

Capitolo Cinquantacinquesimo

Impugnazione della determinazione

di Tomaso Galletto

SOMMARIO: 1. Impugnazione della determinazione del c.d. arbitro irrituale.- 2. La riforma del 2006

1. Impugnazione della determinazione del c.d. arbitro irrituale.

**Rimedi
contro vizi
di atti
negoziali**

Il discorso che si è sin qui sviluppato in ordine alla natura negoziale e non giurisdizionale del lodo arbitrale irrituale, sia che esso si presenti formalmente come un documento firmato e sottoscritto dagli arbitri, sia che consista nel riempimento con le determinazioni arbitrali dei fogli ad essi consegnati in bianco dalle parti e da queste ultime preventivamente sottoscritti, non può che condurre ad una netta **differenziazione** tra i mezzi di impugnativa previsti dal codice di rito con **riferimento all’arbitrato rituale** e quelli esperibili invece nei confronti del lodo irrituale.

**Fattispecie
complesse**

I rimedi esperibili avverso la determinazione arbitrale irrituale devono allora essere individuati sul piano del diritto sostanziale, nell’ambito dei vizi degli atti negoziali.

In questa prospettiva occorre subito rilevare che il lodo irrituale è il risultato di una fattispecie complessa **costituita** da un **negozio-fonte** dei poteri degli arbitri (il mandato) e dalla **determinazione** di questi ultimi che costituisce adempimento al mandato ricevuto.

**Impugnative
attinenti
al negozio-fonte**

Saranno quindi possibili impugnative che riguardino il negozio-fonte ed impugnative che riguardino invece la determinazione degli arbitri.

Quanto al primo profilo potranno rilevare le cause di invalidità del mandato che attengono, più propriamente, alla convenzione arbitrale.

L’invalidità del patto compromissorio avrà effetto caducante sulla determinazione degli arbitri irrituali in quanto da tale invalidità conseguirà **l’inesistenza originaria** ovvero il **venir meno** del potere-dovere degli arbitri di assumere le loro determinazioni.

Accanto alle invalidità rileveranno altresì le cause di **estinzione** del mandato (quali, ad esempio, la scadenza del termine per il compimento del mandato, di cui si è discusso *supra, sub 52*) nonché le ipotesi di revoca del mandato collettivo per il ricorrere di una giusta causa.

Sempre con riferimento al negozio-fonte del potere degli arbitri irrituali rileveranno altresì le regole codicistiche in tema di **inadempimento** del contratto, non dubitandosi che, accanto alla revoca per

giusta causa che è il rimedio tipico attribuito al mandante rispetto agli inadempimenti del mandatario, concorra l'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento, alla quale il mandante si indirizzerà qualora il mandato abbia comunque avuto esecuzione ed il recesso per giusta causa sia conseguentemente precluso¹.

**Impugnativa
attinenti alla
determinazione
degli arbitri**

Per quanto riguarda l'impugnazione della determinazione degli arbitri irrituali è ricorrente l'affermazione che essa sia ammissibile solo per i *vizi* che possono vulnerare ogni **manifestazione di volontà negoziale** (errore, violenza, dolo, incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso) e, in particolare, che l'errore rilevante è solo quello che attiene alla formazione della volontà degli arbitri.

L'**errore rilevante** ricorrerebbe quando gli arbitri abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti ovvero per aver dato come contestati fatti pacifici o viceversa.

Nessun rilievo assumerebbe invece l'**errore** di giudizio sia in ordine alla valutazione delle prove che con riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia.

**Errore di
fatto
revocatorio**

Così ricostruita la nozione di errore rilevante ai fini della impugnabilità del lodo irrituale ne consegue che tale errore sarebbe sostanzialmente riconducibile alla nozione di errore di fatto revocatorio che è preso in considerazione dall'art. 395, n. 4, c.p.c., quale motivo di revocazione della sentenza.

La restrizione al solo errore di fatto revocatorio dei motivi di impugnazione, nelle forme del giudizio ordinario di cognizione di primo grado, del lodo irrituale è contestata in dottrina da coloro che ritengono che la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale si abbia (soltanto) sul piano degli effetti e non su quello della struttura, osservandosi coerentemente la rilevanza anche per il lodo irrituale della tipologia dei motivi di invalidità di cui all'art. 829 c.p.c. con la conseguenza che il giudizio di fatto dell'arbitro irrituale sarebbe impugnabile anche per vizi logici².

Tale autorevole opinione ha in qualche misura influito anche sulla giurisprudenza nell'ambito della quale è dato rinvenire, come già si è ricordato in precedenza, un indirizzo secondo cui, in difetto di una diversa volontà delle parti, la disciplina di cui all'art. 829 potrebbe trovare applicazione anche con riferimento all'arbitrato irrituale³.

¹ Sul punto cfr. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in Trattato dir. priv. Diretto da Rescigno, Torino 1985, vol.12, 175.

² Cfr. per tutti E. FAZZALARI, *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, in Riv. Arb., 1999, 1 ss., spec. 6.

³ cfr. Cass., 29 gennaio 1996, n. 655, *cit.*

Assai controversa è anche l'ipotesi in cui gli arbitri irrituali pur avendo ricevuto il mandato di assumere la loro determinazione secondo equità abbiano invece fatta applicazione delle regole di diritto.

Qui si discute se si tratti di un **errore di diritto**, eccezionalmente rilevante anche nell'ambito dell'arbitrato irrituale, **ovvero di un eccesso di mandato** riconducibile allora ad un profilo di contrasto con la volontà espressa dei mandanti e quindi fonte di invalidità della determinazione assunta.

Certamente non rilevante, ai fini della impugnabilità del lodo irrituale, è l'errore di giudizio in cui siano incorsi gli arbitri.

Errore di diritto

E' peraltro interessante notare una tendenza alla rivalutazione, sia pure nei limiti di cui si dirà, dell'errore di diritto di cui all'art. 1429, n. 4, cod.civ.

Si è infatti recentemente osservato in giurisprudenza che l'indirizzo interpretativo secondo cui l'area dell'errore di diritto finisce per coincidere con quella dell'errore di valutazione, come tale sottratta alla impugnazione esperibile nei confronti del lodo irrituale, non implica che l'errore rilevante che invece tale impugnazione consente riguardi soltanto i fatti e non gli elementi tutti della controversia.

Da tale considerazione se ne è fatto conseguire che: *“La sindacabilità, quale vizio della volontà, dell'errore di diritto commesso dagli arbitri irrituali, è correlata alla stessa rilevanza dell'errore di fatto, e cioè alla natura percettiva del travisamento commesso.*

L'errore percettivo di diritto sindacabile nell'ambito della decisione degli arbitri irrituali è soltanto quello avente ad oggetto l'esistenza o la inesistenza di una norma di diritto, restando invece affatto esclusa dall'area della insindacabilità in discorso la possibilità di sottoporre a censura qualsivoglia valutazione arbitrale sulla vigenza o efficacia della norma di diritto esaminata”⁴.

Eccesso di mandato

Attengono invece alla violazione del negozio-fonte i profili del c.d. eccesso di mandato al quale debbono essere ascritte le ipotesi di pronuncia su questioni non sottoposte agli arbitri ovvero e comunque al di là delle domande delle parti, ovvero ancora di omessa pronuncia su una questione sottoposta.

E' importante rilevare, peraltro, che la nozione di eccesso di mandato, rilevante quale motivo di impugnazione del lodo irrituale, deve essere distinta dalla fattispecie in cui gli arbitri abbiano fatto **malgoverno**

⁴ Cass., 14 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. It.*, 2005, I, 783 ss. con nota di NELA, *Piccole aperture giurisprudenziali verso l'ampliamento del novero dei motivi di impugnazione del lodo irrituale.*

del **diritto applicabile**, la quale ipotesi rappresenta un abuso di mandato che non inficia la riferibilità ai mandanti della determinazione arbitrale e conseguentemente ne inibisce l'impugnazione.

E' invece certamente impugnabile il lodo irrituale qualora nell'ambito del procedimento gli arbitri siano incorsi nella **violazione del contraddittorio**, espressione di un principio generale estensibile anche all'arbitrato irrituale.

**Erronea
omologazione**

Ulteriori e delicati problemi si pongono in tema di impugnabilità del lodo irrituale erroneamente omologato.

In linea generale può dirsi che l'orientamento dominante è nel senso di ritenere inammissibile l'impugnazione per nullità del lodo irrituale erroneamente omologato e ciò sulla base della considerazione che l'**erronea** esecutorietà concessa al lodo irrituale *non* vale a dar vita ad un **lodo rituale** nei cui soli confronti, come è noto, è ammissibile l'impugnazione per nullità secondo le regole dettate dall'art. 828 c.p.c.

Per la verità non sono mancate decisioni che hanno considerato ammissibile l'impugnazione per nullità del lodo irrituale erroneamente omologato pronunciando conseguentemente la nullità del lodo ed astenendosi peraltro dal giudizio di merito⁵.

Anche in **dottrina** si è propugnata tale soluzione, argomentandosi sulla **prevalenza della forma** rispetto alla sostanza ai fini della individuazione del rimedio processuale applicabile, ma recentemente è stato ribadito in giurisprudenza l'orientamento dominante osservandosi che: *“Se il giudice davanti al quale è stata proposta l'impugnazione ex art. 828 c.p.c. accerta che le parti non hanno attribuito poteri decisori, ma funzioni sostitutive delle proprie determinazioni, deve conseguentemente prendersi atto che le parti stesse hanno inteso sottrarre il lodo al regime delle impugnazioni dei lodi rituali. Ancora più grave appare poi la violazione dell'autonomia negoziale delle parti che deriverebbe dall'accettazione dell'indirizzo dottrinario che si sta esaminando. Poiché infatti alla dichiarazione di nullità della sentenza arbitrale (ai sensi del n. 1 o del n. 4 dell'art. 829 c.p.c.), non può certo sopravvivere il lodo irrituale che pure le parti incontestabilmente hanno voluto, l'effetto che da detta dichiarazione di nullità deriva è quello di mettere nel nulla un negozio con uno strumento processuale e per motivi estranei alla disciplina, sostanziale e processuale, dell'invalidità del negozio giuridico”⁶.*

La soluzione propugnata dalla sentenza sopra richiamata non è tuttavia ritenuta in dottrina soddisfacente osservandosi che: *“Il dubbio che*

⁵ Si veda Corte App., 19 aprile 1996, n. 424 con nota di BRIGUGLIO, *Erronea omologazione del lodo ed impugnazione per nullità: una inversione di tendenza giurisprudenziale*, in *Riv. Arbitrato*, 1997, 557 ss.

⁶ Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Foro It.*, 1998, I, 2088 ss.

si accompagna alle modalità di impugnazione del lodo libero erroneamente omologato appare ancora irrisolto. A fronte di un consolidato orientamento giurisprudenziale che afferma l'inammissibilità dell'impugnazione per nullità per inesistenza della sentenza arbitrale ed il potere del giudice dell'impugnativa – sia d'appello, sia di legittimità – di riqualificare liberamente la natura dell'arbitrato, va acquisendo consenso sempre crescente la contrapposta autorevole soluzione dottrinale che, movendo dal principio della prevalenza della forma del provvedimento assunto per l'individuazione dei rimedi impugnatori avverso di esso promuovibili, afferma la piena esperibilità dell'impugnazione per nullità. Il vizio del lodo libero erroneamente omologato è ricondotto all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. e ricostruito come vizio di esorbitanza dell'omologazione dai limiti del compromesso. Il giudizio di impugnativa è configurato come processo esclusivamente rescindente”.

2. La riforma del 2006

Tra le innovazioni introdotte dal D.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 in materia di arbitrato, particolare importanza e rilievo assume il nuovo art. 808-ter, la cui rubrica recita *“arbitrato irrituale”*.

Per la verità, la Legge Delega non sembra aver specificamente indirizzato il legislatore delegato a disciplinare il fenomeno dell'arbitrato irrituale, dal momento che i principî in essa contenuti, se riguardati con specifico riferimento ad una disciplina positiva dell'istituto, appaiono assai vaghi.

Principî direttivi

Disponeva infatti la Legge Delega i seguenti **principî direttivi**: *“che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione e o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare”*.

Come non ha mancato di rilevare la dottrina, il legislatore delegato, nel codificare, almeno in parte, l'arbitrato irrituale sembra da un lato aver ecceduto i limiti della delega e, da altro lato, costruito un ibrido destinato a sollevare molti più problemi di quanti fosse destinato a risolverne, almeno nell'intenzione del legislatore⁸.

⁷ cfr. M. GIORGETTI, *Profili dell'impugnazione del lodo libero*, in *Riv. Arb.*, 1999, 825 ss., spec. 840.

⁸ Per una analisi critica in argomento v. VERDE, *Arbitrato Irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2005, 665 ss.

Non è possibile, in questa sede, una analisi sistematica della novità introdotta dal legislatore in tema di arbitrato irrituale, in ragione del breve lasso di tempo decorso dalla pubblicazione del Dlgs. n. 40/2006.

E' peraltro possibile una illustrazione delle rilevanti ed importanti innovazioni introdotte.

Dispone il 1° comma dell'art. 808-ter che le parti possono convenire, per iscritto, che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis (che prevede che il lodo abbia gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria).

Soggiunge la medesima disposizione che “*altrimenti*” si applicano le disposizioni in materia di arbitrato rituale.

**Determinazione
contrattuale**

Qui è evidente l'intento del legislatore delegato di differenziare nettamente la fattispecie definita arbitrato irrituale rispetto a quello rituale, e di ciò è sicura conferma la definizione alla stregua di “*determinazione contrattuale*” della pronuncia degli arbitri irrituali.

A fronte di una significativa processualizzazione dell'arbitrato rituale, quale emerge dalla novella, l'intenzione del legislatore sembrerebbe quella di enfatizzare la natura negoziale dell'arbitrato irrituale, con una decisa scelta di campo fra le varie teorie che in materia si contrappongono⁹.

**Deroga all'art.
824-bis**

La norma prevede, inoltre, che la scelta delle parti per una determinazione contrattuale degli arbitri, in luogo della pronuncia di un lodo con gli effetti di cui all'art. 824-bis debba essere esplicita e inequivoca, poiché altrimenti si ricade nella disciplina dell'arbitrato rituale.

Tra gli effetti della disposizione testé menzionata dovrebbe esservi quello di codificare il principio secondo cui, nel dubbio, si privilegia una interpretazione della convenzione di arbitrato nel senso che essa riguarda l'arbitrato rituale, così sovvertendosi quell'orientamento giurisprudenziale (peraltro non univoco) secondo cui il dubbio interpretativo sulla natura dell'arbitrato diviso dalle parti si risolveva nel senso che le parti avessero inteso privilegiare la determinazione contrattuale da parte degli arbitri.

Il legislatore, peraltro, non ha operato una scelta inequivoca nella direzione della definitiva ascrivibilità dell'arbitrato irrituale alla mera disciplina contrattuale.

Il 2° comma dell'art. 808-ter, infatti, prevede le ipotesi in cui il “*lodo contrattuale*” che definisce l'arbitrato irrituale può essere annullato dal

⁹ Per una sintetica ma efficace descrizione delle divergenti teorie sulla natura dell'arbitrato irrituale cfr. VERDE, *op.cit.*, 665.

giudice (di primo grado) competente ad istruire un ordinario processo di cognizione, ma si riferisce ad un “*procedimento arbitrale*”, a “*conclusioni*” e ad “*eccezione*” che mal si attagliano ad una determinazione contrattuale e che connotano di ambiguità l’operato del legislatore.

**Annulabilità
del lodo
irrituale**

Ciò premesso le ipotesi di **annulabilità del lodo irrituale** sono oggi così previste:

1) se la convenzione dell’arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;

2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;

3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell’articolo 812;

4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;

5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Al di là dei rilievi di ambiguità che i precedenti sono stati enunciati con riferimento alla scelta operata dal legislatore della riforma in materia di arbitrato irrituale, si pone con immediatezza la questione se i casi di annullabilità del lodo irrituale come oggi previsti dal 2° comma dell’art. 808-ter abbiano o meno carattere tassativo.

In altri termini si pone il problema se sopravviva o meno alla novella la possibilità di impugnare il lodo irrituale con le tipiche azioni di annullamento contrattuale, sino ad oggi ritenute le uniche esperibili, al di là della violazione del principio ineludibile del contraddittorio e di quelle volte a far constare l’inesistenza e/o invalidità della convenzione per arbitrato irrituale.

I primi commenti sono sul punto discordanti ritenendosi da taluno la sopravvivenza degli ordinari rimedi negoziali e da altri invece la tassatività delle ipotesi di annullamento *ex novo* previste per l’arbitrato irrituale¹⁰.

L’ultimo comma dell’art. 808-ter dispone che al lodo contrattuale non sia applicabile la disciplina del deposito del lodo di cui all’art. 825.

¹⁰ Nel senso che i motivi di impugnazione oggi codificati dall’art. 808-ter, 2° comma, si aggiungono senza sostituirli ai tradizionali motivi “negoziali” di annullamento del lodo irrituale v. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell’arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515 ss., spec. 517; nel senso invece del carattere tassativo dei nuovi motivi di impugnazione v. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell’arbitrato*, *id.*, 2005, 1189 ss.; MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. Giur.*, 2006, 867 ss., spec. 878.