

Michela De Santis

**OBBLIGO DI BUONA FEDE E
LIMITI ALL'IMPUGNAZIONE DEL
LODO RITUALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Obbligo di buona fede e limiti all'impugnazione del lodo rituale

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il dato positivo: l'art. 829, comma 2°, c.p.c. e l'onere di eccezione nei singoli motivi di impugnazione. — 3. L'estensione applicativa dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. [...]. — 4. (*Segue*): alla violazione del principio del contraddittorio. — 5. Buona fede negoziale o coerenza processuale? — 6. La conferma processuale della coerenza di un principio di coerenza. — 7. L'inammissibilità dell'impugnazione come sanzione. — 8. Abuso del processo (cenno).

1. — Impugnare il lodo è contrario al dovere di buona fede nell'esecuzione della convenzione d'arbitrato? La risposta è chiaramente negativa, per l'esito processuale e per le finalità giurisdizionali dell'arbitrato, ma le sue origini negoziali non escludono risposta meno sicura.

È l'origine negoziale dell'arbitrato a giustificare i molti adempimenti, tradotti in condizioni di ammissibilità dell'impugnazione, prescritti dal legislatore per poter impugnare per nullità il lodo: la compressione del diritto di impugnazione nel contesto arbitrale è infatti il contraltare della fiducia (nell'arbitro e nella sua capacità decisionale) caratterizzante il contratto d'arbitrato, ma anche degli obblighi di buona fede e di cooperazione nascenti dalla convenzione arbitrale.

Nel presente contributo si tenterà di dimostrare tale assunto nonché di individuare i limiti di tale impostazione, che deve fare i conti con l'efficacia giurisdizionale del lodo, nonché con gli effetti (anche) processuali della convenzione d'arbitrato.

Perché se è vero che più spesso conviene all'arbitrato esaltarne i suoi aspetti giurisdizionali, talvolta può convenire esaltarne le fondamenta negoziali: ideale, e forse anche paradossale, sarebbe rinforzare entrambi gli elementi ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Così, CADIEU, *La renonciation à se prevaloir des irregularités de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 1996, p. 3 ss., in qualche modo anticipatore della norma francese di cui all'art. 1466 c.p.c. introdotta dall'ultima riforma, dove è trasposto il principio della *renonciation à se prevaloir des irregularités* delineato dall'a. e gemella di quella di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c., da cui l'idea del presente scritto, come dal recente dibattito della dottrina italiana sui doveri delle parti nel processo, sulla coerenza e sulla buona fede processuale, nonché dal rinnovato interesse per l'abuso « del » processo da parte di recente giurisprudenza, dibattito che si proverà, col presente contributo, a

2. — Nell'ambito dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, il legislatore, con una norma di carattere generale, avverte che « [I]a parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo » (art. 829, comma 2°, c.p.c.) ⁽²⁾. L'impugnazione verrebbe infatti dichiarata inammissibile, dove l'inammissibilità discenderebbe esattamente dalla verifica dell'insussistenza di tale condizione ⁽³⁾.

Prima di questa generale disposizione, la logica della preclusione processuale e così quella della decadenza, e conseguenti oneri di eccezione,

calare nel contesto arbitrale col suo fondamento negoziale, non resistendo alla « tentazione di ricorrere alla figura dell'abuso o ad altre ad essa affini (*venire contra factum proprium; Verwirkung*) » anche nel campo dell'arbitrato che « neppure è immune »: così, CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'« abuso sanzionabile del processo » e all'« abuso del diritto come argomento »*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss., il quale appunto accenna al tema nominando l'*estoppel* e l'« interdiction de se contredire au détriment d'autrui »; per il dibattito sull'abuso del processo della recente dottrina italiana si v. AA.VV., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII convegno nazionale* (Urbino, 23-24 settembre 2011), in *Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2012, *passim*; ma anche il quaderno più recente su *Etica del processo e doveri delle parti. Atti del XXIX convegno nazionale* (Genova, 20-21 settembre 2015), in *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2015, *passim*; GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, *passim*, dove anche lì una comparazione con il sistema francese; ID., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 ss.; TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio Critico*, Napoli, 2015, *passim*, dove un'analisi sistematica dell'argomento dell'abuso del processo (anche di quello amministrativo, la cui giurisprudenza ha recentemente rivalutato l'argomento della « non contraddizione » a sostegno dell'inammissibilità) e un'analisi comparativa con altre clausole generali come la buona fede e l'*exceptio doli generalis*.

⁽²⁾ Su questa norma, introdotta dalla novella del 2006 con l'obiettivo di razionalizzare le ipotesi di impugnazione per nullità anche sancendo uno stretto legame tra il comportamento processuale delle parti nel corso del procedimento arbitrale e l'impugnazione, v. MENCHINI, *L'impugnazione del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, pp. 524 e 546; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 238 ss.; ID., sub art. 829 c.p.c., in *Commentario c.p.c.*, diretto da Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, Torino, 2013, p. 772 ss. Per una recente applicazione pratica della norma, v. App. Milano, sez. I, 1° luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 172 ss., con nota di MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello*; anche in *Riv. arb.*, 2015, p. 83 ss., con nota di M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1°, n. 4: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, dove anche un'analisi dell'estensione applicativa della succitata norma.

⁽³⁾ V. *infra* n. 7 sull'inammissibilità dell'impugnazione.

caratterizzano già i singoli motivi di impugnazione ⁽⁴⁾: si legge infatti al n. 1 che l'impugnazione per nullità è sì ammessa se la convenzione d'arbitrato è invalida, ma « ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma » e cioè purché l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato siano « excepi[te] nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri »; al n. 2, che il lodo è impugnabile « se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del [...] titolo [VIII] », ma « purché la nullità sia stata dedotta nel [corso del] giudizio arbitrale »; al n. 4 che il lodo è impugnabile se « ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato », ma « ferma la disposizione dell'articolo 817, [terzo] comma », ossia purché la parte impugnante già « nel corso del procedimento arbitrale » abbia eccepito « che le conclusioni delle altre parti esorbita[va]no dai limiti della convenzione d'arbitrato »; che, ancora, il lodo è impugnabile se « è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito », ma « salvo il disposto dell'articolo 821 » e cioè salvo che la parte impugnante, prima della deliberazione del lodo, « abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende[va] far valere la loro decadenza »; che il lodo è impugnabile « se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità » « e la nullità non [sia] stata sanata »; che il lodo è sì impugnabile se « contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti », ma « purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento » ⁽⁵⁾.

Da tale quadro normativo emerge come il legislatore abbia voluto tanto dettare specifiche condizioni di ammissibilità dei singoli motivi di impugnazione, ma anche affermare positivamente, non lasciandolo alla via interpretativo-sistematica, un principio generale che, come tale, deve ispirare l'intera disciplina dell'impugnazione ⁽⁶⁾: se il vizio di nullità denun-

⁽⁴⁾ Per una nozione di preclusione e di decadenza, v. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2012, I, p. 252.

⁽⁵⁾ Sugli oneri di eccezione, deduzione e produzione di cui ai singoli motivi di impugnazione, su modalità e termini di detti adempimenti, v. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 17 ss.; *Id.*, sub *art. 829 c.p.c.*, cit., p. 772 ss.

⁽⁶⁾ Verrà definito *infra* (n. 5) il principio « di coerenza » o di « non contraddizione » che principio è. Cfr. in generale, sul principio di coerenza nel processo, AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, intervento a convegno, Milano, 17 ottobre 2014, il quale, definendolo, con un richiamo ad Aristotele (Libro IV della *Metafisica*), « il più sicuro di tutti i principi », non ne ha rivelato la validità anche nell'ambiente del processo, ma ne ha dimostrato la vigenza (v. *infra* n. 6) e le conseguenze. La natura di « principio » dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. spiegherebbe il non allineamento tra detta « norma » e quelle immediatamente precettive dettate dai singoli motivi (ad esempio quella dettata nel motivo n. 1 che impone l'opposizione dell'eccezione di invalidità della convenzione d'arbitrato « nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri », quindi in un momento più esatto rispetto a quello indicato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c.). Il principio consente anzi di integrare alcuni motivi essendone questi ultimi

ciato in sede di impugnazione è stato procurato dalla stessa parte denunciante, o non è stato eccepito nel corso del procedimento arbitrale, o vi è stata rinuncia (sempre, s'intende, nel corso del procedimento, e non già prima, visto che, ai sensi dell'art. 829, comma 1°, c.p.c., l'impugnazione è ammessa di là di ogni « preventiva » rinuncia) (7), questo non può convertirsi in motivo di impugnazione.

La norma individua dunque tre diverse situazioni, prevedendo, tuttavia, al loro verificarsi, il medesimo effetto processuale dell'inammissibilità dell'impugnazione (*rectius*, il non potere impugnare il lodo): che lo stesso impugnante abbia dato causa al motivo di nullità, che vi sia stata rinuncia a far valere la nullità, che la nullità non sia stata eccepita nei modi e nei tempi previsti dai singoli motivi di impugnazione (8).

3. — L'ambito applicativo del principio affermato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c. è esteso, per sua stessa natura, a tutte le nullità del lodo, caratterizzando l'impugnativa nel suo complesso. Resta inteso che non può estendersi a quelle nullità che hanno colpito direttamente e solo il lodo arbitrale, non potendo queste sopportare oneri di eccezione nel corso del procedimento (9): per tutte le altre il principio sancito al comma 2° dell'art.

espressione: ad esempio, il motivo di cui al n. 2 che impone la deduzione della nullità derivante dal vizio di nomina degli arbitri « nel giudizio arbitrale », così il vizio di nomina deve essere dedotto nei primi scritti difensivi e solo dalla parte che non abbia effettuato la nomina. In questo senso, già, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 648. *Contra* la giurisprudenza ante-riforma: Cass., sez. I, 3 giugno 2004, n. 10561, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2920; Cass., sez. I, 14 febbraio 2005, n. 2208, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1054. Così, anche per il motivo di cui al n. 4 che consente di far valere che il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato solo se è stata sollevata la relativa eccezione « nel corso dell'arbitrato »: l'applicazione del principio *de quo* consente di concludere che la parte contro la quale la domanda esorbitante è proposta deve opporre tempestivamente l'eccezione, prima di difendersi nel merito della stessa, pena l'inammissibilità dell'impugnazione per il medesimo motivo (oltre che l'impugnazione non può essere proposta dalla stessa parte che ha proposto la domanda: v., anche ante riforma del 2006, CECHELLA, *Le impugnazioni del giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, p. 219; ZUCCONI GALLI FONSENCA, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2008, p. 725.

(7) Così MARINUCCI, *op. cit.*, p. 239.

(8) Il secondo e il terzo sono meccanismi l'uno di rinuncia, l'altro di rinuncia implicita (quindi, questo secondo, di acquiescenza) più che di sanatoria, che si ritrova solo nel motivo n. 7, a tenore del quale il lodo è impugnabile « se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata ». V. *infra*.

(9) Così, CONSOLO, *op. cit.*, p. 547; MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., p. 855. Si percepiscono col lodo l'extrapetizione (n. 4, seconda parte), la nullità del lodo carente dei requisiti di legge (n. 5), la nullità del lodo che accerta sussistente un presupposto processuale impediente in realtà non sussistente (n. 10), la nullità del lodo

829 c.p.c. dovrebbe, proprio per la sua essenza e caratteristica di generalità, anche in mancanza di una espressa (speciale) previsione e dell'espressa indicazione di termini e modalità di eccezione o deduzione, trovare applicazione, caratterizzando l'impugnativa in generale ⁽¹⁰⁾. Così, la natura di principio, e non di mera regola, è insita nella sua stessa riaffermazione accanto alle indicazioni di cui ai singoli motivi di impugnazione ⁽¹¹⁾.

Per espressa previsione normativa, c'è un onere d'eccezione o, a seconda dei casi, deduzione, delle nullità di cui ai nn. 1, 2, 4, prima parte, e 6 (convenzione d'arbitrato invalida, e finanche inesistente, salvo il caso di controversia non arbitrabile, nomina degli arbitri non conforme alla volontà delle parti e alla legge, lodo *extra compromissum*, lodo pronunciato oltre il termine), perché queste possano convertirsi in motivi di impugnazione; ancora per espressa previsione normativa, c'è un onere di produzione per il motivo di cui al n. 8 (lodo contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a sentenza passata in giudicato); e, al motivo n. 7, è indicato un meccanismo di sanatoria della nullità analogo a quelli previsti dagli artt. 156 ss. c.p.c. (per raggiungimento dello scopo o per convalidazione soggettiva a séguito di mancata deduzione del vizio nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso).

Quali casi residuano, allora, eccettuando quelli in cui l'onere di eccezione è confermato nel singolo motivo e quelli percepibili solo con lodo? L'incapacità d'agire dell'arbitro che ha pronunciato il lodo e la violazione del principio del contraddittorio, di cui ai motivi nn. 3 e 9. La gravità dei vizi lì indicati induce una parte della dottrina a ritenere che per quei vizi non possa trovare applicazione un meccanismo di sanatoria, sostanziandosi, quei difetti, in nullità assolute e, come tali, non sanabili ⁽¹²⁾. Estranei all'ambito applicativo del principio di cui all'art. 829,

che contiene disposizioni contraddittorie (n. 11) e la nullità del lodo viziato da infrapetizione (n. 12). Potrebbe percepirsi solo con lodo (*rectius*, dalla sua lettura) anche la sua tardività e in questo caso non potrebbe richiedersi l'adempimento di cui all'art. 821, comma 2°, c.p.c. (ossia la notifica, all'altra parte e agli arbitri, che si intende far valere la decadenza degli arbitri) a pena di inammissibilità dell'impugnazione. Così VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 158.

⁽¹⁰⁾ Alla medesima conclusione, sia pur non affermando che si tratti di principio applicabile in tutti i casi, giunge SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 912, per la quale la previsione del comma 2° dell'art 829 c.p.c. « vale [...] con riferimento alle sole ipotesi che non hanno specifica regolamentazione ».

⁽¹¹⁾ Per CONSOLO, *op. cit.*, p. 548, il ribadito, principio « in un ottica di massima protezione del lodo, vuole probabilmente imporre [...] che la deduzione con cui la parte reagisce alla violazione della norma processuale deve essere pressoché subitanea ».

⁽¹²⁾ Nel senso che la violazione del principio del contraddittorio non è subordinata alla preclusione di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c., « in ragione della natura assoluta della nullità cui detta violazione dà luogo », MARINUCCI, *Motivi di impugnazione*, cit., p. 179. *Contra*, quindi nel senso del testo (ossia della estensione applicativa dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. alla violazione del contraddittorio), SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 912; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, cit., p. 762, pur riconoscendo la « severità » della

comma 1°, c.p.c. sarebbero anche la nullità del lodo che ha deciso su materia non arbitrabile e la nullità del lodo contrario all'ordine pubblico, e ciò in ragione del dato positivo: l'onere di eccezione di cui al n. 1, infatti, col richiamo all'art. 817, comma 2°, seconda parte, c.p.c., fa salvo il caso di controversia non arbitrabile (isolando, la norma da ultimo citata, questa causa di invalidità della convenzione arbitrale dalle altre) ⁽¹³⁾ e l'art. 829, comma 3°, c.p.c. ammette l'impugnazione delle decisioni arbitrali per contrarietà all'ordine pubblico « in ogni caso » (e non solo, nonostante qualunque « preventiva » rinuncia), violazione che, come quella delle regole di diritto relative al merito della controversia, è riconducibile solo alla fase deliberativa, così potendo affiorare solo con la decisione arbitrale e non prima ⁽¹⁴⁾.

4. — Il rispetto del principio del contraddittorio da intendere — come ricorda, nel porre un limite alla volontà delle parti, l'art. 816-*bis* c.p.c. ⁽¹⁵⁾ — nel senso che devono essere concesse alle parti, nel corso del

norma. Non ci si occuperà nel presente contributo del motivo di cui al n. 3, quindi del motivo con cui si fa valere l'incapacità dell'arbitro stante la sua residualità applicativa, ma del solo, e più frequentemente invocato, motivo della mancata osservanza del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale. Tuttavia, non vi sono ragioni per escludere tale motivo dall'applicazione del principio qui in considerazione, anche per le ragioni che si spiegheranno *infra*. Così BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, p. 346; solleva il dubbio VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 158. *Contra* MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., p. 806, per la quale anche in questo caso il lodo sarebbe addirittura inesistente, oltre che, va da sé, il requisito dell'incapacità insuscettabile di implicita rinuncia. Per ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 607, *ante* riforma il motivo n. 3 non richiedeva « sicuramente » preventivo rilievo, mentre dopo il 2006 (*Id.*, *Casi di nullità*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 723), l'a. non è dello stesso avviso riconoscendone la sostanziale « disponibilità » tenuto conto appunto della *ratio* della norma che è quella di impedire alle parti di sollevare, a fini dilatori, le irregolarità, oltre che sulla considerazione del rigore con cui, dopo la novella del 2006, vanno individuate le ipotesi di inesistenza del lodo.

⁽¹³⁾ Isolamento da cui possiamo ricavare (solamente) che l'eccezione di non arbitrabilità della controversia può essere sollevata senza limiti di tempo, ma non l'inesistenza del lodo reso su controversia non arbitrale. Così, ANDRIOLI, *Commento*, IV, cit., p. 910; MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, p. 148 nota 228; BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 539; *contra* MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., p. 785. Nel senso che la (distinta) eccezione di inesistenza della convenzione d'arbitrato è soggetta alla preclusione *de qua* anche MARINUCCI, *sub art. 829 c.p.c.*, cit., p. 793.

⁽¹⁴⁾ Anche letteralmente, il comma 2° dell'art. 829 c.p.c. ha ad oggetto « la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale ». Cfr. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 911.

⁽¹⁵⁾ V., per una recente applicazione, Cass., sez. I, 27 dicembre 2013, n. 28660, in *banca dati Pluris*, cui la Corte precisa, sul principio de contraddittorio sancito dall'art.

procedimento arbitrale, ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa (almeno nell'ambito del motivo di cui al n. 9, qui in esame) ⁽¹⁶⁾, è elemento stesso del processo, ordinario o arbitrale che sia, con la differenza che in arbitrato non ci sono forme (per lo più preclusive) predeterminate e atte a garantirlo: infatti queste sono lasciate nella disponibilità delle parti. Tuttavia, non essendo il contraddittorio un principio disponibile, a differenza delle forme tramite cui assicurarne il rispetto, e considerata la sua riconducibilità entro l'ordine pubblico processuale, la sua violazione non sarebbe passibile di rinuncia o sanatoria. Tale argomento, tuttavia, non convince.

Definire il rispetto del contraddittorio un principio di ordine pubblico processuale, protetto da garanzia costituzionale ⁽¹⁷⁾, non vale *ex se* ad escludere l'applicazione di una preclusione dettata per il particolare ambito arbitrale, dove è cogente un principio di autoresponsabilità di derivazione sostanziale ⁽¹⁸⁾. A sostegno della sua estensione applicativa viene allora l'argomento « negoziale » della buona fede che consente di far prevalere

816-*bis* c.p.c., che « non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce [...] implica una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, nel procedimento arbitrale (come in quello ordinario) aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio non ha un rilievo meramente formale, ma consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa ». In applicazione di tale principio, la s.C. ha rigettato il ricorso con il quale una parte sosteneva che l'altra avesse modificato le proprie domande nel c.d. « foglio conclusioni » introducendo nuovi temi, i quali, invece, erano stati ampiamente discussi davanti agli arbitri.

⁽¹⁶⁾ Il principio del contraddittorio cui fa riferimento il motivo di impugnazione di cui al n. 9 (« se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio ») è infatti quello « dinamico », nel senso del testo, e non quello statico derivante dalla mancata partecipazione al processo del soggetto nei cui confronti il giudice deve decidere; infatti, in questo secondo caso, la mancata attuazione del contraddittorio integra una questione processuale impediente, riconducibile al motivo di cui al n. 4 (« il lodo [...] ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso »), con esito solo rescindente del giudizio di impugnazione, e per il quale non v'è un onere di eccezione essendo il vizio percepibile solo con il lodo. Così MARINUCCI, *op. cit.*, p. 155 ss. Sulla distinzione, cfr. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 5 ss.

⁽¹⁷⁾ Costituzione che comunque lo sancisce all'art. 111 cost. del Titolo IV dedicato a « [l]a Magistratura », che non vuol dire che non sia principio cui deve soggiacere anche il procedimento arbitrale, ma che questo non è valore finale bensì strumentale all'attuazione dell'inviolabile diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2°, cost. cui soggiace l'arbitrato.

⁽¹⁸⁾ *Contra* MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., p. 22. Per una applicazione pratica, v. App. Milano, 1° luglio 2014, cit., in cui la Corte d'appello ha dichiarato la censura di nullità del lodo pronunciato per violazione del principio del contraddittorio *ex art.* 829, comma 1°, n. 9, c.p.c. « inammissibile, ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c. », estendendo dunque l'ambito applicativo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c., alla deduzione

qui le origini contrattuali dell'arbitrato sulle sue finalità giurisdizionali, evitando l'uso strumentale della nullità del lodo. Se le parti in arbitrato hanno il potere di determinare le norme che regolano il procedimento, hanno anche l'onere, tutto sommato sopportabile, di rilevarne tempestivamente le irregolarità procedurali, non appena (e se) percepibili, anche quelle che derivino dalla violazione del principio del contraddittorio, che quelle medesime regole, peraltro, dovrebbero essere tese ad evitare.

Del resto, l'autoresponsabilità, come concetto giuridico, si accompagna all'autonomia e l'autonomia (negoziale) è il fondamento stesso dell'arbitrato, così l'onere processuale, dalla cui trasgressione deriva l'autoresponsabilità, è dilatato in arbitrato, come dimostrano le norme succitate e la disciplina dell'impugnazione nel suo complesso⁽¹⁹⁾. La tentazione di non sollevare in via subitanea l'irregolarità per sollevarla solo se soccombenti e in un momento successivo, che può essere la fase d'impugnazione o quella di (opposizione all') esecuzione, è forte: enfatizzare l'aspetto contrattuale dell'arbitrato per impedire tale « abuso », accettando dei meccanismi di sanatoria, e distanziando il procedimento arbitrale dal processo ordinario, può allora essere una soluzione⁽²⁰⁾.

Il legislatore, con l'affermazione di tale principio, ha fatto apertamente prevalere l'essenza privatistico-negoziale dell'arbitrato, e gli interessi delle sole parti, sulla sua finalità pubblico-giurisdizionale, di interesse generale (a un procedimento rispettoso dei principi cardine del processo). In fondo, dunque, come correttamente concluso⁽²¹⁾, sta proprio qui il nodo della questione: nell'essenza stessa dell'arbitrato, nei margini di autonomia negoziiale lasciata alle parti.

5. — Il principio chiaramente affermato nell'art. 829, comma 2°, c.p.c., ma che potrebbe ricavarsi anche dal sistema stesso dell'art. 829 c.p.c., quindi la sua estensione applicativa, viene allora dalle origini negoziiali dell'arbitrato e dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede che grava sui paciscenti. E se quest'obbligo cessasse con l'emanazione del lodo? Anche se cessasse, non rimarrebbe forse un obbligo, di una — più

della violazione del principio del contraddittorio come motivo di impugnazione. La violazione del contraddittorio, in quel caso, derivava dalla mancata enunciazione, in un arbitrato di equità, dei criteri di giudizio cui gli arbitri si sarebbero attenuti nel decidere la lite con conseguente impossibilità per le parti, asseriva l'impugnante, di svolgere adeguatamente, nel corso del procedimento arbitrale, le proprie difese.

⁽¹⁹⁾ Non ricollega il divieto di *venire contra factum proprium*, di cui è espressione l'art. 157, comma 3°, c.p.c., nonché la norma qui in commento, al principio di autoreponsabilità, MENCHINI, *Principio di preclusione e autoreponsabilità processuale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, p. 979 ss., il quale a. ricerca l'origine e fa un'analisi dell'autoreponsabilità nel contesto processuale. V., anche, TROPEA, *op. cit.*, p. 626, per il quale l'art. 157, comma 3°, c.p.c. è espressione di quel principio.

⁽²⁰⁾ V. *infra* n. 8 sull'argomento dell'abuso processuale.

⁽²¹⁾ CADJET, *La renonciation*, cit., p. 8.

oggettiva della buona fede — coerenza che il legislatore ha elevato, nel contesto arbitrale, a principio positivo, di cui gli oneri di eccezione e deduzione nei singoli motivi di impugnazione non ne sono che declinazioni? ⁽²²⁾.

Un principio di coerenza può infatti essere ravvisato, e così definito, (nel)l'art. 829 c.p.c. che ammonisce con l'inammissibilità l'impugnazione che si manifesti incoerente rispetto a un precedente, nel tempo, comportamento processuale. Così, alla statica, e di derivazione sostanziale, buona fede, dopo l'emanazione del lodo, succede una consequenziale *coerenza*, che ben si confà a un contesto più dinamico come quello processuale dell'impugnazione per nullità o dell'esecuzione ⁽²³⁾.

Nell'arbitrato quel principio è esaltato dall'autoresponsabilità delle parti (che da sé sola non sarebbe tuttavia sufficiente a rendere inefficace l'atto d'impugnazione incoerente rispetto al precedente, nel tempo, mancato esercizio del potere di eccezione), il cui fondamento si ritrova proprio nelle origini negoziali dell'arbitrato: è insomma la dimensione contrattuale a giustificarne l'esistenza a livello di diritto positivo. L'oggettività del dovere di agire razionalmente nel processo, quindi il divieto di *venire contra factum proprium*, che l'art. 829 c.p.c. manifestamente afferma per l'arbitrato, e la reazione dell'ordinamento (che di séguito si esaminerà), sono in linea, del resto, con la razionalità che è sottesa alla stessa « scelta arbitrale » come *accordo* razionale alla creazione di un mezzo per eliminare un conflitto insorto, ma anche con quel « senso razionalizzatore » che dovrebbe aver impresso il legislatore delegato alla disciplina e ai motivi di impugnazione del lodo ⁽²⁴⁾.

6. — E se la visuale del nostro argomentare, che forza l'obbligo di

⁽²²⁾ Interrogativi che si è posta e cui ha risposto la dottrina francese proprio nominando un *principe de cohérence*: v. PINSOLLE, Nota a Cass., 1re civ., 6 juillet 2005, n. 01-15912, in *Rev. arb.*, 2005, p. 994 ss.; CADIET, *La renonciation*, cit., p. 37; più recentemente, v. HOUTCIEFFE, *Principe de cohérence*: « *Au commencement était le verbe* », nota a Cass., 1re civ., 24 septembre 2014, n. 13-14.534, in *Jur. class. pér. sem. jurid.*, 2014, p. 1141 ss. Nella dottrina italiana, in generale sul principio di coerenza, v. AULETTA, *Il principio generale di coerenza*, cit., *passim*.

⁽²³⁾ COSÌ, CADIET-NORMAND-AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis Droit, 2014, p. 641 ss., per i quali questo principio si traduce in quello dell'*estoppel*, oggi trasposto nell'art. 1466 c.p.c. (v. *supra* nota 1).

⁽²⁴⁾ V. *supra* nota 2, dove un cenno alla legge delega (l. 14 maggio 2005, n. 80) del d.lgs. n. 40/2006 introduttivo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c., che indicava tra i principi guida la « la razionalizzazione delle ipotesi [...] esistenti di impugnazione per nullità » nonché alle intenzioni del nuovo legislatore delegante di « razionalizzazione della disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale » di cui alla « [d]elega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile », testo presentato alla Camera dei deputati in data 11 marzo 2015 (atto n. 2953/C/XVII).

buona fede è quella del diritto sostanziale ⁽²⁵⁾, dalla prospettiva processuale viene la conferma, conferma che del resto è insita nella stessa selezione di un principio ulteriore (a quello di buona fede) come quello di coerenza: l'art. 829, comma 2°, c.p.c. è infatti un'applicazione diretta dell'art. 157, commi 2° e 3°, c.p.c., in tema di nullità degli atti processuali, il cui ambito applicativo è generale, come generale è l'ambito applicativo dell'art. 829, comma 2°, c.p.c. ⁽²⁶⁾. La vigenza di un principio generale di coerenza (o di non contraddizione) è, in fondo, provata dalla coerenza di alcune norme fondamentali, quali gli artt. 157, ult. cpv., (« [l]a nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente ») e 329, 1° comma. (« [...] l'acquiescenza risultante da accettazione espressa o da atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge ne esclude la proponibilità ») ⁽²⁷⁾, le stesse che si rinvergono, sia pur declinate per il contesto arbitrale, nell'art. 829, commi 1° e 2°, c.p.c.

Sulla sanabilità (a certe condizioni, quelle dettate appunto, nella materia arbitrale, dall'art. 829, comma 2°, c.p.c.) di un vizio astrattamente insanabile come quello derivante dalla violazione del principio contraddittorio, sancita dall'art. 158 c.p.c., la suprema Corte ha chiarito che la violazione del contraddittorio, desumibile entro il motivo n. 9 dell'art. 829, comma 1°, c.p.c. non è rilevabile « se l'atto ha egualmente raggiunto lo scopo di instaurarne uno regolare o se comunque l'inosservanza non ha causato pregiudizio alla parte » ⁽²⁸⁾. Come in generale, e fuori dal contesto arbitrale, vale il principio per cui l'omessa inosservanza del contraddittorio « non sfugge alla preclusione del giudicato e quindi si adegua al principio generale dell'art. 161, comma 1°, c.p.c., obbligando l'interessato ad eccepirlo o a dedurla soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi d'impugnazione, tipicamente esperibili nei confronti della pronuncia decisoria » ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Da cui altre conferme (ma anche smentite: si pensi al caso del donante che, a fini restitutori, può far valere la nullità della donazione che egli stesso ha realizzato) possono venire, di là della clausola generale di cui all'art. 1375 c.c. Ad esempio, dall'art. 1421 c.c. a norma del quale « [l]a nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa », o dall'art. 1362, comma 2°, c.c. che impone di « valutare il [...] comportamento [...] anche posteriore [alla conclusione del contratto] », che sottendono un principio di coerenza. V. ASTONE, *Venire contra factum proprium: divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, *passim*.

⁽²⁶⁾ Nel senso che l'art. 829, comma 2°, c.p.c. è un'applicazione diretta dell'art. 157, commi 2° e 3°, c.p.c., CONSOLO, *op. cit.*, pp. 524 e 546; nello stesso senso MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., p. 854

⁽²⁷⁾ Così AULETTA, *Il principio generale di coerenza*, cit., *passim*.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 2201, in *banca dati Pluris*.

⁽²⁹⁾ Cass., sez. II, 24 maggio 2000, n. 6808, in *Giur. it.*, 2007, 1, p. 718 ss., con note di DIDONE e SALETTI. La conclusione cui siamo giunti su questo punto può tuttavia essere smentita dalla lettura combinata dell'art. 158 c.p.c. e dell'art. 397 c.p.c.: la non assoggettabilità del lodo alla revocazione del p.m., coerente con l'impossibilità di

Il legislatore del 2006, con l'art. 829, comma 2°, c.p.c., nel confermare un principio desumibile dal sistema, ne ha, nel campo dell'arbitrato, enfatizzato la portata ed esteso l'ambito applicativo (anticipando l'obbligo di eccezione/deduzione — dalla fase impugnatoria — al procedimento arbitrale) proprio in considerazione del fondamento negoziale dell'arbitrato, vale a dire del vincolo di fedeltà, cooperazione e collaborazione, che non corre tra i soggetti protagonisti del processo, se non blandamente dall'attuazione del principio del contraddittorio ⁽³⁰⁾, ma che corre tra le parti di un contratto ⁽³¹⁾.

7. — L'incoerenza è allora sanzionata con l'inammissibilità, cioè con una sanzione che non colpisce la parte ma l'atto e che, nel contesto dell'impugnazione per nullità *ex art. 829 c.p.c.*, non presuppone una valutazione discrezionale del giudice circa la manifesta infondatezza della censura, ma l'accertamento di un requisito oggettivo, l'aver mancato di sollevare la relativa eccezione del corso del procedimento, salvaguardando il principio di tassatività delle nullità ⁽³²⁾.

Del resto, l'impugnazione per nullità stessa « è [essa stessa] ammessa » solo per motivi di rito e così l'inammissibilità, da cui viene la chiusura in rito dell'impugnazione, è una sanzione del tutto in linea con l'impianto processuale dello strumento impugnatorio ⁽³³⁾. Se in generale infatti si

intervento del p.m. nel procedimento arbitrale, infatti, lascia « incompiuta » la regola di cui all'art. 158 c.p.c., con conseguente ingiustificata disomogeneità di trattamento tra lodo e sentenza. Così RUFFINI, « *Efficacia di sentenza* » del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, in *Riv. arb.*, 2000, p. 465 nota 19.

⁽³⁰⁾ V. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 564 ss., spec. p. 564 s.

⁽³¹⁾ E che, con riguardo all'arbitrato, corre tra le parti e tra le parti e gli arbitri avuto riguardo a entrambi i rapporti contrattuali che lo fondano. Cfr. TROPEA, *op. cit.*, p. 244, il quale adduce, quale argomento a sostegno della sua tesi (critica nei confronti dell'argomento dell'abuso del diritto, v. *infra* nota 33), proprio l'assenza di tale « vincolo di fedeltà » nel processo, argomento che qui usiamo a contrario.

⁽³²⁾ Soggettivismo e discrezionalità caratterizzano, ad esempio, e come termine di paragone, l'« inammissibilità » dell'art. 360-bis c.p.c. Sull'inammissibilità dell'impugnazione per nullità in generale, v. BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo*, Napoli, 2005, p. 87 ss.

⁽³³⁾ Cfr. GHIRGA, *Abuso del processo*, cit., p. 45 ss., dove una comparazione con l'ordinamento francese e la sua *irrecevabilité*; si v., anche lì richiamato, CADIEU, *La sanction et le procès civil*, in *Mélanges Jacques Héron*, 2008, p. 128 ss. V. anche riferimenti in nota seguente. Sulla sanzione dell'inammissibilità nel processo amministrativo, usata anche in quel contesto, sia pur in assenza di un dato positivo univoco nel senso dell'« inammissibilità » del ricorso, si legga l'art. 10-bis della l. n. 241/1990 che la dottrina ha interpretato nel senso che il privato non può, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai rappresentate in sede di procedimento pur avendone la disponibilità, v. TROPEA, *op. cit.*,

tende a sminuire i problemi di rito sull'idea che debbano essere ridotte all'essenziale le ipotesi di nullità formale, nel contesto dell'impugnazione per nullità deve valere esattamente il contrario, da qui la tipizzazione del principio di cui all'art. 829, comma 2°, c.p.c. nei singoli motivi di impugnazione, il « tono » più severo del legislatore e l'allargamento delle possibilità di chiusura in rito del giudizio di impugnazione ⁽³⁴⁾. Nel contesto dell'impugnazione per nullità, infatti, tra nullità e inammissibilità non v'è

p. 462, il quale cita CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, relazione svolta il 23 aprile 2008 al convegno, organizzato dal Consiglio di Stato, in memoria di Feliciano Benvenuti, spec. par. 7, il quale richiama l'istituto dell'*estoppel* (e il divieto di *venire contra factum proprium*) come espressione di abuso del diritto paralizzabile attraverso l'*exceptio doli generalis*. L'accostamento di tali « concetti, argomenti e istituti » per Tropea non è tuttavia accettabile. In giurisprudenza amministrativa di legittimità, v. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 750 ss., con nota di BARBIERI, in cui il supremo organo amministrativo ha chiaramente affermato l'incidenza del divieto di abuso del diritto anche nell'ambito processuale riallacciandolo al canone costituzionale di solidarietà e alla buona fede, affermando, su una *quaestio iurisdictionis*, che il ricorrente non può eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel secondo grado di giudizio, dopo averlo adito in primo grado, pena la violazione del principio del divieto di « *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche ». Il Consiglio di Stato richiama Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 (che può leggersi anche in *Giur. it.*, 2008, IV, p. 929 ss.) e Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 (che può leggersi in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 694 ss., con nota di GALLO), a testimonianza del riconoscimento, nel nostro sistema, di un « generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, divieto che, ai sensi dell'art. 2 cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto ». In giurisprudenza amministrativa di merito, v. Tar Puglia, Bari, sez. II, 9 maggio 2002, n. 2269, in *www.giust.it*, che dichiara il ricorso inammissibile per carenza di interesse desumibile dall'acquiescenza preventiva prestata dalla ricorrente al provvedimento impugnato. I giudici amministrativi richiamano l'art. 329 c.p.c. e affermano che « si riscontra [...] il ricorso all'acquiescenza in tutti i casi in cui, nel comportamento del ricorrente, siano rinvenibili elementi che si pongano in contraddizione, o comunque in rapporto di non coerenza con la proposizione del gravame ». V. anche Tar Campania, Salerno, sez. II, 19 luglio 2007, n. 860, in *banca dati Dejure*, in cui è stata dichiarata l'inammissibilità, sempre per carenza di meritevolezza del sotteso interesse, di un ricorso con cui il ricorrente censurava la legittimità di una concessione edilizia rilasciata ai vicini, contestandola sulle medesime ragioni su cui il Comune l'aveva a lui rilasciata (dichiara il Tar « l'inammissibilità della doglianza, piuttosto che per carenza del (processuale) interesse ad agire, per difetto di meritevolezza del (sostanziale) interesse azionato »). Tale giurisprudenza è richiamata e criticata da TROPEA, *op. cit.*, p. 460 ss., il quale, qui in estrema sintesi, critica l'approccio « funzionale » (o « strumentale ») del giudice al raggiungimento di un obiettivo (più che all'interpretazione della norma), la strumentalità del processo rispetto al diritto, nonché, coerentemente, critica le tesi della meritevolezza della tutela sfociante in una sanzione dell'atto e non del comportamento.

⁽³⁴⁾ Cfr. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurispru-*

conflitto — quel conflitto nato in seno al processo ordinario e al suo sistema impugnatorio, come ridisegnato dalle più recenti riforme, che, nel lasciare troppi margini al giudice dell'impugnazione (e alla categoria dell'« inammissibilità »), vulnera il principio di tassatività delle nullità e in generale quello di soggezione del giudice alla legge — ma armonia.

Ci possiamo a questo punto domandare se l'inammissibilità derivante dalla violazione di quel principio (e non quella derivante dalla astratta riconducibilità del vizio dedotto a uno dei casi tassativamente indicati dalla legge, che è altra questione) sia o non sia rilevabile d'ufficio ⁽³⁵⁾. La risposta deve anzitutto muovere dalla generale premessa che l'impugnazione per nullità lascia poco spazio alla rilevabilità d'ufficio del giudice e la ragione di ciò risiede, ancora, nelle origini negoziali dall'arbitrato, quindi nella struttura stessa dell'impugnazione per nullità che onera le parti della deduzione dei vizi di nullità. Qui tuttavia il giudice rileverebbe d'ufficio non la nullità, ma l'inammissibilità del motivo dedotto dall'impugnante. Il rilievo è dunque diverso e di segno opposto. La risposta può essere che al giudice *non è impedito* dichiarare inammissibile l'impugnazione (perché la parte vi ha rinunciato) e ciò quand'anche sia egli stesso ad averne la percezione.

8. — Non possiamo non concludere con una — quasi certamente, semplicistica (considerando la « longevità » e la complessità del tema), ma anche imposta dal tema che qui si è deciso di trattare — riflessione sull'« abuso del processo », argomento su cui la giurisprudenza ha mostrato rinnovato interesse, imposto, si dice, da esigenze di amministrazione della giustizia ⁽³⁶⁾. La sua versatilità ci consente infatti di calare l'argomento nel campo dell'arbitrato e dell'impugnazione del lodo ⁽³⁷⁾: non

denza della Corte di cassazione, Napoli, 2012, p. 32; nonché, VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 505 ss.

⁽³⁵⁾ Per quanto a nostra conoscenza, la dottrina italiana non si è posta questo interrogativo con specifico riferimento all'inammissibilità derivante dall'art. 829, comma 2°, c.p.c. In generale, sulla rilevabilità d'ufficio dell'inammissibilità, quella derivante da cause ricavabili dai principi generali (ad esempio per carenza di legittimazione e interesse ad impugnare), v. BOCCAGNA, *op. cit.*, p. 60 ss.; App. Roma, sez. III, 19 aprile 2011, in *banca dati Pluris*. In dottrina francese, CADIEU, *La renonciation*, p. 38, nel senso del testo.

⁽³⁶⁾ Per riferimenti in giurisprudenza, v. *supra* nota 33. In dottrina, v. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., p. 505 ss. e altri riferimenti *passim* nelle note precedenti.

⁽³⁷⁾ V. nota 1, dove riferimento a CONSOLO, *Note necessariamente divaganti*, cit., p. 1292, per il quale vi è spazio per l'inammissibilità, ma non vi è alcuno spazio per invocare l'« abuso » di poteri processuali, nella vicenda arbitrale e nemmeno in sede impugnatoria. Il tema dell'abuso del processo, legato a quello dell'*estoppel*, nell'arbitrato è peraltro argomento ricorrente e attuale nell'arbitrato internazionale, anche per reprimere comportamenti processuali impeditivi del riconoscimento e dell'esecuzione

abusa *del* processo chi impugna il lodo deducendo un vizio che avrebbe potuto eccepire già nel corso del giudizio arbitrale o a cui egli stesso ha dato causa (anche prescindendo da ogni valutazione sulla quantità di giurisdizione oggi disponibile e sprecabile per l'arbitrato) ⁽³⁸⁾?

Una risposta positiva può, abbiamo provato a dimostrare, trovare sostegno, e forse conferma, nella stessa scelta arbitrale e nelle origini negoziali dell'arbitrato. E allora, forse, anche un giudizio sulla « meritevolezza della tutela richiesta », sotteso alla dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione per nullità, può (s)occorrere in questo contesto ⁽³⁹⁾: perché, ancora ragionando a contrario, quel giudizio e quella dichiarazione di inammissibilità — oltre a trovare, questa seconda, appiglio nel diritto

dei lodi sotto regime della convenzione di New York. V., recentemente, NAZZINI, *Remedies at the seat and enforcement of international arbitral awards: res judicata, issue estoppel and abuse of process in English Law*, in *Cont. Asia arb. J.*, 2014, p. 139 ss.

⁽³⁸⁾ Crediamo che un caso emblematico di abuso dello strumento impugnatorio, nel contesto arbitrale, sia quello della parte che ha attivato l'arbitrato e che poi rinneghi, in esito alla lite, la validità della convenzione d'arbitrato, ma anche il caso (meno chiaro) della parte che, convenuta nel giudizio arbitrale, e quindi correttamente raggiunta dalla domanda di arbitrato fondata su convenzione d'arbitrato dalla stessa sottoscritta, non partecipi al procedimento arbitrale (mostrando, magari la stessa parte contrattuale che l'ha « imposta », totale non cooperazione all'esecuzione della convenzione d'arbitrato) mettendo la parte attrice nella condizione di dover sostenere per intero i costi dell'arbitrato e consentendo, pur disponendo dell'eccezione di invalidità della convenzione d'arbitrato (non rilevabile d'ufficio), un giudizio di merito, per poi impugnare il lodo deducendo la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri per inesistenza, invalidità o inefficacia, della convenzione dell'arbitrato. Le preclusioni di cui all'art. 817, comma 2°, c.p.c. deve dunque valere anche per la parte assente mirando, quella stessa preclusione, chiaramente a impedire un abuso dello strumento d'impugnatorio. Così, sia pur non in termini di « abuso », SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 567 ss.; *contra* MARINUCCI, *op. cit.*, p. 82; RUFFINI, sub *art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 288 ss., per il quale la non consumazione del diritto alla contestazione viene proprio dall'inattività della parte che denota il non favore di questa nei confronti dell'arbitrato e alla quale non può richiedersi di farsi carico delle spese dell'arbitrato per poter sollevare l'eccezione (che è la medesima situazione, come rileva l'a. che aderisce alla tesi qui sostenuta, in cui versa il convenuto nel processo ordinario quando abbia un'eccezione da spendere che solo lui può spendere, quindi non si vede ragione di trattare in modo diverso situazioni simili). L'abuso, cui qui facciamo riferimento, è l'« abuso del processo » nella sede impugnatoria, diverso dall'« abuso della convenzione arbitrale » e del potere della relativa eccezione nel corso del procedimento, che potrebbero (questi) venire in rilievo quando il convenuto, in giudizio innanzi all'a.g.o., sollevi eccezione d'arbitrato inducendo l'attore a trasferirsi nella sede arbitrale, per poi non sostenere i costi del giudizio arbitrale successivamente instaurato, o quando il convenuto in arbitrato sollevi l'incompetenza degli arbitri per invalidità della convenzione d'arbitrato, per poi l'attore aderirvi nel corso del procedimento a seconda del suo andamento istruttorio.

⁽³⁹⁾ Cfr. GHIRGA, *Abuso del processo*, cit., p. 45 ss.

positivo (tipizzando, l'art. 829 c.p.c., l'abuso) — non vengono da considerazioni che esulano dal caso concreto, ma esattamente da questo muovono, e non impediscono il controllo di un altro giudice sulla lamentata ingiustizia della decisione, essendo tale controllo, nel contesto dell'impugnazione per nullità, comunque precluso ⁽⁴⁰⁾.

Il richiamo all'*exceptio doli*, nella sua concreta manifestazione di divieto di *venire contra factum proprium*, non è allora un richiamo « retorico » nell'ambito dell'impugnazione per nullità ⁽⁴¹⁾: tali istituti, e così l'argomento dell'abuso del processo, sullo sfondo dell'affidamento reciproco e dell'onere collaborativo delle parti dell'arbitrato, svelano carenza di interesse. Ne consegue che l'inammissibilità dell'impugnazione, come meccanismo invalidativo che opera sull'atto processuale e non sul comportamento, può trovare una sua giustificazione in questo contesto.

La severità di una chiusura in rito e l'eccesso di formalismo sono il contraltare — ancora facendo un bilanciamento, con cui anche abbiamo iniziato — di un giudizio arbitrale del tutto privo di formalismi, capace, come tale, di « determinare » una verità meno « artificiale » ⁽⁴²⁾, che è ciò cui dovrebbe tendere il processo e che dovrebbe, va da sé, essere accettata.

MICHELA DE SANTIS
Dottoranda di ricerca
dell'Università di Modena e Reggio Emilia

⁽⁴⁰⁾ Cfr. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., spec. pp. 515 e 519.

⁽⁴¹⁾ Cfr. TROPEA, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁴²⁾ COSÌ FERRARI, *Etica del processo: profili generali*, in questa rivista, 2014, p. 471 ss., spec. p. 477 s.