfr. VASETTI, *op. loc. cit.*

¹⁸ Anche nella ricostruzione della dottrina che propugna la *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale il regime impugnatorio dell'arbitrato libero, equiparabile a quello codicistico in ragione di struttura e funzione, mantiene una propria autonomia. Bisogna, però, rilevare la posizione di MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 441 ss. e TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 451 ss., che propugnano un modello generale di impugnazione da applicarsi ad entrambi i tipi di arbitrato, salvo espressa volontà derogatoria delle parti in caso di arbitrato libero.

¹⁹ Il lodo irrituale non è impugnabile per nullità (tra le ultime cfr. Cass., 15 maggio 2007, n. 10705, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 842), neppure nel caso in cui irrituale sia stato erroneamente depositato (tra le tante cfr. Cass., 26 marzo 2004, n. 6113, in *Riv. it.*

dell'applicazione della disciplina codicistica in tema di impugnazioni del lodo; presupposto che deve essere accertato anche d'ufficio sulla base dell'interpretazione dell'accordo compromissorio²⁰. La corte d'appello, quindi, ove indebitamente investita dell'impugnazione di un lodo irrituale, deve limitarsi a dichiarare l'inammissibilità della stessa²¹.

Prima dell'ultima riforma, pertanto, i lodi irrituali erano impugnabili, in via di azione o di eccezione²² esclusivamente attraverso le azioni di nullità o annullamento contrattuali, senza termini di decadenza, ma secondo le ordinarie regole di prescrizione²³, e ciò, di fronte al giudice di primo grado competente secondo le regole previste dal primo libro del codice di rito²⁴, nel rispetto del doppio grado di giurisdizione.

dir. lav., 2004, II, p. 891 con nota di CECCARELLI). La non ritualità è rilevabile d'ufficio, anche per la prima volta in cassazione, non avendo riguardo alla qualifica attribuita dagli arbitri (App. Roma, 2 aprile 1991, in *Riv. arb.*, 1993, p. 455 ss.). La Corte ove si impugni una sentenza mettendo in discussione la natura dell'arbitrato, deve valutare direttamente il patto compromissorio e non limitarsi al controllo della decisione del giudice di merito (Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1405). Il lodo irrituale non potrà neppure essere sottoposto a ricorso straordinario per cassazione, in ragione della sua natura meramente contrattuale e non di atto decisorio equiparabile a tutti gli effetti alla sentenza. Cfr. Cass., 10 giugno 1998, n. 5739.

²⁰ Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191; Cass., 17 gennaio 2001, n. 562; Cass., 4 luglio 2000, n. 8937; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1989; Cass., 1 febbraio 1999, n. 833; Cass., 25 gennaio 1995, n. 874; Cass., 11 novembre 1993, n. 11372.

²¹ *Ex multis* Cass., 2 luglio 2007, n. 14972, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 143, con nota di BARTOLINI. In giurisprudenza si ribadisce tale orientamento contrariamente a quanto proposto da una parte della dottrina (BRIGUGLIO, *Erronea omologazione del lodo e impugnazione per nullità: una inversione di tendenza giurisprudenziale*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 558 ss.; LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 450) che apriva le porte all'ammissibilità dell'impugnazione per nullità di un lodo irrituale erroneamente omologato.

²² Ai sensi dell'art. 1442, comma 4°, c.p.c., secondo cui l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere.

²³ Si ricordi che l'azione di nullità è, ai sensi dell'art. 1422 c.c. imprescrittibile, mentre l'azione di annullamento si prescrive, *ex art.* 1442 c.c., in cinque anni.

²⁴ Cfr. Cass., 17 agosto 2004, n. 16049; Cass., 18 maggio 2004, n. 9392; Cass., 26 marzo 2004, n. 6113; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3614; Cass., 10 luglio 2002, n. 10035. Riguardo alla competenza per territorio si v. BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., n. 4, che partendo dall'autonomia giuridica del lodo, nonostante la ricostruzioni in termini negozialisti del fenomeno, la individua nel giudice del luogo in cui è pronunciato il lodo.

2.1 — Per quanto riguarda nello specifico i motivi mediante i quali si può far valere l'invalidità del lodo irrituale bisogna individuare dapprima quelli in grado di fondare un'azione di nullità²⁵.

Primo tra tutti porrei l'intransigibilità della controversia, dato che il mancato richiamo all'art. 806 c.p.c. non può valere quale superamento del limite della disponibilità del diritto²⁶. La giurisprudenza, poi, ha focalizzato da sempre la sua attenzione sulla violazione delle norme sul mandato, riconducendo in questo ambito il rapporto parti-arbitri e la violazione delle prescrizioni che le parti abbiano posto come condizione di validità del lodo nell'esercizio della propria autonomia privata. Allo stesso modo sono stati censurati gli *extra petita*²⁷ o gli *omessa petita*, anche se parziali e la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, o il mancato rispetto del criterio di giudizio²⁸ — diritto o equità — indicato dalle parti nel patto compromissorio.

Così è causa di nullità del negozio arbitrale anche la pronuncia emessa oltre il termine²⁹ stabilito dalle parti, o in mancanza dal giudice *ex art. 1183 c.c.*³⁰, in quanto la violazione delle regole sul mandato priva gli arbitri dei poteri per espletamento dell'incarico³¹, tanto che la successiva comunque emessa non è idonea a vincolare le parti.

²⁵ E anche, riteniamo, di nullità parziale in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*: vi sarà l'intera caducazione del negozio solo se si evince che i contraenti non si sarebbero rivolti all'arbitro senza la parte del negozio affetta da invalidità. Cfr. BIAMONTI, *op. cit.*, p. 946.

²⁶ Si noti come la riforma ha a ragione eliminato il riferimento alla transigibilità della controversia.

²⁷ REDENTI, *op. cit.*, p. 491; VASETTI, *op. cit.*, p. 873; BARBARESCHI, *op. cit.*, p. 265 ss. Cfr. anche Cass., 21 maggio 1996, n. 4688, in *Corr giur.*, 1996, p. 1391 ss., con nota di CECHELLA, ed in *Riv. arb.*, 1997, p. 61 ss., con nota di LAUDISA.

²⁸ Parte della giurisprudenza ritiene che dia vita non tanto all'annullabilità del lodo, quanto ad una responsabilità degli arbitri nei confronti delle parti. Cfr. in tal senso Cass., 13 marzo 1998, n. 2741, in *Giur. it.*, 1999, p. 1610 ss., con nota di NELA, *Verso il riconoscimento giurisprudenziale di un nuovo motivo impugnazione del lodo irrituale?*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1611 ss.

²⁹ La giurisprudenza prevalente ritiene il termine presupposto indefettibile sia dell'arbitrato rituale che di quello irrituale, essendo differenti solo gli strumenti offerti dalla legge per ovviare all'inerzia delle parti: da un lato l'art. 820 c.p.c. e dall'altro l'art. 1183 c.c. (Cass., 21 gennaio 1999, n. 525, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce « Arbitrato », n. 197).

³⁰ In giurisprudenza si ribadisce che la determinazione messa oltre il termine stabilito non vincola le parti (Trib. Roma, 24 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1063; App. Roma, 5 ottobre 1992, in *Riv. arb.*, 1993, p. 231, con nota di MARENCO)

³¹ Cass., 12 settembre 1984, n. 4794, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce « Arbitrato », n. 128.

Oltre ai vizi del mandato sono causa di nullità del lodo la violazione delle norme imperative³², ma particolare rilevanza assume il mancato rispetto del principio del contraddittorio³³.

L'impostazione tipicamente negozialista³⁴ della giurisprudenza³⁵ ne ha dato una ricostruzione limitativa, ritenendolo indispensabile solo se le parti lo avevano espressamente previsto³⁶. È ritenuto mero strumento conoscitivo, finalizzato al corretto adempimento dell'incarico ricevuto. Lesione del contraddittorio che è stata spesso ricondotta nell'ambito delle norme sul mandato, oppure è stata ritenuta causa di annullabilità deducibile ai sensi dell'art. 1429 c.c., come errore che abbia originato una falsa rappresentazione della realtà³⁷ e causato una errata formazione della volontà³⁸ arbitrale; tanto che la parte in questo caso avrebbe l'onere

³² Cass., 16 maggio 1960, n. 1179, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 2139 ss.; Cass., 15 giugno 1960, n. 1582, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, p. 997 ss.; Cass., 31 gennaio 1962, n. 185, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 209 ss.; Cass., 5 dicembre 1966, n. 2847, in *Foro it.*, 1967, I, c. 762 ss.; Cass., 7 ottobre 1967, n. 2295, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1959; Cass., 7 ottobre 1967, n. 2302, in *Foro it.*, 1968, I, p. 471; Cass., 13 marzo 1998, n. 2741, in *Giur. it.*, 1999, n. 1610, con nota di NELA; Cass., 29 maggio 2000, n. 7045; Cass., 16 maggio 2003, n. 7654; Cass., 18 maggio 2004, n. 9392; Cass., 17 agosto 2004, n. 16049; Cass., 15 settembre 2004, n. 18577.

³³ V. anche ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., sub art. 827, p. 567.

³⁴ Cfr. la dottrina (v. *retro* n. 2) che ricostruisce l'arbitrato irrituale alla luce del negozio transattivo, tra gli altri, MARINELLI, *op. cit.*, p. 220; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in , 1991, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, 1995, p. 893 ss.; ID, *Spiegazioni*, cit., p. 140; LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1201 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 275 ss.; ID, *Arbitrato improprio*, cit., p. 313 ss.; VECCHIONE, *op. loc. cit.* In giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass., 15 marzo 1997, n. 3032, cit.; Cass., 5 marzo 1992, n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, p. 48 ss.; Cass., 27 aprile 1979, n. 2451, cit.

³⁵ Cass., 15 marzo 1995, n. 3032, cit., ritiene sufficiente che « l'attività assertiva e deduttiva delle parti si sia potuta esplicitare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronunzia»: il contraddittorio non si articola nel rigore formale previsto dall'art. 816 c.p.c. *Contra* RICCI E. F., *Sul contraddittorio*, cit., p. 17; CANALE, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 110 ss.

In seguito al d. lgs. n. 40 del 2006 sono stati eliminati dalla disciplina codicistica i termini «documenti, memorie e repliche» ed il nuovo art. 816-bis c.p.c. parla più genericamente di «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa», delineando un contraddittorio meno scandito da ritmi predeterminati e più agevolmente applicabile anche all'arbitrato irrituale.

³⁶ Ha ritenuto sufficiente che la determinazione arbitrale sia frutto di risultanze acquisite con il concorso di tutti i soggetti e di una «valutazione comparata di tutti i comportamenti delle parti».

³⁷ Il cui onere probatorio graverà sulla parte impugnante. Cfr. in tal senso Cass., 9 agosto 2004, n. 15353, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2557 ss.

³⁸ Cfr. *ex multis* Cass., 18 agosto 2001, n. 11678; Cass., 9 agosto 2004, n. 15353.

di dimostrare in concreto l'errore nell'apprezzamento dei fatti cui la violazione del contraddittorio avrebbe dato vita.

Nell'arbitrato irrituale il principio costituzionalmente garantito verrebbe secondo tale impostazione a delinarsi in modo differente rispetto al processo giurisdizionale: si ricava una nozione sostanziale del principio, in contrapposizione con quella processuale delineata dall'art. 111 cost.

Interpretazione restrittiva che viene a volte giustificata in nome del ruolo attribuito ai poteri equitativi³⁹. Riteniamo, invece, che la scelta del criterio di giudizio — equità o diritto — non possa condizionare la struttura del procedimento, né consentire alcuna dispensa dall'osservanza delle garanzie fondamentali del processo: non si può fornire una nozione ridotta del contraddittorio.

Avversando l'idea dell'arbitrato irrituale quale processo privato, dottrina e giurisprudenza che ricostruiscono il *dictum* quale dichiarazione negoziale sostitutiva della volontà delle parti⁴⁰ sostengono, inoltre, la non necessità della motivazione nell'arbitrato irrituale, con conseguente inimpugnabilità del lodo per sua carenza. La natura di giudizio dell'arbitrato libero impone, invece, la imprescindibilità della stessa⁴¹, nella quale i giudici devono dare conto del percorso logico seguito. Nessuna decisione — nel senso tecnico del termine — vi si può sottrarre, ed il lodo, anche se libero, è decisione ed accertamento della situazione sostanziale controversa, a meno che le parti non abbiano inteso addivenire ad una composizione meramente transattiva del contrasto.

³⁹ Ciò ove la Corte sostiene che i poteri equitativi e conciliativi concessi agli arbitri rendono assolutamente arduo rilevare una violazione del contraddittorio e legittimano una particolare valorizzazione di determinati comportamenti delle parti (ritualmente acquisiti in contraddittorio).

⁴⁰ V. *retro* n. 3. Spesso si fa salva l'espressa volontà contraria del parti. Cfr. Cass., 18 aprile 1975, n. 1459, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1099 ss.; Cass., 21 febbraio 1980, n. 1238, in *Foro it.*, 1980, I, c. 974 ss.; Cass., 12 marzo 1983, n. 1852 in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 650; Cass., 20 aprile 1985, n. 2611, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, p. 810; Cass., 15 marzo 1995, n. 3032, in *Riv. arb.*, 1997, p. 71 ss., con nota di AULETTA, *Sull'equo processo per arbitrato libero e il suo nocciolo duro*, p. 73 ss.; Cass., 10 giugno 1998, n. 5748, in *Mass. Foro it.*, 1998, c. 644. MARINELLI, *op. cit.*, p. 222, pur partendo da un'impostazione negoziale dell'istituto prevede la possibilità di impugnare *ex art.* 1349 c.c. il lodo che sia privo di motivazione ed impedisca alle parti di valutarne la correttezza.

⁴¹ CARPI, in *Arbitrato*, cit., p. 482 ss., ritiene che il lodo debba avere i requisiti necessari per il raggiungimento dello scopo: forma scritta, deliberazione ad opera di tutti gli arbitri secondo il principio maggioritario e motivazione, seppure succinta.

2.2. — Per quanto riguarda le cause di annullabilità dei contratti si ha riguardo innanzitutto all'incapacità dei compromittenti e degli arbitri⁴², mentre la dottrina che inquadra il fenomeno nell'arbitraggio applicato alla transazione fa riferimento alla capacità più intensa di cui all'art. 1966⁴³ c.c.

Chi ritiene la determinazione del terzo atto non eteronomo prende, poi, in considerazione esclusivamente i vizi del consenso nelle parti⁴⁴, mentre riguardo agli arbitri, che non emettono una dichiarazione di volontà, ritengono si possa parlare solo di cause che alterano il processo intellettuale attraverso cui si giunge alla determinazione finale⁴⁵.

Più complesso è il discorso sull'errore, in quanto la giurisprudenza ha sempre ritenuto rilevante il solo errore essenziale che cada sulla percezione materiale da parte dell'arbitro degli elementi di fatto, sì da ingenerare una conoscenza inesatta o incompleta della situazione: è esclusa la rilevanza di errori che incidano sui criteri logici, di apprezzamento e valutazione ad opera dell'arbitro⁴⁶.

In particolare in ragione della ricostruzione negoziale e del valore che spesso viene ad assumere l'equità nell'idea della giurisprudenza, è del tutto esclusa la sindacabilità del lodo irrituale per errore di giudizio⁴⁷, sia relativo alla valutazione delle prove che dell'opportunità dei provvedimenti. L'impugnativa per *errores in iudicando* è ritenuta, infatti, incompatibile con la causa della transazione, essendo il controllo di

⁴² In relazione al terzo, invece, il lodo sarebbe impugnabile solo se emesso da soggetto privo di capacità naturale, in quanto non sarebbe richiesta quella legale.

⁴³ Rispetto a quanto previsto dall'art. 1425 c.c.

⁴⁴ Per quanto concerne il dolo si ritiene sia rilevante sia quello della parte che quello dell'arbitro, che si riduce alla malafede di cui all'art. 1349 c.c.

⁴⁵ VASETTI, *op. cit.*, p. 872, li riconduce ad errore, violenza e dolo.

⁴⁶ Cfr. VASETTI, *op. loc. ultt. citt.*; FURNO, *Sul regime d'impugnazione degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, II, p. 40 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema*, cit., p. 115 ss.; REDENTI, *op. cit.*, p. 492; ANDRIOLI, *Efficacia del chirografo d'avaria*, cit., p. 290; BARBARESCHI, *op. cit.*, p. 266. Cass., 4 giugno 1937, n. 1788, in *foro it.*, 1937, I, p. 1079; Cass., 13 agosto 1941, n. 2817, cit.; Cass., 17 giugno 1942, n. 1695, in *mass. Giur. it.*, 1942, p. 549; Cass., 25 marzo 1946, n. 308, cit.; Cass., 2 agosto 1950, n. 2311, cit.; Cass., 23 novembre 1957, n. 4474.

⁴⁷ Un'apertura al riguardo sembra rinvenirsi nell'orientamento che ne ammette una limitata sindacabilità nei casi in cui l'errore degli arbitri sia — essenziale e riconoscibile — sull'esistenza ed inesistenza di una norma di diritto, non ovviamente per la sua interpretazione. Cfr. Cass., 14 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, c. 783 ss., con nota di NELA. In dottrina si v. LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 64 ss., nota a Cass., 21 maggio 1996, n. 4688.; ID, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 211 ss.; ID, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim.*, 1990, p. 413 ss.

legittimità contrastante con l'essenza del negozio dispositivo. Ma la dottrina più attenta ne sostiene la sindacabilità talora attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1349 c.c., dettato in tema di arbitrato.

Dall'inquadramento del fenomeno nell'ambito dell'arbitraggio⁴⁸, applicato ora alla transazione ora al negozio di accertamento, discenderebbe, poi, l'impugnabilità del lodo per manifesta iniquità ai sensi dell'art. 1349 c.c.⁴⁹, rilevante solo se conseguenza di dolo dell'arbitro. Ma da altri si nega tale possibilità, in quanto permettendo un riesame della controversia ad opera del giudice⁵⁰, si svuoterebbe l'arbitrato irrituale di rilevanza pratica. In altri casi si valorizza l'idea dell'*arbitrium* illimitato ed incontrollabile⁵¹ del terzo scelto su base fiduciaria ed al cui operato le parti accettano preventivamente di adeguarsi; ne conseguirebbe una inimpugnabilità del lodo per iniquità ed in generale per sindacato del lodo nel merito⁵².

3. — È a tutti noto che con il d. lgs. n. 40 del 2006 è stato inserito nell'impianto codicistico l'art. 808-ter, di disciplina dell'arbitrato irrituale.

Dalla sopravvenuta tipicità e codicizzazione parte della dottrina trae una limitazione delle impugnative a quelle previste dalla nuova norma⁵³: si legge nella norma un elenco tassativo, in parte allargabile solo attraverso le maglie del n. 4 del comma 2°, dato che le parti

⁴⁸ SCIALOJA, *op. cit.*, p. 524; SCADUTO, *op. cit.*, p. 65 ss.; LIPARI, *op. cit.*, p. 63; ASCARELLI, *Arbitrati liberi*, cit., p. 5; PARENZO, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁹ Cfr. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato e le procedure arbitrali*, Milano, 1965, p. 95 ss.; ID, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim.*, 1965, p. 1201 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici*, cit., p. 443 ss.

⁵⁰ Cfr. Cass., 25 marzo 1946, n. 308, in *Foro it.*, 1947, p. 211 ss.; Cass., 7 agosto 1935, in *Foro it.*, 1936, I, p. 204 ss.

⁵¹ Cfr. VASETTI, *op. cit.*, p. 873.

⁵² Cass., 17 giugno 1942, n. 1695; Cass., 23 giugno 1943, n. 1581; Cass., 25 marzo 1946, n. 308; Cass., 24 luglio 1945, n. 611, in *Giur. It.*, 1946, I, 1, p. 122, Cass., 7 luglio 1947, n. 1081, in *Rep. Giur. it.*, 1947, 168, 43.

⁵³ A favore della tassatività: CONSOLO, *Deleghe processuali*, cit., p. 1189 ss.; TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 303 ss.

A sé vediamo la posizione di MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo*, cit., p. 878, che però racchiude la tassatività alla sola annullabilità del lodo. Rimarrebbero, quindi, salvi ed esclusi dalla disciplina positiva i motivi di nullità del lodo e di violazione dei limiti del mandato. A noi sembra, in realtà, che l'a. cada in contraddizione, in quanto la norma che prevede i motivi di impugnazione è tassativa o non lo è, non può esserlo a metà.

potrebbero prevedere ulteriori ipotesi di controllo del *dictum* del terzo quali condizioni di validità del lodo⁵⁴.

Ma l'impostazione restrittiva sembra trascurare l'insanabilità di alcune violazioni⁵⁵. In particolare si pensi alla contrarietà all'ordine pubblico o alla nullità radicale del patto compromissorio, non contemplati dalla norma in questione, ma che non potranno essere posti nel nulla. Riteniamo, quindi, siano da considerarsi ancora vigenti le ipotesi di invalidità desumibili dal sistema⁵⁶, su cui dottrina e giurisprudenza si erano ormai consolidate⁵⁷.

In linea con chi sosteneva che l'impugnativa del lodo irrituale già prima della riforma unisse le forme negoziali con i motivi processuali⁵⁸, è

⁵⁴ In tal senso potranno prevedere l'obbligo di motivazione come la perentorietà del termine eventualmente stabilito per la pronuncia del lodo, piuttosto che norme concernenti l'attività istruttoria, o addirittura l'applicazione della disciplina codicistica dell'arbitrato rituale, in quanto compatibile; non da ultimo anche la corretta applicazione delle regole di diritto, sottoponendo il lodo ad impugnazione per errore di diritto.

⁵⁵ Per la non tassatività si veda BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 99; CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *www.judicium.it*, p. 17; CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *www.judicium.it*; ID, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, cit., p. 517; RAMPAZZI, in AA. VV., *Comm. breve c.p.c.*, a cura di Carpi e Taruffo, Milano, 2006, *sub art. 808-ter*, p. 2174; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 665 ss., spec. p. 674; PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in questa rivista, 2007, p. 395 ss., spec., p. 407, il quale ritiene che i motivi previsti dall'art. 808-ter vadano a sommarsi a quelli previsti per l'annullabilità dei contratti per incapacità delle parti e vizi del consenso, ai sensi degli artt. 1425 ss. c.c. e lo stesso dicasi per quanto previsto in relazione alla violazione dei limiti del mandato, di cui all'art. 1711 c.c. si veda l'ipotesi di falsa rappresentazione della realtà tradizionalmente ricondotta sotto la disciplina dell'art. 1429 c.c.

⁵⁶ In tal senso anche PUNZI, *op. ult. cit.*, p. 408; MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, cit., p. 878; BERTOLDI, in AA. VV., *C.p.c. commentato*³, cit., loc. cit.

⁵⁷ Per quanto attiene più specificamente ai motivi di impugnazione, la giurisprudenza era solita escludere l'errore di giudizio — sia errore di diritto che errore nella valutazione dei fatti e delle prove — ma ammetteva la doglianza nel caso di errore riconducibile alla falsa rappresentazione della realtà, ai sensi degli artt. 1428 e 1429; falsa rappresentazione dovuta a omessa considerazione di elementi prospettati dalle parti che abbia inficiato il giudizio arbitrale. Motivo ormai non contemplato dalla norma in questione e quindi precluso.

⁵⁸ Cfr. RICCI E. F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 ss., che parla di unità di oggetto ma diversità di forme dei due tipi di impugnazioni.; CECCHIELLA, *Arbitrato libero e processo*, cit., p. 901; FAZZALARI, *op. loc. citt.*; PUNZI, *op. cit.*, p. 106; MONTELEONE, *op. loc. citt.* Si è anche propugnata l'applicazione analogica degli artt. 827 ss. c.p.c.

Per una visione più completa in tema di impugnazioni del lodo irrituale si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le impugnazioni del lodo irrituale*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit. p. 564 ss.; CECCHIELLA, *L'arbitrato*, cit. p. 227 ss.

agevole, fin da una prima lettura della norma, rilevare come si tratti di motivi⁵⁹ modellati su quelli dell'impugnazione per nullità del lodo rituale; ciò anche se il legislatore ha recepito gli orientamenti consolidati in materia ed ha delineato una azione di annullamento di fronte al giudice competente secondo le disposizioni del libro I del c.p.c.

Il fatto che l'azione sia esperibile entro il termine di prescrizione, se da un lato garantisce maggiormente le parti, dall'altro dilata eccessivamente i tempi di stabilizzazione del nuovo assetto di interessi come determinato dal lodo; aspetto che potrebbe scoraggiare le parti a fare ricorso all'arbitrato irrituale, se consideriamo che spesso le stesse, nel derogare alla giustizia ordinaria, sono animate proprio dalla ricerca di una soluzione rapida, effettiva e definitiva dei propri interessi.

In questo senso la disciplina prevista per il lodo rituale dagli artt. 827 ss. c.p.c. conferisce alla decisione un profilo di maggiore certezza giuridica, dal momento che le parti avranno novanta giorni dalla notificazione del lodo per poter proporre l'impugnazione per nullità, dopo di che il lodo acquisterà l'efficacia definitiva riconosciutagli dalla legge.

Venendo alla disciplina dei motivi previsti per l'annullamento del lodo, innanzitutto rileva l'invalidità della convenzione arbitrale, purché la stessa sia eccepita nel corso del procedimento; disposizione che sembra ricalcare il disposto dell'art. 829, comma 1°, n. 1 c.p.c.

Possono essere qui essere ricompresi i vizi intrinseci e formali del patto compromissorio, ma in ragione della sola annullabilità prevista dalla norma, non quelli che riguardano l'oggetto e che causerebbero un'ipotesi di nullità: prima tra tutte resterebbe, allora, esclusa la possibilità di impugnare il lodo pronunciato in base ad una convenzione stipulata su materie non compromettibili. Ma riteniamo che proprio tale carenza di regolamentazione normativa possa essere presa quale indice della non tassatività dei motivi di impugnazione di cui all'art. 808-ter. Non si può, infatti, ragionevolmente ipotizzare che le parti siano ammesse ad eludere un principio generale in materia di arbitrato, compromettendo su materie indisponibili.

Viene, poi, nello stesso n. 1 della norma, sanzionato il vizio di ultrapetizione⁶⁰, ma non quello di omessa pronuncia: si stabilisce

⁵⁹ Cfr. anche PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in questa rivista, 2007, p. 407.

⁶⁰ Non quello di omessa pronuncia.

l'annullabilità del lodo se l'arbitro abbia pronunciato su conclusioni che esorbitino dai limiti ricevuti con l'incarico e ciò solo se le parti abbiano sollevato l'eccezione nel corso del procedimento⁶¹.

Il secondo motivo riguarda l'ipotesi in cui gli arbitri non siano stati nominati nei modi e nelle forme stabiliti dalla convenzione arbitrale, aspetto che nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale su base negoziale *ante* riforma è sempre stato ricompreso nella violazione delle norme sul mandato.

Ma è al n. 3 che si fa un esplicito richiamo alla disciplina prevista per il lodo rituale, dal momento che si sancisce l'annullabilità della determinazione pronunciata da chi non poteva essere nominato arbitro ai sensi dell'art. 812 c.p.c.

Il quarto ed il quinto motivo di impugnazione sono, poi, forse i più rilevanti sotto diversi aspetti: il primo valorizza in modo concreto il ruolo predominante della volontà delle parti nell'arbitrato irrituale, potendo le stesse validamente scandire l'*iter* procedurale che conduce alla decisione, imponendo agli arbitri regole, che gli stessi dovranno rispettare a pena di nullità della determinazione, con conseguenti profili anche in tema di responsabilità del collegio giudicante.

Non solo, ma anche ove non si voglia ammettere l'interpretazione aperta della norma da noi propugnata, che consenta richiami alla disciplina dell'arbitrato rituale, ove compatibile, il motivo di cui al n. 4 si presta a ricomprendere tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di impugnative negoziali del lodo irrituale⁶².

⁶¹ BIAVATI, *op. cit.*, p. 1173 ritiene che le parti in tal caso, senza sollevare l'eccezione, autorizzino gli arbitri ad una pronuncia più ampia per *facta concludentia*. In realtà la giurisprudenza si esprime spesso in senso contrario alla possibilità di integrazione del patto compromissorio: per il caso di precisazioni effettuate alla prima riunione del collegio si v. Trib. Bologna, n. 3140, in *Riv. arb.*, 2010, p. 121 ss., con nota di CAMPIONE, che nega ai compromittenti anche la possibilità di specificare la natura dell'arbitrato a cui abbiano inteso riferirsi.

⁶² Si pensi ad esempio alla violazione del criterio di giudizio imposto dalle parti, o al mancato rispetto della legge sostanziale indicata nel patto compromissorio; potranno esser qui ricomprese anche le questioni in tema di errori di fatto e di diritto. Non solo, ma come BIAVATI, *op. cit.*, p. 1174, rileva, le parti saranno ammesse a prevedere che il lodo debba contenere una corretta decisione della controversia.

In questo senso si apre uno spiraglio anche per l'impugnazione per errore di diritto, che abbiamo visto essere esclusa da costante giurisprudenza; *error in iudicando* che non in quanto tale, ma come violazione dell'incarico ricevuto dalle parti.

Ultimo ma non ultimo, il profilo del contraddittorio⁶³, che finalmente attribuisce all'arbitrato irrituale gli onori di giudizio. Alla luce della nuova norma riteniamo non sia più possibile dare a tale principio una connotazione eminentemente negozialista, che lo tutela solo ove la sua violazione abbia causato un errore nella formazione della volontà degli arbitri.

Il principio in questione viene ora ad essere inequivocabilmente tutelato in via autonoma ed in ragione della necessità di rispettare anche nell'arbitrato irrituale i principi del giusto processo. Il contraddittorio, anche alla luce degli artt. 111 cost. e 6 cedu, deve essere valorizzato quale principio irrinunciabile e fondamentale di ogni tipo di giudizio⁶⁴.

Dall'ambito della norma restano escluse, però, possibili violazioni in grado di originare quantomeno una nullità del patto compromissorio.

Si pensi alla violazione di norme imperative, specie se di ordine pubblico sostanziale o processuale, all'indisponibilità del diritto ed all'omissione di pronuncia, come anche all'ipotesi di non coincidenza soggettiva tra le parti del patto compromissorio e quelle del procedimento arbitrale.

In relazione a queste sarà quanto meno ipotizzabile un'azione di nullità secondo le ordinarie regole contrattuali, a conferma della non tassatività ed esaustività della disciplina contenuta nell'art. 808-ter.

Solo pochi cenni, infine, agli effetti della sentenza di annullamento. In coerenza con la ricostruzione processuale dell'istituto, da noi propugnata, sembra validamente sostenibile che il giudice una volta eliminato il lodo arbitrale non possa giudicare nel merito. Ciò in ragione dell'ultrattività della convenzione arbitrale alla pari di quella rituale. Tale tesi, peraltro, non è avversata neppure dalla dottrina sostanzialista⁶⁵ e da

⁶³ Si v. sul tema CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 394 ss.; ID, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 1 ss.; RICCI E. F., *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, p. 13 ss.; *Osservazioni sul principio del contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2783 ss., nota a Cass., 5 marzo 1992, n. 2650. Cfr. anche *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1614 ss. ed in www.judicium.it

⁶⁴ Cfr. anche BIAVATI, *op. cit.*, p. 1175.

⁶⁵ MARINELLI, *La natura*, cit., p. 204 s. ritiene che, a differenza di quanto accade nell'art. 1349 c.c., ove caducata la determinazione perché manifestamente iniqua od erronea, il giudice può procedere direttamente alla determinazione sostitutiva, nell'arbitrato libero ciò non sia possibile, dal momento che il patto compromissorio continua a produrre i suoi effetti tra le parti, sottraendo la cognizione della controversia all'autorità giudiziaria.

chi⁶⁶ sottolinea come il giudice, una volta annullato un contratto, non sia dotato della facoltà di riscriverlo *ex novo*.

Le parti, pertanto, una volta ottenuto l'annullamento del lodo dovranno dare vita ad un nuovo arbitrato, irrituale s'intende. Ma rilevante sarà a tal fine la volontà dei compromittenti espressa nella convenzione arbitrale o anche successivamente, e fino alla precisazione delle conclusioni davanti agli arbitri, dal momento che questi potranno esprimersi in senso favorevole o meno all'ultrattività del patto arbitrale.

Se si pone mente, però, all'impugnazione del lodo rituale non può non notarsi, però, come ai sensi dell'art. 830, comma 2°, c.p.c. la Corte questa abbia ampi poteri di decidere la controversia nel merito in seguito all'annullamento del lodo⁶⁷, anche se la riforma ne ha ristretto le ipotesi di giudizio rescissorio.

Riguardo, infine, alla possibilità di applicare le norme dell'impugnazione per nullità anche all'arbitrato irrituale abbiamo già rilevato come la differenza tra il giudizio impugnatorio e sostanziale da un lato e quello di impugnazione dall'altro, portino ad escludere una diretta applicabilità delle norme di cui agli artt. 827 ss. c.p.c. In ragione della evidente processualità dei motivi di annullamento del lodo trasfusi nell'art. 808-ter c.p.c., non ci sentiamo, però, di escludere un riferimento ai principi ivi espressi, soprattutto riguardo ai motivi ed all'efficacia della pronuncia di annullamento del lodo, da valutarsi caso per caso.

4. — All'esito del nostro *excursus* non possiamo non notare come la nuova norma in materia di arbitrato irrituale, seppure spunto per opposte interpretazioni, abbia recepito l'insegnamento di chi⁶⁸ riteneva che l'impugnativa del lodo irrituale unisse le forme negoziali con i motivi processuali. Il comma 2° dell'art. 808-ter c.p.c. pur rimanendo fedele alla tradizione dell'annullamento del lodo, prevede motivi ricalcati su quelli di cui all'art. 829 c.p.c. Questo a conferma della lettura processualista che

⁶⁶ BIAVATI, *op. cit.*, p. 1176.

⁶⁷ Pronuncerà nel merito se annulla il lodo per mancanza dei requisiti di cui all'art. 823, se la pronuncia è stata emessa nonostante lo spirare del termine stabilito, se il collegio ha disatteso le norme imposte dalle parti quale condizione di validità, in caso di contrarietà del lodo ad altro precedentemente emesso o a sentenza passata in giudicato; ancora in caso di violazione del principio del contraddittorio, in caso di contraddittorietà del lodo o in caso di omissione anche parziale di pronuncia. Pronuncerà nel merito anche se le parti abbiano previsto la impugnazione per *error in iudicando* e nei casi di lodo pronunciato in materia di lavoro.

⁶⁸ RICCI E. F., *La delega sull'arbitrato*, cit.

il legislatore ha inteso dare dell'arbitrato libero, che termina con una determinazione contrattuale, ma all'esito di un *iter* procedimentale in cui devono essere rispettate le garanzie minime del giusto processo, prime tra tutte il principio del contraddittorio, che si svincola definitivamente dall'accezione sostanziale e riduttiva che la giurisprudenza gli aveva riconosciuto.

Con l'inserimento nell'impianto codicistico non si possono, comunque, ritenere sopite tutte le questioni affrontate da dottrina e giurisprudenza in tema di impugnazione del lodo irrituale; anzi in ragione della non tassatività dei motivi d'impugnazione legislativamente previsti, da noi propugnata, la disciplina della nullità e dell'annullamento dei contratti si affiancherà ai cinque motivi di cui all'art. 880-*ter*, comma 2°, c.p.c.