



**Francesco P. Luiso**

**Dopo il lodo - Il controllo**

§ 1. La giurisdizione civile contenziosa e l'arbitrato, si sa, sono strumenti eteronomi di risoluzione delle controversie che operano nello stesso modo. Come ebbe a precisare la Corte costituzionale<sup>1</sup>, "l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie".

L'assimilazione del lodo alla sentenza costituisce un cammino oramai giunto alla sua conclusione: e ciò non solo in virtù di quanto ha previsto il legislatore con l'art. 824-*bis* c.p.c., ma anche e direi soprattutto per l'acquisita consapevolezza che il potere autoritativo dello Stato non costituisce un presupposto indefettibile della cosa giudicata, quanto piuttosto un requisito costituzionalmente necessario della sola decisione autoritativa della controversia; e, al tempo stesso, in senso speculare, la riscoperta di un principio ben saldo per venti secoli, e messo in crisi solo dall'infatuazione statualistica dell'ultimo secolo, e cioè che il consenso delle parti (diretto attraverso il contratto, indiretto attraverso la convenzione di arbitrato) è idoneo a produrre gli stessi effetti dell'autorità del giudice.

La finalità del presente intervento è di verificare – ovviamente, nei limiti propri di esso – se e quali sono le equivalenze e le diversità fra sentenza e lodo con riferimento al controllo di questi due atti, che risolvono la controversia mediante la decisione di un terzo.

---

(\*) Relazione tenuta al convegno organizzato dall'Associazione italiana dell'arbitrato a Roma, il 6 dicembre 2018.\_

---

<sup>1</sup> Corte cost. 28 novembre 2001 n. 376



---

§ 2. A tal fine diviene indispensabile operare una *summa divisio* fra invalidità ed ingiustizia: in altri termini, fra il provvedimento che è viziato perché emesso senza il rispetto delle regole che ne disciplinano la formazione; ed il provvedimento che non è conforme, nel suo contenuto, al metro di giudizio che l'autore del provvedimento stesso deve seguire nella decisione.

Questa distinzione è fondamentale, perché – come a suo tempo brillantemente illustrato da Calamandrei<sup>2</sup> – in un ipotetico<sup>3</sup> ordinamento, che non prevedesse specifiche regole per fronteggiare l'invalidità della decisione, tale invalidità potrebbe essere fatta valere (come la nullità del contratto) in qualunque sede, in via di azione o di eccezione; da parte di qualunque interessato, e rilevata anche di ufficio dal giudice; in qualunque tempo, fino al consolidarsi della realtà sostanziale prodottasi a seguito del provvedimento invalido, in virtù di meccanismi come l'usucapione, la prescrizione, l'estinzione per non uso.

Al contrario, in quello stesso ordinamento l'ingiustizia della decisione non sarebbe mai rilevante, perché in linea di principio la corretta applicazione del metro di giudizio che il decidente deve seguire non può essere motivo di invalidità e quindi di inefficacia della decisione, pena la inutilità della stessa. Se, infatti, in assenza di appositi strumenti, fosse possibile contestare l'efficacia della decisione in ragione della sua ingiustizia, ciò comporterebbe la possibilità di riproporre all'infinito la stessa controversia.

Tutto questo produce una rilevante, fondamentale differenza: la mancanza di specifici mezzi per far valere la invalidità della decisione consente che questa invalidità sia fatta valere con gli strumenti di diritto comune; viceversa, la mancanza di specifici mezzi per far valere la ingiustizia della decisione rende l'ingiustizia irrilevante.

---

<sup>2</sup> CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli 1979, 249 ss.

<sup>3</sup> Ma non si deve credere che questo ipotetico ordinamento sia solo un esercizio logico. Il processo formulare romano presentava infatti ambedue le caratteristiche sopra indicate: illimitata rilevanza della nullità della sentenza dello *iudex*; irrilevanza assoluta della ingiustizia della stessa (MALMUSI, *Cosa giudicata (Materia civile)*, in *Dig. It.*, VIII, 4, 221; CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, VI, Napoli 1976, 24 ss., 37; ORESTANO, *Appello, a) diritto romano*, in *Enc. Dir.* II, Milano 1958, 708-709; PUGLIESE, *Giudicato civile, a) storia*, in *Enc. Dir.* XVIII, Milano 1969, 734, 765.



La distinzione fra invalidità ed ingiustizia consente anche di evitare l'inganno ottico consistente nel paragonare l'efficacia della sentenza e l'efficacia del lodo sulla base del regime della loro invalidità, magari concludendo che la sentenza è più efficace del lodo perché è meno "impugnabile" di quello.

Ma l'operazione è scorretta ed equivarrebbe a valutare i caratteri organolettici di due prodotti alimentari avariati: come il paragone va fatto fra due mele sane e non due mele marce, così per valutare se l'efficacia del lodo è simile a quella della sentenza occorre prendere in considerazione un lodo ed una sentenza validi, e non un lodo o una sentenza viziati.

§ 3. Iniziando dunque a confrontare il regime giuridico della sentenza invalida e del lodo invalido, vediamo che nella sostanza lo stato di natura sopra illustrato è modificato attraverso un onere di far valere la nullità della decisione attraverso uno specifico mezzo di impugnazione. Le due norme che ciò prevedono sono l'art. 161, primo comma, c.p.c. per la sentenza, e gli artt. 827 ss. ed in particolare l'art. 829, comma primo, c.p.c.

In ambo i casi, dunque, l'invalidità della sentenza o del lodo possono essere fatti valere solo dalla parte legittimata (cioè soccombente) che abbia interesse ad impugnare (cioè, chiedi una decisione che sia a lei obiettivamente più favorevole) con uno specifico mezzo ed in un lasso di tempo predeterminato.

La previsione di uno specifico strumento restringe quindi il regime, diciamo secondo natura, del lodo invalido. Sotto questo profilo, l'impugnazione per nullità non costituisce affatto un male necessario<sup>4</sup>: necessario sì, come vedremo, ma un male no, perché altrimenti i soggetti, i tempi ed i modi per far valere la invalidità del lodo si allargherebbero vistosamente.

In ambo i casi nella sede, ove è fatta valere la nullità della sentenza o del lodo, si apre un giudizio di primo grado, nel quale la cognizione del decidente sul vizio è

---

<sup>4</sup> BRIGUGLIO, *Il controllo giudiziale del lodo: male necessario, perno essenziale di ogni indagine comparatistica sull'arbitrato, e chiave di volta della collocazione dell'arbitrato nel sistema e nella concreta esperienza*, in *Riv. Arb.* .... 423-424



piena<sup>5</sup> e non condizionata dall'opinione che, rispetto alla questione dedotta, abbia eventualmente espresso colui che ha emesso l'atto oggetto di impugnazione.

La Corte di cassazione, riferendosi a se stessa, con riferimento agli *errores in procedendo* afferma che essi rilevano come vizi di attività e non come errori di giudizio. Oggetto di verifica è *tout court* il comportamento tenuto dall'autore dell'atto impugnato. Nella sostanza, l'operazione che deve eseguire il giudice del controllo comporta l'accertamento pieno ed incondizionato dei fatti storici (processualmente) rilevanti, nonché la interpretazione ed applicazione a tali fatti delle norme processuali confacenti.

Insomma, per usare la terminologia della Corte di giustizia, si tratta di *pleine jurisdiction*<sup>6</sup>. Ecco perché dubito della bontà del suggerimento volto ad attribuire alla Corte di Cassazione la competenza in unico grado sull'impugnazione del lodo<sup>7</sup>.

§ 4. Resta però da vedere l'ambito della cognizione del giudice<sup>8</sup> nell'una e nell'altra sede.

Orbene, se i vizi della sentenza sono a certe condizioni (che non è il caso di approfondire in questa sede) rilevabili anche di ufficio in sede di impugnazione, non altrettanto chiara è la situazione del lodo avverso il quale sia proposta impugnazione per nullità per motivi di rito. È possibile che il giudice rilevi di ufficio motivi di nullità del lodo, che non sono stati fatti valere dalle parti?

Senza poter adeguatamente approfondire la questione, a mio avviso sono rilevabili di ufficio tutte quelle nullità che non debbono essere eccepite dalla parte nel processo arbitrale. In relazione a queste ultime, infatti, avendo l'ordinamento riservato alla parte la scelta sull'opportunità di far valere il vizio, se la parte – dopo averlo tempestivamente rilevato in sede arbitrale – non lo ripropone in sede di impugnazione, ciò significa che essa ha ritenuto opportuno abbandonare l'eccezione.

---

<sup>5</sup> Cass. 28 marzo 2007 n. 7649.

<sup>6</sup> Analogamente, la CEDU (sentenza *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*) parla di “fresh factual and legal determination”.

<sup>7</sup> In arg. v. BRIGUGLIO, *Il controllo giudiziale*, cit., 429.

<sup>8</sup> Poiché il controllo avviene necessariamente in sede giurisdizionale.



§ 5. Continuando il parallelo fra invalidità della sentenza e del lodo, con riferimento alla prima l'art. 161, secondo comma, c.p.c. contiene un'eccezione ("questa disposizione non si applica...") alla regola generale di cui al comma primo dello stesso articolo. Eccezione peraltro, si noti bene, che coincide con quella che sarebbe la regola applicabile se il sistema non prevedesse mezzi di impugnazione. Per il lodo, invece, non è previsto niente di analogo.

Ci dobbiamo quindi chiedere se, accanto alla sentenza c.d. inesistente, si possa dare anche un lodo inesistente, e quale sia il suo regime giuridico.

Orbene, alcune fattispecie di inesistenza della sentenza, individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, certamente si applicano anche al lodo. Così, ad es., oltre alla mancanza di sottoscrizione, anche l'ipotesi di scuola di un lodo pronunciato da chi non è arbitro, o un lodo oggettivamente inidoneo a risolvere una controversia perché pronunciato nei confronti di un soggetto inesistente, oppure su un oggetto non individuato<sup>9</sup>, oppure ancora sia scritto in modo assolutamente non intelligibile.

Ma, al di là di questi casi, che, essendo comuni anche alla sentenza, non presentano uno specifico interesse in questa sede, conviene invece indagare se vi sono fattispecie di inesistenza proprie del lodo<sup>10</sup>.

Vi è una sostanziale concordia sulla inesistenza del lodo che pronuncia in materia di diritti indisponibili<sup>11</sup>. In effetti, in tale ipotesi manca in radice il potere delle parti di darsi una soluzione negoziale della controversia, e quindi manca anche e necessariamente la possibilità di trasferire tale potere agli arbitri.

Del resto, ha poco senso immaginare che la invalidità di un lodo, che dichiara nullo un matrimonio o accerta che Tizio è padre di Caio, debba essere fatta valere con l'impugnativa per nullità, ed in mancanza divenga irrilevante.

---

<sup>9</sup> Ad es., che riconosca a Tizio la proprietà di un bene non individuato, oppure riconosca a Caio di essere creditore di una somma non determinata, oppure lo dichiari titolare di un credito non individuato.

<sup>10</sup> Prima della riforma del 1994, una ipotesi di inesistenza del lodo era dato dal mancato deposito dello stesso: Cass. 17 novembre 2006 n. 24500.

<sup>11</sup> SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* a cura di Chiarloni, Bologna 2014, 845.



Molto più discussa è l'ipotesi di un lodo pronunciato in carenza assoluta di convenzione di arbitrato<sup>12</sup>. Ad un approccio superficiale, sembrerebbe ragionevole differenziare l'ipotesi di mancanza radicale della convenzione di arbitrato dalle altre ipotesi di invalidità / inefficacia della stessa. E in certi casi una tale distinzione ha indubbiamente senso<sup>13</sup>.

Ma, a ben vedere, ai fini della nullità del lodo una inesistenza o nullità conclamata della convenzione di arbitrato vale quanto una inefficacia incerta o discutibile. Sicché non vi è nessun motivo per diversificare il regime del lodo annullabile per invalidità della convenzione di arbitrato (art. 829, comma primo, n. 1 c.p.c.) sulla base di una inefficacia più o meno evidente della convenzione stessa.

§ 6. La rinuncia all'impugnazione del lodo è possibile solo dopo che questo è stato emesso e portato a conoscenza delle parti. Sarebbe possibile, nel nostro ordinamento, una diversa soluzione che rendesse efficace una rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo, come accade – sia pur con certi limiti – in altri sistemi<sup>14</sup>?

A mio avviso la risposta è negativa<sup>15</sup>: alla efficacia di una rinuncia preventiva osta l'art. 24 della Costituzione. Infatti, è ben vero che le parti hanno conferito all'arbitro il potere di emettere una decisione vincolante, ma ciò a condizione che il loro provvedimento sia conforme a diritto, cioè valido. Sostenere il contrario sarebbe come dire che avrebbe senso ammettere, al momento della stipulazione di un contratto, una rinuncia contestuale a far valere le conseguenze dell'eventuale inadempimento dello stesso. Perché in realtà questa è la situazione: gli arbitri che

---

<sup>12</sup> Nel senso che la carenza assoluta di convenzione di arbitrato conduce alla inesistenza del lodo, vizio che si sottrae all'onere dell'impugnazione ex art. 829 c.p.c., si v. Cass. 9 agosto 2017 n. 19917; Cass. 7 febbraio 2006 n. 2598.

<sup>13</sup> Si pensi, ad es., al presidente del tribunale richiesto di un intervento ex art. 810, comma terzo, c.p.c. Oppure a quanto prevede l'art. 1448 del c.p.c. francese, in base al quale “lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable».

<sup>14</sup> Ad es. in Francia, ove l'art. 1522 c.p.c. ammette la rinuncia preventiva all'impugnazione per nullità; ma in tal caso consente di far valere i motivi di nullità del lodo in sede di *exequatur*. Sicché, in definitiva, non si tratta di vera e propria rinuncia a far valere i motivi di nullità del lodo, quanto piuttosto di spostamento del mezzo con cui farli valere. Norma analoga è contenuta nel sistema svizzero (art. 192.X della legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987).

<sup>15</sup> BRIGUGLIO, *Il controllo giudiziale*, cit., 426: “il controllo del lodo da parte del giudice statale è pressoché inevitabile”.



pronunciano un lodo viziato sono inadempienti rispetto alla volontà negoziale delle parti.

La possibilità di far verificare dal giudice competente <<la manière dont les arbitres ont rendu la justice qui est contrôlée plutôt que le contenu de leur décision<sup>16</sup>>> non costituisce dunque un attentato alla libertà contrattuale delle parti, ma anzi ne garantisce il rispetto<sup>17</sup>.

A meno di non voler etichettare come libertà contrattuale quella di volere da un lato che il lodo sia pronunciato da un collegio costituito secondo le regole che le parti hanno stabilito, che la decisione rimanga nell'ambito oggettivo della convenzione di arbitrato, che sia attuato il principio del contraddittorio etc.; ed al tempo stesso volere che, se anche queste condizioni non sono rispettate, il lodo sia ugualmente valido ed efficace. Ma ciò contrasterebbe con ogni principio di logica: come scrive padre Dante, “né volere e pentere insieme puossi / per la contradizion che nol consente”.

§ 7. Tutt'altro discorso va fatto per l'ingiustizia del lodo e della sentenza. Infatti, mentre per la sentenza sono previsti specifici strumenti per far rilevare la sua ingiustizia, per il lodo vale in linea di massima l'opposto principio. E quindi, sulla base di quanto abbiamo visto nel § 2, mancando uno specifico mezzo per far valere l'ingiustizia del lodo, quest'ultima è irrilevante.

Ciò, a mio avviso, è perfettamente coerente con la logica dell'arbitrato: l'intromissione del giudice nel merito della decisione costituirebbe, questa sì, effettivamente un male, ma fortunatamente non è affatto necessaria<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> RACINE, *Réflexions sur le voies de recours en droit de l'arbitrage. Propos introductifs*, in *Rev. Arb.* 2018, 4.

<sup>17</sup> La CEDU, con la decisione 24 marzo 2016, 2016.2025 *Tabbane*, ha dichiarato conforme all'art. 6 della convenzione la norma svizzera citata nella n. 14, ma sol perché i vizi del lodo possono essere fatti valere in sede di *exequatur*, nei termini di cui all'art. V della convenzione di New York.

<sup>18</sup> Come correttamente sosteneva LOQUIN, *Perspectives pour une réforme des voies de recours*, in *Rev. Arb.* 1992, 21, l'autonomia dell'arbitrato osta a fare dello stesso solo un primo grado di giudizio della giurisdizione.



§ 8. Resta, come ultimo argomento, da verificare la collocazione, in questo contesto, della violazione dell'ordine pubblico: ordine pubblico che, trattandosi di un lodo domestico, è necessariamente solo sostanziale.

Ma prima occorre un chiarimento: la violazione dell'ordine pubblico (sostanziale) è spesso ricondotta ad un *error in iudicando*<sup>19</sup>. Ciò è vero quando la normativa sostanziale applicabile al rapporto è anch'essa interna; ma può non esserlo, allorché la decisione debba essere presa sulla base di una normativa straniera e, correttamente applicando quest'ultima, il lodo giunga a conclusioni incompatibili con l'ordinamento italiano.

Ciò chiarito, il problema principale riguarda la possibilità di rilevare o far valere la contrarietà all'ordine pubblico anche al di là dell'impugnazione per nullità. In altri termini, qualora quest'ultima sia preclusa per decadenza o consumazione, si preclude anche la rilevanza della violazione dell'ordine pubblico?

A mio avviso la risposta deve essere negativa, in quanto non è ammissibile che rimanga affidata all'iniziativa della parte o all'eventuale rilievo officioso del giudice dell'impugnazione la possibilità di impedire la circolazione, all'interno dell'ordinamento, di un lodo contrastante con l'ordine pubblico.

Né si potrebbe obiettare che la espressa previsione di questo vizio nell'art. 829, comma terzo, c.p.c., lo sottopone all'onere dell'impugnazione. Infatti, come la mancanza, nella previgente normativa sull'arbitrato, di ogni richiamo alla contrarietà dell'ordine pubblico non ha impedito alla giurisprudenza di affermare la rilevanza della stessa<sup>20</sup>, così non necessariamente la possibilità di impugnare il lodo sotto questo profilo comporta che tale contrarietà svanisca ove la questione non sia posta e decisa in sede di impugnazione per nullità<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Lo stesso art. 829, comma terzo, c.p.c., sembra pensarla in questo modo, poiché tratta congiuntamente l'impugnazione per *error in iudicando* e la contrarietà all'ordine pubblico.

<sup>20</sup> Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183; Cass. 4 luglio 2013, n. 16755.

<sup>21</sup> Questa è la soluzione che ha dato la Corte di giustizia nella famosa sentenza 6 ottobre 2009 C-40/08 *Asturcom*, non però sulla base del principio di effettività, ma sulla base del principio dell'equivalenza, in quanto nel diritto spagnolo il giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo deve valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico.