

Michela De Santis

**LA RILEVABILITÀ D'UFFICIO
DELL'INESISTENZA DELLA
CONVENZIONE D'ARBITRATO
PER CONSUNZIONE
(A CAUSA DI ALTRO LODO SU
MEDESIMA DOMANDA)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CORTE D'APPELLO DI ROMA, sentenza 29 agosto 2013; SORACE Pres.; DELL'ERBA Est.; F.S. S.r.l. c. N.P. S.p.A.

Lodo - Impugnazione per nullità - Eccezione di giudicato - Carenza di potestas iudicandi - Inefficacia della convenzione d'arbitrato - Rilevabilità d'ufficio.

È nullo, per difetto di potestas iudicandi degli arbitri, il lodo che decide sulla medesima domanda che è stata oggetto di un precedente lodo passato in giudicato, in quanto quel lodo ha consumato il potere degli arbitri di decidere derivante dalla clausola compromissoria. Tale questione è rilevabile d'ufficio dalla Corte d'appello adita ai sensi dell'art. 829 c.p.c., alla quale è tuttavia precluso il passaggio alla fase rescissoria mancando in radice la potestas decidendi degli arbitri, ed è deducibile ex novo e rilevabile d'ufficio anche innanzi alla Cassazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con atto di citazione notificato in data 28 aprile 2006 F.S. proponeva impugnazione avverso il lodo in epigrafe che, in parziale accoglimento della propria domanda, aveva condannato N. P. S.p.A. al pagamento in suo favore della somma di “EUR 756.000,00 in relazione ai risultati finali del contratto Dw., in adempimento alle disposizioni contenute nel Sale Of Business Agreement e nell'atto di integrazione e conformemente ai principi stabiliti nel lodo arbitrale 2003”, l'impugnante deduceva che la pronuncia traeva origine da un contratto di cessione di azienda e relativo atto integrativo conclusi fra le parti il 23 dicembre 1998 ed il 10 dicembre 1999, con cui F.S. aveva acquistato da N.P. l'azienda S., comprendente due importanti contratti conclusi con la società brasiliana P.bras. e con la società siriana Dw.; che nell'atto integrativo le parti avevano stabilito un aggiustamento del prezzo di cessione originariamente convenuto in base ai criteri stabiliti nel contratto, impegnandosi a rinviare l'analisi dei risultati dei due contratti al momento della definitiva chiusura delle commesse e ad addivenire, di conseguenza, ad un ulteriore successivo adeguamento del prezzo di cessione; che insorta controversia fra le parti su tale adeguamento del prezzo di cessione, in data 2 dicembre 2003, F.S. aveva adito il Collegio Arbitrale sulla scorta della clausola compromissoria prevista nel contratto; che il giudizio si era concluso con la liquidazione della somma di LIRE 494.000.000 in favore di F.S. con riferimento al contratto P.bras e con riferimento al contratto Dw., i cui risultati non erano stati considerati finali, non essendo all'epoca chiusa la commessa, il Collegio aveva stabilito che tutte le differenze avrebbero dovuto essere conguagliate tra le parti una volta divenuti definitivi ed incontestati i risultati del contratto e sulla base degli stessi criteri indicati nel lodo con riferimento al contratto P.bras; che detto lodo non era stato impugnato dalle parti ed era divenuto definitivo e vincolante; che una volta divenuti definitivi ed incontestati i risultati del contratto Dw, F.S. aveva chiesto a N.P. il conguaglio del prezzo in suo favore e, poiché N.P. si era rifiutata di adempiere alla sua obbligazione, F.S. aveva instaurato un nuovo procedimento arbitrale, conclusosi con il lodo in questione.

(Omissis).

Con il quarto motivo di impugnazione F.S. lamentava la nullità del lodo per contrarietà/difetto di motivazione/eccesso di potere (art. 829 n. 4 c.p.c.)/per violazione degli artt. 822, 115 e 112 c.p.c. (829 co. 2 c.p.c.), per contrasto con la statuizione del lodo del 2003 (art. 829 n. 8 c.p.c.).

(*Omissis*).

Si costituiva N.P. S.p.A. che contestava i motivi di impugnazione proponeva a sua volta impugnazione incidentale, deducendo la nullità del lodo per avere il Collegio accolto domande di F.S. improponibili, perché già respinte con il lodo 2003 (art. 829 co. n. 8 c.p.c.) e per l'*error in iudicando* (art. 829 co. 2 c.p.c.).

N.P. deduceva che il lodo del 2003 non conteneva alcuna condanna nell'*an* con riferimento alle perdite asseritamente patite per la commessa Dw., per cui il lodo del 2006 in esame non avrebbe dovuto emettere una pronuncia di condanna nel *quantum*) mancando la disposizione.

(*Omissis*).

Come rilevato dal Collegio nell'ordinanza del 4 ottobre 2012 il lodo arbitrale impugnato dev'essere, in limine, dichiarato nullo per difetto di potestas iudicandi degli arbitri, in quanto, avendo il Collegio nel 2003 già pronunciato un lodo definitivo sulla medesima domanda, passato in giudicato perché non impugnato (circostanza pacifica), ha consumato il potere di decidere in ordine alla medesima sulla scorta della clausola compromissoria contenuta nel contratto in atti e non poteva essere adito una seconda volta sulle stesse questioni già risolte in modo irrevocabile.

Tale questione può ben essere sollevata d'ufficio dalla Corte adita ai sensi dell'art. 829 c.p.c. poiché il giudice dell'impugnazione del lodo è tenuto a verificare anche d'ufficio che gli arbitri siano stati effettivamente investiti dalla *potestas iudicandi* sulla base di un valido compromesso per arbitrato rituale ed inoltre le questioni relative all'esercizio da parte degli stessi arbitri di un potere loro non attribuito (ossia relativo all'usurpazione della funzione giurisdizionale) è deducibile *ex novo* e rilevabile d'ufficio, con il solo limite del giudicato, anche innanzi alla Cassazione (Cfr Cass. civ. 8410/98).

Il caso in esame è equiparabile ad un'ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale in assenza di clausola arbitrale, poiché quella contenuta nel contratto fra le parti ha esaurito la sua efficacia, con riferimento alla controversia in questione, con la pronuncia arbitrale del 2003. La circostanza che la questione sia stata sollevata da N.P. davanti agli arbitri, sia stata respinta e non più riproposta in sede di impugnazione *ex art. 829 c.p.c.*, non implica poi che si sia formato sulla medesima alcun giudicato né preclusione, poiché l'impugnazione del lodo non si configura come giudizio di gravame, bensì di nullità e quindi si tratta di un giudizio in unico grado avente ad oggetto la validità del lodo (Cfr Cass. civ. n. 5358/99, n. 12031/04, n. 9394/11).

Pertanto il giudicato può formarsi soltanto in ordine alle statuizioni della sentenza emanata dalla Corte *ex art. 829 c.p.c.*

Nelle ipotesi quali quelle in esame è poi precluso alla Corte d'Appello il passaggio alla fase rescissoria, mancando in radice la *potestas decidendi* e configurandosi appunto l'eventuale pronuncia degli arbitri come una vera e propria usurpazione di potere (Cfr. Cass. civ. 22083/09, n. 16977/06, n. 2598/06, n. 19994/04).

Alla nullità del lodo consegue l'accoglimento della domanda, proposta da N.P., di ottenere la restituzione di quanto pagato in conseguenza del lodo annullato.

(*Omissis*).

La rilevabilità d'ufficio dell'inesistenza della convenzione d'arbitrato per consunzione (a causa di altro lodo su medesima domanda).

1. Con la sentenza in epigrafe la Corte d'appello di Roma, innanzi alla quale è proposta impugnazione per nullità *ex art. 828 ss c.p.c.*, dichiara *in limine* nullo un lodo arbitrale per carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri che l'hanno pronunciato.

Gli arbitri si sarebbero pronunciati sulla medesima domanda proposta nell'ambito di un precedente procedimento arbitrale, sfociato in un lodo passato in giudicato perché non impugnato, quindi avrebbero condotto e concluso definitivamente un arbitrato sulla base di una clausola compromissoria, la stessa originante il primo arbitrato, spirata.

I casi arbitrali, a monte della vicenda giurisdizionale che qui si commenta, nascevano da una clausola compromissoria inserita in un contratto di cessione d'azienda concluso, nel dicembre del 1998, tra due società italiane attive nel settore dell'*oil & gas*. Oggetto di tale cessione erano anche due contratti, il primo con una società brasiliana e il secondo con una società siriana, le cui commesse erano decisive ai fini della determinazione del prezzo dell'azienda ceduta, tanto che, con atto integrativo, le parti si erano impegnate ad adeguare quel prezzo, originariamente convenuto in base a determinati criteri indicati nel contratto di cessione d'azienda, al momento della definitiva chiusura di dette commesse.

Il primo arbitrato, sorto nel dicembre 2003 sull'adeguamento del prezzo di cessione, si era concluso con un lodo definitivo che aveva liquidato, a titolo di conguaglio, e solo con riferimento al contratto brasiliano, una certa somma a favore della società cessionaria; con riferimento a quello siriano, i cui risultati non erano ancora definitivi, la medesima domanda di condanna era stata, anche nella sua formulazione subordinata di condanna generica, respinta, limitandosi allora il collegio arbitrale a dichiarare che (solo) « quando i risultati del contratto siano diventati finali ed indiscutibili, le parti dovranno procedere ad un'analisi degli stessi, secondo criteri indicati in questo lodo in relazione al contratto [brasiliano] ».

Il secondo arbitrato, conclusioni nel 2006 con lodo dichiarato nullo con le sentenze in epigrafe, veniva instaurato, ancora dal cessionario, quando, divenuti quei risultati definitivi, il cedente si era ancora rifiutato di adempiere l'obbligazione del pagamento del conguaglio del prezzo. Il lodo, in parziale accoglimento della domanda dell'istante, aveva condannato il cedente al pagamento di una certa somma, applicando i principi prescritti dal lodo del 2003, oltre che quelli stabiliti nel contratto di cessione. Il cessionario impugnava il lodo deducendo, insieme ad altri vizi, il contrasto col primo lodo passato in giudicato, *ex art. 829, comma 1, n. 8,*

c.p.c., per non aver il secondo rispettato i parametri fissati dal primo e li indicati come vincolanti. Proponeva impugnazione incidentale il cedente, anche questo invocando il n. 8 dell'art. 829 c.p.c., deducendo la nullità del lodo, pronunciandosi sul *quantum* in assenza di una disposizione sull'*an*, non contenuta nella precedente statuizione arbitrale.

Ebbene, per la Corte d'appello di Roma quel secondo lodo è nullo non perché contrario « ad altro precedente lodo non più impugnabile » (ex art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.) bensì, ancor più radicalmente, per carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. Questi si sarebbero pronunciati sulla medesima domanda introduttiva del giudizio arbitrale conclusosi con lodo passato in giudicato, quindi in forza di una clausola che aveva esaurito la sua efficacia. Tale nullità, rilevata d'ufficio dalla Corte d'appello in sede di impugnazione, era peraltro stata già vagliata e respinta dal collegio arbitrale e non riproposta come motivo di impugnazione.

Nella presente nota si analizzerà la decisione della Corte in ordine alla rilevabilità d'ufficio di tale nullità, come indiretta conseguenza dell'inquadramento dell'impugnazione come « giudizio in un unico grado » e della, ancora conseguente, mancata applicazione a detto giudizio del principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di impugnazione. Non senza, preliminarmente, aver considerato che per la Corte d'appello di Roma un lodo passato in giudicato soffoca la clausola in forza del quale è stato pronunciato così impedendo un nuovo giudizio arbitrale sulla medesima quindi che l'eccezione di giudicato arbitrale dissimuli una questione di competenza ⁽¹⁾.

2. Che la questione del giudicato, in arbitrato, dissimuli una que-

⁽¹⁾ La Corte d'appello di Roma, frustrando del tutto il risultato arbitrale (e la stessa scelta delle parti a favore dell'arbitrato, che dovrebbe avere tra i suoi vantaggi la celerità e la stabilità del suo risultato, a fronte dei suoi ingenti costi) ha impiegato sette anni per pronunciarsi nei termini *supra*. Nel lasso di tempo intercorso dalla data di inizio del secondo arbitrato al deposito della sentenza che qui si commenta, è intervenuta una importante riforma (quella per d.lgs. 40/2006), per molti suoi aspetti non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, ma, soprattutto, mutato non di poco il quadro giurisprudenziale dell'arbitrato. Dato, quest'ultimo, che non agevola l'analisi, analisi che crediamo comunque utile già solo per una migliore comprensione del dato positivo attuale. Che la Corte d'appello necessiti poi di una « iniezione di rapidità ed efficienza », lo ha notato recentemente anche FABBÌ, *Sulla discutibile reclamabilità del provvedimento che conceda o neghi l'inibitoria del lodo*, in *Giur. it.*, 2015, 439 ss., nel commentare un'ordinanza della medesima sezione (App. Roma, sez II, 10 luglio 2014), che ammette la reclamabilità dell'ordinanza ex art. 830, ult. comma, c.p.c., facendo leva sull'assimilazione del procedimento volto all'inibitoria ex art. 830, ultimo comma, c.p.c. e quello cautelare, che, a sua volta, muove dalla considerazione (la stessa da cui muove la decisione che qui si commenta) per cui l'impugnazione per nullità non configura un giudizio di secondo grado: ciò che giustifica la non estensione delle inibitorie previste per le sentenze e, nel caso in esame, l'applicazione del principio di conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame. Nel caso in esame la sospensiva non era stata disposta e lo stesso impugnante principale (cessionario) si è visto condannato, dopo sette anni, al pagamento in favore dell'impugnante incidentale (cedente) di quanto il secondo aveva già pagato al primo, a titolo di conguaglio, in conseguenza del lodo poi annullato, oltre alla rivalutazione monetaria.

stione di competenza, *rectius* di *potestas iudicandi* degli arbitri, non convince. La Corte, aderendo alla teoria *processuale* del giudicato ⁽²⁾, riconduce l'ipotesi *de qua* entro il motivo di cui al n. 4 dell'art. 829 c.p.c., pur non richiamandolo direttamente, e non entro il motivo di cui al n. 8 invocato dalle parti, assumendo che gli arbitri abbiano deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso. Più esattamente, per la Corte d'appello di Roma gli arbitri, del secondo arbitrato, hanno pronunciato il merito pur in presenza di una questione processuale impediente, quale è, secondo la ricostruzione processualistica dell'effetto di *ne bis in idem*, l'esistenza di una precedente decisione arbitrale (sulla medesima domanda) divenuta incontrovertibile. Il testo della norma di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, anteriore alle modificazioni introdotte dal d.lgs. 40/2006, avvolgeva, sia pur in via interpretativa, quei medesimi « altri » casi.

Tuttavia, come correttamente rilevato dalla dottrina che ha calato il tema del giudicato nel contesto arbitrale e della sua impugnativa ⁽³⁾, se così fosse, il motivo di cui al n. 8 (in forza del quale un lodo è impugnabile se « è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti » anche nella sua formulazione ante riforma) sarebbe svuotato della sua portata applicativa bastando la fattispecie delineata dal n. 4 (« se il lodo [...] ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso ») a coprire l'ipotesi *de qua*. Nell'*intentio legis* c'era invece l'esigenza di separare e, quindi, di distinguere gli effetti dell'uno o dell'altro: infatti, ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c., nel caso in cui la Corte d'appello annulli il lodo per il motivo di cui al n. 4, la Corte d'appello, nel rispetto del principio del doppio grado di giudizio, si deve arrestare alla fase rescindente annullando il lodo e rimettendo le parti in primo grado; mentre nel caso in cui il lodo venga annullato per il motivo di cui al n. 8, la Corte, secondo quanto previsto sempre dall'art. 830, comma 2, c.p.c., anche in un'ottica di economia processuale, prosegue nel merito decidendo conformemente a quanto deciso nel precedente lodo, così garantendo *una* pronuncia di merito alle parti. Tale secondo effetto si riscontra sia nel caso, più ovvio, di giudicato *pregiudiziale* rispetto alla seconda decisione, sia nel caso di giudicato *formatosi* su una decisione avente lo stesso oggetto (perché originante dalla medesima domanda) del lodo annullato ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Per tutti si veda, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, Torino, 2014, 341 ss.

⁽³⁾ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma: motivi ed esito*, Milano, 2009, 198 ss.

⁽⁴⁾ Così anche, MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, 201. Nel senso del testo, pur senza qui enfatizzare il dato positivo della norma introdotta nel 2006, solo confermativa di un dato esistente, e *ratione temporis* non applicabile al caso in esame, AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, 420 ss., per il quale gli arbitri non sono soggetti al divieto di *bis in idem* (che viene

Se poi la teoria *processuale* del giudicato consente la riconduzione del motivo n. 4, di là dell'interpretazione dell'*intentio legis* nella sistemazione del meccanismo impugnatorio del lodo, più difficoltosa, ma anche questa consentita dalla cornice normativa, è la sussunzione dell'ipotesi dell'esaurimento dell'efficacia della clausola per soprappiù giudicato entro il motivo di cui al n. 1, che pur copre l'ipotesi di convenzione d'arbitrato « invalida » e non, almeno letteralmente, di convenzione « *expirée* »⁽⁵⁾. Il richiamo fatto dal motivo di cui al n. 1 dell'art. 829 c.p.c. all'art. 817 c.p.c., come modificato dalla novella del 2006⁽⁶⁾, dove una espressa menzione all'ipotesi di inefficacia della clausola, quindi il combinato disposto delle due norme, consente la sussunzione del caso di specie entro il motivo *de quo*, tollerando che il giudicato sceso su un lodo privo di efficacia la clausola compromissoria da cui origina « con riferimento [resta inteso] alla [sola] controversia in questione », quindi includendovi l'ipotesi di inefficacia sopravvenuta⁽⁷⁾. E per consolidata giurisprudenza anche il vecchio motivo di cui al n. 1, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, pur nella sua breviloquenza (« se il compromesso è nullo »), ricomprendeva tanto la nullità quanto la inefficacia della clausola compromissoria quindi può valere il medesimo argomento⁽⁸⁾.

Non ravvisiamo poi, a differenza dei giudici romani che lo hanno invece visto, o quantomeno intravisto, alcun rapporto di causa-effetto tra l'esaurimento dell'efficacia della clausola e la sua inesistenza, giungendo la sentenza sin ad affermare l'integrazione di una situazione di inesistenza della clausola compromissoria (e del lodo, visto il richiamo giurisprudenziale) quindi di usurpazione del potere da parte degli arbitri⁽⁹⁾.

dall'« autorità » di giudicato, e non dall'effetto del giudicato proprio del lodo arbitrale, su cui *infra*) ma al potere delle parti che danno loro mandato: solo così si spiega l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., in forza del quale non è più necessaria l'eccezione di giudicato per ottenere l'annullamento del lodo ma solo l'acquisizione del lodo nel procedimento.

⁽⁵⁾ Cfr., di utile comparazione, il motivo n. 1 dell'art. 1484 *NCPC* francese (ante riforma del 2011) che apriva il *recours en annulation* avverso il lodo arbitrale quando « l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée », poi sostituito con la più ampia formula « s'est déclaré à tort compétent ou incompétent » (art. 1492 *CPC*). Si legga anche l'art. 34 c.p.c. del Codice del 1865 ai sensi del quale il compromesso « cessa[va] » ad esempio « stabilito nel compromesso » per la scadenza del termine. V. *infra* nota 7.

⁽⁶⁾ Che tuttavia è *ratione temporis* non applicabile al caso di specie per via della disciplina transitoria dettata dal d.lgs. 40/2006.

⁽⁷⁾ L'espressione utilizzata dalla Corte d'appello di Roma è simile a quella che si ritrova nell'art. 816-*septies* c.p.c. dove si afferma che se le parti non provvedono all'anticipazione delle spese del procedimento arbitrale nel termine indicato dagli arbitri, queste non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato « con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale ».

⁽⁸⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 366, dove ampio richiamo di giurisprudenza.

⁽⁹⁾ Afferma la Corte: « il caso in esame è equiparabile ad un'ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale *in assenza* di clausola arbitrale » e richiama giurisprudenza sull'inesistenza della convenzione d'arbitrato e del lodo (non derivante dal giudicato ma da ipotesi diverse: v. *infra*): Cass. civ., 25 agosto 1998, n. 8410 (su cui *infra*); nonché, sull'esito non

L'effetto causale dell'usurpazione del potere, per inesistenza della clausola compromissoria, consente, tuttavia, alla Corte, nell'ambito della struttura bifasica dell'impugnazione per nullità del lodo, di fermarsi alla fase rescindente, nonché di sostenere la rilevabilità d'ufficio del vizio ⁽¹⁰⁾.

A ben leggere dunque nemmeno la Corte trae la sua conclusione aderendo alla teoria del cd. giudicato processuale ed assumendo quindi che gli arbitri abbiano erroneamente deciso nel merito in spregio al presupposto processuale del *ne bis in idem*, ma dalla assunta radicale inesistenza della clausola, venendo, esattamente da questa seconda circostanza, la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri.

3. La categoria giuridica dell'« inesistenza », ammesso che, dopo la nuova formulazione dell'art. 817 c.p.c. richiamato dall'art. 829 comma 1, c.p.c., abbia ancora una sua autonoma rilevanza dalla nullità sotto il profilo impugnatorio, viene in rilievo innanzi a situazioni *ictu oculi* ben più gravi e radicali di quella occorsa nel caso di specie, che peraltro richiede(va) un giudizio di identità di domande, di competenza degli arbitri, che non può richiedersi a un lodo asseritamente inesistente. Scomodarla nel caso di specie — come che fosse una categoria in cui far residualmente confluire i vizi atipici del lodo — in un caso cioè cui l'inesistenza della convenzione arbitrale e del lodo deriverebbero da un precedente giudicato sulla medesima convenzione d'arbitrato, di là che per trarne la non proseguibilità nella fase rescissoria, ci pare dunque una mera speculazione del concetto stesso di inesistenza oltre a configurare una totale *deminutio* dell'operato arbitrale.

È davanti agli arbitri che il difetto di *potestas iudicandi* può e deve essere fatto valere e sono questi a doversi pronunciare sull'identità di domande quando un'eccezione di giudicato è sollevata nel corso del procedimento arbitrale, come nel caso concreto si è verificato: nel secondo procedimento, l'eccezione di giudicato era stata sollevata dal cedente che assumeva che le domande del cessionario, promuovente il secondo arbitrato ancora per ottenere il conguaglio del prezzo, fossero già state respinte col lodo precedente. Il collegio arbitrale aveva tuttavia rigettato tale eccezione e la stessa non veniva riproposta come motivo di impugnazione.

L'inesistenza, la sola eventualmente rilevabile d'ufficio senza limiti temporali — considerando che non ci si deve qui curare dell'art. 817 c.p.c., come novellato nel 2006, quindi del cenno lì espresso alla categoria giuridica della inesistenza — ricorre infatti, come anzidetto, in situazioni

rescissorio (oggi confermato dell'art. 830, comma 2, c.p.c.): Cass. civ., 7 ottobre 2004, n. 19994; Cass. civ., 25 luglio 2006, n. 16977; Cass. civ., 16 ottobre 2009, n. 22083.

⁽¹⁰⁾ V. *infra*.

diverse e più gravi ⁽¹¹⁾, dovendosi, le altre meno gravi (come anche quelle di « radicale inidoneità del negozio compromissorio a produrre effetti »), ricondurre entro motivo di nullità di cui al n. 1, da dedurre come motivo di nullità e, quindi, di impugnazione della sentenza, e non anche per la prima volta innanzi alla Cassazione, applicandosi anche ai lodi arbitrali in principio (art. 161, comma 1, c.p.c.) della conversione in motivi di gravame delle cause di nullità della sentenza ⁽¹²⁾. Detta regola opera infatti per tutti gli atti idonei al giudicato e dunque si applica sugli stessi presupposti e negli stessi casi in cui vale la regola del giudicato formale ⁽¹³⁾.

La novella del 2006 è andata poi definitivamente in questo senso, ossia di una assimilazione della categoria della inesistenza a quella della nullità, col solo limite della non arbitrabilità della controversia ⁽¹⁴⁾. L'inesistenza della clausola compromissoria, e la conseguente incompetenza degli arbitri, devono essere ecepite nella prima difesa successiva all'accettazione di questi, se si vuole per il medesimo motivo impugnare il lodo, lodo che rimarrà certamente impugnabile per contrarietà a precedente lodo passato in giudicato. Infatti, anche ammettendo che il giudicato consumi la clausola compromissoria, un secondo giudizio sulla medesima clausola potrà sempre essere promosso: non dipendendo il secondo dal primo, non dissimulando, come detto sin dall'inizio, la questione del giudicato una questione di competenza ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ L'ipotesi in cui « risulti devoluta ad arbitri una controversia non rientrante nella giurisdizione di giudice ordinario » (Cass. civ., 11 maggio 1998, n. 4738); la clausola compromissoria non è riferibile alle parti della controversia (Cass. civ., 30 agosto 1995, n. 9162); la materia non è compromettibile ex art. 806 c.p.c.: riassunte da GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*, in questa *Rivista*, 1999, 3, 460 ss., 470. Crediamo tuttavia che il concetto di inesistenza fosse più circoscritto di quello descritto dall'Autrice, anche nel vigore della previgente disciplina; la stessa Autrice escludeva l'esperibilità del rimedio dell'impugnazione per nullità avverso lodo inesistente e ammetteva la rilevanza di detto vizio in ogni stato e grado del giudizio. Cfr. *infra* nota 18.

⁽¹²⁾ Così, Cass. 11 maggio 1998, n. 4738 (cit.), di senso esattamente opposto, ma di soli pochi mesi prima, di Cass. civ., 25 agosto 1998, n. 8410 (la sola citata dalla sentenza, che peraltro si riferisce a un'ipotesi del tutto differente ossia quella di inesistenza della clausola per la sua non estensione a un contratto collegato) che invece sottolinea le peculiarità di regime del vizio del lodo pronunciato da arbitri privi di *potestas iudicandi* di fatto affermando si tratti di lodo inesistente. V. la nota di GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi*, cit., 460 ss.

⁽¹³⁾ Dimostrava il contrario, anche dal confronto col lodo inesistente, NELA, *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 4, 1381 ss., per il quale « la regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame ha un senso in un sistema in cui sussistono impugnazioni che istituzionalmente e storicamente hanno ad oggetto l'ingiustizia della sentenza anziché la sua invalidità [...]. Ove invece simili impugnazioni non esistano, viene meno alla radice ogni esigenza di affrontare il problema ed *a fortiori* di dettare la regola della conversione. ».

⁽¹⁴⁾ Così, AULETTA, *Sub art. 824-bis*, cit., 422, per il quale, anche nel caso in cui manchi la convenzione d'arbitrato, la via per sottrarsi al lodo è l'impugnazione per nullità.

⁽¹⁵⁾ V. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., 431, il quale giunge alla medesima conclusione, della non anteriorità logica del lodo passato in giudicato rispetto al secondo giudizio, dalla dipendenza degli arbitri dalle (sole) parti, nel caso qui, instauranti il secondo giudizio. Cfr. nota 18.

Ancora, la rilevabilità d'ufficio del giudicato, di moda nella più recente giurisprudenza (non arbitrare) ⁽¹⁶⁾, deve intendersi recepita e assorbita, dallo stesso legislatore della materia arbitrare, nella modifica del motivo n. 8 che oggi non richiede più che l'eccezione di giudicato sia « dedotta » nel giudizio arbitrare ma solo che il lodo o la sentenza passata in giudicato « sia[no] stat[i] prodotti nel procedimento ». Oltre questa considerazione non si può andare: se il contrasto col giudicato non è fatto valere dalle parti come causa di nullità del lodo, questo non può essere rilevato d'ufficio dal giudice dell'impugnazione perché oltre la volontà delle parti non si può andare ⁽¹⁷⁾.

4. Tutta la sentenza muove poi da una errata, o quantomeno superata, considerazione di fondo, che si pone peraltro in aperta contraddizione col concetto stesso di « giudicato arbitrare » sulla quale si fonda, ossia che l'impugnazione per nullità « non si configura come giudizio di gravame, bensì di nullità e quindi si tratta di un giudizio in un unico grado avente ad oggetto la validità del lodo ». La stessa sentenza affermativa di quel principio, richiamata dai giudici romani (Cass. civ., 1 luglio 2004, n. 12031), poggia infatti sulla davvero poco contemporanea tesi della natura negoziale dell'arbitrato ⁽¹⁸⁾.

L'impugnazione per nullità configura a tutti gli effetti un giudizio di secondo grado rispetto al *decisum* arbitrare, oltre che un rimedio processuale (e non negoziale) ⁽¹⁹⁾, in cui trova applicazione l'art. 161, comma 1, c.p.c. ⁽²⁰⁾. Alla Corte d'appello, innanzi alla quale si propone l'impugnazione, per la stessa struttura del mezzo impugnatorio proprio dell'arbitrato, non è consentito esaminare motivi di nullità diversi da quelli

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass. civ., S.U., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810; prima, Cass. civ., S.U., 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 824 ss., con nota di SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*.

⁽¹⁷⁾ MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in questa *Rivista*, 2005, 4, 819 ss., 853; nello stesso senso, V. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., 432.

⁽¹⁸⁾ Sul giudicato arbitrare, v. AULETTA, *Sub art. 824-bis c.p.c.*, cit., ss., dove anche richiamata la dottrina classica in tema di giudicato, il quale Autore riconosce l'effetto del giudicato (tra le parti) al lodo arbitrare pur non riconoscendone l'« autorità », anche alla luce di una interpretazione sistematica, oggi forse da innovare considerando le recenti pronunce che hanno investito l'istituto arbitrare tra cui quella che ha travolto l'art. 819-ter c.p.c.; si veda anche, sul tema, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 155 ss.; BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità*, Napoli, 2005, 80 ss.

⁽¹⁹⁾ Per una recente dimostrazione, alla luce del rinnovato sistema impugnatorio, sia consentito rinviare a DE SANTIS, *Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo alla luce (diretta o riflessa) di eterogene novità normative*, in questa *Rivista*, 4, 2014, 741 ss. La conferma che l'impugnazione per nullità configuri un giudizio di secondo grado e non di unico grado viene anche dal fatto che questa, e solo quando il lodo è rituale, si propone innanzi a un giudice di secondo grado, ossia quel giudice che, in assenza di clausola compromissoria, sarebbe stato competente a conoscere l'impugnazione. Non è un argomento decisivo a favore della tesi testé sostenuta, ma rafforzativo crediamo di sì, sicché un cambio di competenza, prospettato nei disegni più recenti, potrebbe riaccendere tale tesi.

⁽²⁰⁾ Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2293.

specificamente dedotti dalle parti ⁽²¹⁾. Ne consegue che la Corte d'appello, adita dell'impugnazione, non può, anche qualora abbia natura non processuale ma sostanziale (come l'inesistenza o l'inefficacia della convenzione arbitrale), rilevare d'ufficio un vizio diverso da quelli denunciati dalle parti, essendosi questo, *medio tempore*, tradotto in motivo di impugnazione ⁽²²⁾. Una non eccessiva ingerenza dei giudici, anche in sede impugnatoria, è del resto coerente con la stessa scelta arbitrale delle parti: ciò che ammette una loro maggiore autoresponsabilità ⁽²³⁾.

La tesi sposata dalla sentenza in esame, ossia la rilevabilità d'ufficio dell'inesistenza della clausola compromissoria, di là del caso concreto — in cui crediamo non configurata, ancor prima, la fattispecie giuridica *de qua* non ponendosi nemmeno il dubbio circa l'esistenza o inesistenza della volontà delle parti di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia — era tuttavia celebrata anche in una serie di pronunce della Suprema Corte nella giurisprudenza ante riforma del 2006, che la stessa sentenza cita ⁽²⁴⁾.

MICHELA DE SANTIS

⁽²¹⁾ Cass. civ., 15 settembre 2000, n. 12165.

⁽²²⁾ AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, cit., 1599, con richiamo a Cass. civ., 14 luglio 1983, n. 4832.

⁽²³⁾ Nel caso in esame, del lodo impugnato veniva contestata, e rimessa a giudici superiori, non già la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri, poi rilevata d'ufficio (senza che vi fossero *altri* interessi da tutelare oltre quelli delle parti), ma l'ingiustizia nel calcolo del prezzo di conguaglio, avendo l'impugnante principale interesse, dopo l'accertamento della nullità del lodo, a una nuova determinazione (al rialzo) di quel prezzo e l'impugnate incidentale a una pronuncia sull'*an* di quel prezzo (o il medesimo interesse dell'impugnante principale ma di segno opposto), e non a una pronuncia meramente ablatoria giustificata sull'asserita assenza di clausola compromissoria.

⁽²⁴⁾ Anche una recentissima sentenza della Suprema Corte, Cass. civ., S.U., 8 ottobre 2014, n. 21215, ribadisce quel principio con riferimento a una fattispecie concreta cui era applicabile *ratione temporis* l'art. 829 c.p.c. nella sua precedente formulazione.