

Alessio Carosi

---

**NOTE IN TEMA DI DISCIPLINA  
DELL'ARBITRATO IRRITUALE  
CON LA LENTE SUL PRINCIPIO  
DEL CONTRADDITTORIO: ANCHE  
GLI ARBITRI IRRITUALI DEVONO  
ATTUARLO (E LO DEVONO FARE  
AI SENSI DELL'ART. 816 *BIS*  
C.P.C., ANCHE SE LA CORTE DI  
CASSAZIONE NON LO DICE  
AFFATTO), MA, AI FINI  
DELL'IMPUGNAZIONE DEL LODO  
*EX ART. 808 TER, COMMA 2,*  
N. 5, C.P.C., RILEVA  
L'EFFETTIVITÀ  
DELL'INOSSERVANZA**

---

Estratto

## I) ITALIANA SENTENZE ANNOTATE

### CASSAZIONE CIVILE

---

Sez. I civile, ordinanza 17 novembre 2022, n. 33900;  
GENOVESE *Pres.*; CAMPESE *Est.*; D. M. V. e altri (avv.ti Panzarola e Cerani) c. A. A. e altri (avv.ti Marinucci, Magliani e Arnoletti).

#### **Arbitrato irrituale - Procedimento arbitrale - Principio del contraddittorio - Impugnazione del lodo - Principio di effettività della violazione.**

911

*L'inderogabile principio del contraddittorio, con riferimento all'arbitrato irrituale, va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronuncia arbitrale voluta dai compromittenti. Ne consegue che esso non si articola, quindi, necessariamente in forme rigorose ed in fasi progressive regolate dall'arbitro mediante la previa assegnazione di termini, nemmeno per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, essendo sufficiente che l'attività assertiva e deduttiva di queste ultime si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia. (massima non ufficiale)*

*Anche nel procedimento per arbitrato irrituale (come già per quello rituale), il rispetto della garanzia del principio del contraddittorio deve essere apprezzato in una chiave essenzialmente sostanziale e il relativo giudizio non si può ancorare alla verifica delle sole formalità eventualmente imposte dagli arbitri nella conduzione del procedimento, dovendosi invece accertare che il lodo arbitrale sia il risultato della valutazione di argomentazioni difensive e di elementi probatori sui quali le parti abbiano avuto modo di esperire la loro valutazione e di formulare le eventuali osservazioni. (massima non ufficiale)*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. I formulati motivi del ricorso principale denunciano, in sintesi, rispettivamente (*Omissis*).

II) « Violazione e falsa applicazione degli artt. 1723 e 1726 c.c. — in correlazione con il principio di imparzialità e ter-

zietà dell'arbitro e con l'art. 808-ter c.p.c., alla luce della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in tema di invalidità del lodo irrituale reso da arbitro revocato per "giusta causa" — in rapporto all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. ». Tale doglianza,

## CASSAZIONE CIVILE

proposta per l'ipotesi che si ritenga che la sentenza impugnata si sia occupata, escludendole, tanto della lesione del contraddittorio quanto della violazione del principio di terzietà ed imparzialità da parte degli arbitri, ascrive alla corte territoriale di avere erroneamente respinto i motivi di appello degli odierni ricorrenti con i quali era stata dedotta la invalidità del lodo irrituale di equità (reso tra questi ultimi e "Parte A.") in quanto illegittimamente pronunciato da un collegio arbitrale i cui membri erano stati già in precedenza revocati (proprio dai medesimi ricorrenti) per "giusta causa". La stessa, infatti, da un lato, ha erroneamente interpretato la nozione normativa della "giusta causa" di revoca del mandato collettivo ex art. 1726 cod. civ. e, dall'altro lato, ha disatteso, del pari erroneamente, rispetto a tale clausola generale, gli standards valutativi idonei a concretizzare la sua applicazione. Di conseguenza, essa ha illegittimamente mancato di dichiarare la invalidità del lodo predetto, in dipendenza della (precedente) revoca del mandato collettivo agli arbitri per "giusta causa";

III) « Violazione e falsa applicazione degli artt. 808-ter, comma 2, n. 5), 822, 101, c.p.c., 1726, 1711, 1343, 1349, 1429, 1418, c.c., 24 Cost., 6 Cedu, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. ». Si censura la sentenza impugnata per avere respinto erroneamente i motivi di appello (degli odierni ricorrenti) con i quali era stata dedotta la invalidità del lodo *de quo* in dipendenza della violazione del principio (di ordine pubblico) del contraddittorio compiuta dagli arbitri tenendo i comportamenti (integranti *ex se* la "giusta causa" di revoca del mandato collettivo) descritti nel motivo precedente. A causa della occulta acquisizione in arbitrato dei documenti e della comunicazione illustrativa del legale di "Parte A.", gli odierni ricorrenti non erano stati posti in condizione di esercitare, in rapporto a quei documenti ed in relazione a quella comunicazione illustrativa, il

loro diritto (costituzionalmente garantito) al contraddittorio. La circostanza era da considerarsi tanto più grave in quanto si trattava di un arbitrato irrituale di equità (nella forma della equità cd. "sostitutiva" o "formativa") e perché, nella prospettata violazione del contraddittorio asseritamente perpetrata a danno degli odierni ricorrenti, si rinviene una causa determinante capace *ex se* di influenzare la formazione di quel "giudizio intuitivo" degli arbitri sotteso al lodo di equità.

(*Omissis*).

3. Il secondo motivo di ricorso si rivela in parte inammissibile ed in parte infondato.

3.1. Ivi si assume che la perdita del requisito di terzietà ed imparzialità degli arbitri sarebbe *in re ipsa* per il solo fatto dell'aver l'arbitro di nomina A. (Avv. G.L.) accettato la ricezione della lettera, con la documentazione ad essa allegata, inviatagli, il 6 settembre 2016, dall'Avv. M., difensore della stessa "Parte A.", ed averla condivisa con gli altri componenti il collegio arbitrale, i quali pure non avevano inteso sollecitare alcun contraddittorio sul suo contenuto. Così operando — proseguono i ricorrenti principali — l'arbitro predetto avrebbe abbandonato « vistosamente il piedistallo della terzietà in favore di una parte », così giustificando « la perdita di fiducia dell'altra parte nell'arbitro-mandatario » la quale « può ben essere immediata e radicale, in quanto tale idonea a giustificare di per sé la revoca la revoca unilaterale » (*Omissis*) *Alteris verbis*, la condotta censurata avrebbe dovuto essere valutata come fatto a sé stante e svincolata dall'esito dell'arbitrato e dal contenuto del lodo (cioè indipendentemente dal fatto che gli arbitri avessero, o meno, tenuto conto del contenuto della lettera predetta), da ciò derivando l'asserita erroneità della motivazione della corte d'appello che aveva giudicato come ininfluenza la lettera alla luce del contenuto del lodo.

3.2. Orbene, si è già detto (cfr. p. 2.2. dei “Fatti di causa”) che, all’esito di un accertamento di natura chiaramente fattuale, la corte milanese ha stabilito che la lettera *de qua*, con la documentazione ad essa allegata, è rimasta processualmente al di fuori della controversia arbitrale, mai essendo stata acquisita al fascicolo del procedimento né utilizzata per la formazione del convincimento degli arbitri, nemmeno, peraltro, dovendo esserlo, riguardando solo l’evoluzione dello stato delle trattative. Quel giudice, inoltre, proprio laddove ha condiviso quanto specificamente affermato, sul punto, dal tribunale (riportandone alla pagina 7 la conclusione secondo cui « non si ravvisa, quindi, la violazione di regole del mandato nel fatto che gli Arbitri non abbiano sollecitato il contraddittorio sui documenti trasmessi con la lettera del 6.9.2016 dall’Avv. M., né la violazione di regole sul deposito dei documenti, in quanto i documenti sono stati ricevuti dal Collegio come documentazione delle vicende successive all’ultima udienza incidenti negativamente sulle trattative auspicate dagli Arbitri, ciò in un fase in cui l’istruzione delle parti alla quale gli Arbitri si dovevano attenere era quella di emettere il lodo entro il 30.10.2016 in caso di esito negativo delle trattative »), ha inteso negare non solo qualsiasi violazione del contraddittorio, ma anche la pretesa violazione dei principi di imparzialità e terzietà affermando che la lettera si collocava nel contesto di interlocuzioni autorizzate, peraltro effettuate da entrambe le parti nell’ambito delle trattative e dunque, in concreto estranee alla materia del contendere.

3.2.1. La sentenza impugnata, quindi, ha tenuto conto sia del comportamento contestato (in sé e per sé considerato), sia del contenuto concreto del lodo, da cui ha desunto la totale irrilevanza della lettera suddetta: ha ritenuto il primo, già di per sé, idoneo e sufficiente a negare la sussistenza della giusta causa di revoca del mandato agli arbitri anche indipendente-

mente dal fatto che la lettera non fosse stata presa in alcuna considerazione ai fini della delibazione del lodo. (*Omissis*).

3.3. È infondato, invece, l’ulteriore secondo profilo della doglianza per cui la corte di merito avrebbe dovuto limitarsi a valutare le suddette condotte in sé e per sé considerate, senza alcun riguardo al contenuto del lodo.

3.3.1. Invero, giova premettere che già in passato è stato affermato da questa Corte (cfr. Cass. n. 3032 del 1995, successivamente richiamata, in motivazione, dalla più recente Cass. n. 22994 del 2018) che le previsioni dettate in tema di arbitrato rituale, che impongono agli arbitri l’assegnazione, in ogni caso, alle parti di termini per produrre documenti e memorie e per esporre le loro repliche, al fine dell’osservanza del principio del contraddittorio, non sono parimenti prescritte a pena di nullità nell’arbitrato irrituale (quale pacificamente era quello del cui lodo oggi si discute), nel quale tale inderogabile principio va inteso e seguito in relazione al contenuto della pronuncia arbitrale voluta dai compromittenti; ne consegue che esso non si articola, quindi, necessariamente in forme rigorose ed in fasi progressive regolate dall’arbitro mediante prefissione di termini, nemmeno per quanto attiene al potere delle parti di presentare documenti e memorie e di esporre repliche, essendo sufficiente che la loro attività assertiva e deduttiva si sia potuta esplicare, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dall’arbitro per la sua pronuncia.

3.3.2. Parimenti, è opportuno ricordare — richiamandosi, in proposito, quanto recentemente spiegato, in motivazione, da Cass. n. 12058 del 2022 — che, sulla base del relativo quadro normativo di riferimento attualmente in vigore (a cominciare, imprescindibilmente, dall’invoco disposto dell’art. 808-ter, comma 1, cod. proc. civ., qui applicabile *ratione temporis*), la convenzione di arbitrato irrituale

## CASSAZIONE CIVILE

si connota come un contratto che determina la nascita in capo alle parti contraenti di una situazione complessa, di carattere strumentale, finalizzata alla tutela dei diritti, mediante il quale, alla stregua della nozione di cui all'art. 1703 cod. civ., si pone in essere un mandato, senza necessità di rappresentanza, conferito congiuntamente da una pluralità di parti (minimo due) ad uno o più arbitri (cfr., specificamente, Cass. n. 11270 del 2012) e preordinato alla stipula di un accordo contrattuale. L'arbitrato irrituale può non limitarsi a cristallizzare, come il negozio di accertamento, una situazione già in essere, comportando piuttosto addizioni alla fattispecie giuridica compromessa. Bisogna, perciò, escludere, da un lato, che l'arbitrato irrituale, alla stregua di una composizione amichevole, importi l'accoglimento di tutte le pretese di una sola parte e, dall'altro, che il medesimo obblighi sempre a procedere ad un *aliquid datum, aliquid retentum*, come invece implicherebbe una soluzione transattiva. Ed allora la definizione corretta dell'arbitrato irrituale è quella di un mandato congiunto a comporre la controversia venutasi a configurare mediante un negozio compositivo, da porre in essere nel termine stabilito dalle parti, pena l'estinzione del mandato per sua scadenza ex art. 1722, n. 1, cod. civ. (cfr., da ultimo, Cass. n. 30000 del 2021 e la già citata Cass. n. 12058 del 2022). La scelta dell'arbitrato irrituale comporta, quindi, in virtù della stessa *voluntas legis*, una deroga all'art. 824-bis cod. proc. civ., e, conseguentemente, al successivo art. 825 cod. proc. civ., palesandosi con essa l'intenzione pattizia di escludere quell'efficacia di sentenza divenuta *ex lege propria del dictum* degli arbitri rituali, suscettibile di essere reso esecutivo e trascrivibile. Si è affermato, perciò, che tanto sono diversi gli effetti perseguiti con il concluso compromesso, che neppure l'erronea esecutorietà concessa al lodo irrituale vale ad originare un lodo rituale. L'applicazione delle regole proprie del "lodo-sentenza" è, quindi, ine-

quivocabilmente esclusa per il "lodo-contratto", con la conseguenza che la possibilità di attuare i diritti discendenti dall'arbitrato irrituale è rimessa esclusivamente al comportamento delle parti, potendo, quindi, in caso di sua mancata attuazione, insorgere una nuova controversia sull'esecuzione della determinazione arbitrale rimasta inadempita (quasi — si è affermato — come se una delle parti scegliesse di volersi porre contra *factum proprium*).

3.4. Merita di essere rimarcato, altresì, che, nella disciplina previgente alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 40 del 2006, stante l'assenza di una specifica normativa speciale, la giurisprudenza si era conformata all'orientamento dottrinale secondo il quale l'arbitrato irrituale, quale strumento di risoluzione delle controversie imperniato sull'affidamento a terzi del compito di ricercare una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti, ha natura negoziale e, pertanto, il relativo lodo era impugnabile — fino all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha introdotto il nuovo art. 808-ter cod. proc. civ. — solo per vizi della volontà negoziale (errore, dolo o violenza) o per incapacità delle parti o degli arbitri (cfr. Cass. n. 6830 del 2014). (*Omissis*).

3.5. Ciò posto, con l'introduzione dell'art. 808-ter cod. proc. civ., (qui pacificamente applicabile *ratione temporis*, risultando la controversia arbitrale introdotta da domanda successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006), il legislatore ha inteso formalizzare i possibili motivi di impugnazione del lodo irrituale cristallizzandoli in un elenco tassativo e sottraendoli, quindi, all'individuazione ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza. Detta norma, infatti, prevede, al comma 2, che « Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro (...); 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio ». Questa Suprema Corte, pe-

raltro, ha recentemente precisato che « (...) il rispetto della garanzia del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale, e quindi anche in quello irrituale, deve essere apprezzato in una chiave essenzialmente sostanziale, non potendosi ancorare il giudizio *de quo* alla verifica delle sole formalità eventualmente imposte dagli arbitri, ma occorrendo invece assicurare che la decisione sia il frutto della valutazione di argomentazioni difensive e di elementi probatori sui quali le parti abbiano avuto modo di esperire la loro valutazione e formulare le eventuali osservazioni » (cfr. Cass. n. 22994 del 2018).

3.6. Alla stregua di tali dirimenti considerazioni, ne consegue che l'aver escluso la corte distrettuale, come in precedenza il tribunale, la configurabilità della invocata giusta causa di revoca del mandato collettivamente conferito agli arbitri valorizzando la circostanza del non avere questi ultimi concretamente tenuto in alcun conto la lettera predetta e la documentazione ad essa allegata al fine della propria decisione si rivela del tutto coerente con gli indirizzi ermeneutici fin qui descritti, sicché, anche sotto questo profilo, la doglianza in esame non merita accoglimento.

4. Sorte negativa si impone in relazione al terzo motivo del ricorso principale per considerazioni sostanzialmente analoghe. (*Omissis*).

4.2. Va ribadito, poi, che, anche nel procedimento per arbitrato irrituale (come già per quello rituale), il rispetto della garanzia del principio del contraddittorio deve essere apprezzato in una chiave essenzialmente sostanziale, non potendosi ancorare il giudizio *de quo* alla verifica delle sole formalità eventualmente imposte dagli arbitri, ma occorrendo invece assicurare che la decisione sia il frutto della valutazione di argomentazioni difensive e di elementi probatori sui quali le parti abbiano avuto modo di esperire la loro valutazione e formulare le eventuali osservazioni (cfr. Cass. n. 22994 del 2018).

4.3. Orbene, anche attraverso la censura in esame, la questione sottoposta al vaglio di questa Corte continua ad essere — sebbene declinata come violazione del contraddittorio sub specie di violazione dell'art. 808 *ter* c.p.c., comma 2, n. 5, ovvero di giusta causa di revoca del mandato — quella della natura e della portata della già menzionata lettera (e la documentazione ad essa allegata) del 6 settembre 2016 inviata dal legale della “Parte A.” (Avv. M.) all'arbitro nominato da quest'ultima (Avv. L.L.), su cui, come si è ampiamente riferito disattendendosi i precedenti motivi del ricorso principale, il tribunale e la corte di appello si sono espressi in modo conforme nel doppio grado del giudizio di merito escludendo sia l'attinenza della lettera stessa all'oggetto dell'arbitrato, sia la rilevanza attribuitane dagli arbitri ai fini della emissione del lodo. — (*Omissis*).

**Note in tema di disciplina dell'arbitrato irrituale con la lente sul principio del contraddittorio: anche gli arbitri irrituali devono attuarlo (e lo devono fare ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., anche se la Corte di Cassazione non lo dice affatto), ma, ai fini dell'impugnazione del lodo ex art. 808 *ter*, comma 2, n. 5, c.p.c., rileva l'effettività dell'inosservanza.**

1. La vicenda, fattuale e processuale, decisa in via definitiva dall'ordinanza in commento, origina da una complessa disputa deferita in arbitrato irrituale di equità su iniziativa di alcune parti di un contratto quadro stipulato nel 2008, avente ad oggetto un

**CASSAZIONE CIVILE**

piano di *partnership* per la determinazione dell'assetto di una società di consulenza, accordo quadro che gli attori allegavano essere rimasto inadempito.

L'arbitrato irrituale si concluse nell'ottobre del 2016 con un lodo, pronunciato a maggioranza dal collegio arbitrale (dissenziente l'arbitro designato dalla parte soccombente), con cui fu accertata la fondatezza della domanda di inadempimento contrattuale avanzata dagli attori e, per l'effetto, i resistenti dichiarati tenuti al risarcimento dei connessi danni. Il collegio arbitrale accolse anche la domanda riconvenzionale, con cui i convenuti avevano chiesto che venisse accertato il loro diritto di uso di alcuni segni distintivi di titolarità degli attori.

Sennonché, durante il procedimento arbitrale, il difensore degli attori aveva trasmesso una lettera (con acclusi alcuni documenti) all'arbitro di nomina attorea, volta ad illustrare le ragioni che avevano ostacolato il conseguimento di un accordo transattivo tra le parti. Il collegio arbitrale, infatti, aveva in precedenza sollecitato i contendenti ad una transazione, a cui i disputanti non giunsero — secondo il difensore dei ricorrenti — a causa del comportamento ostile attuato dai resistenti nel corso della trattativa (la quale trattativa, per inciso, si sarebbe dovuta sviluppare nel periodo intercorrente tra la chiusura della fase dell'istruttoria arbitrale nel maggio del 2016 e la fine del mese di ottobre dello stesso anno, quando sarebbe scaduto il termine per la pronuncia del lodo). L'arbitro designato dagli attori inoltrò la lettera agli altri componenti del collegio arbitrale. La comunicazione, però, non veniva acquisita agli atti del procedimento e tantomeno era esaminata ai fini della pronuncia del lodo definitivo.

I resistenti — i cui difensori conobbero *aliunde* la circostanza — ritennero la condotta degli arbitri determinativa della sopravvenuta perdita del requisito della necessaria imparzialità e dedussero anche la violazione del principio del contraddittorio poiché, a loro dire, la lettera aveva attinenza con i fatti di causa e gli arbitri avrebbero dovuto disporre il formale ingresso agli atti del giudizio arbitrale e provocare su di essa il contraddittorio delle parti.

I convenuti, a distanza di un mese dall'invio della lettera e quando il lodo era stato sottoscritto solo dall'arbitro di loro nomina (mentre, la firma degli altri componenti del collegio sarebbe sopraggiunta di lì a pochi giorni), intimarono agli arbitri la revoca per giusta causa del mandato conferitogli e, pressoché contestualmente, notificarono loro un atto di citazione dinanzi al Tribunale di Milano, introduttivo di un giudizio ordinario per l'accertamento della giusta causa di revoca.

Il lodo irrituale fu comunque emesso e, a loro volta, i ricorrenti in arbitrato intrapresero un altro giudizio ordinario davanti al Tribunale meneghino per la condanna dei soccombenti in arbitrato al pagamento della somma liquidata con il già menzionato lodo irrituale. I convenuti si costituirono anche in questo processo, proponendo pure domanda riconvenzionale per l'annullamento del lodo irrituale, affidata a plurimi motivi, tra i quali la violazione del principio del contraddittorio *ex art. 808 ter*, comma secondo, n. 5, c.p.c.

Il Tribunale di Milano rigettò la domanda di annullamento del lodo irrituale con sentenza, che i convenuti gravarono dinanzi alla Corte di Appello di Milano, la quale confermò la decisione del primo giudice con sentenza dell'aprile del 2018. La Corte territoriale ritenne, quanto alla dedotta violazione del principio del contraddittorio, la censura degli appellanti infondata poiché la lettera contestata non era stata acquisita agli atti del procedimento, non afferiva ai fatti di causa e gli arbitri non vi avevano fatto affidamento alcuno per la formazione del loro convincimento. La Corte distrettuale concluse, quindi, che gli arbitri non erano tenuti a provocare il contraddittorio su quel



documento ed osservò, *per incidens*, che, se pure lo fossero stati, quella ipotetica violazione non avrebbe presentato l'indispensabile effettività, anzi smentita proprio dal contenuto del lodo definitivo, da cui si evinceva che il collegio arbitrale non aveva preso in alcuna considerazione quella missiva.

Gli appellanti proposero ricorso per la cassazione della sentenza della Corte di Appello di Milano, vertente su più motivi, tra i quali, sempre con limitato riferimento ai profili qui d'interesse, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 808 *ter*, comma secondo, n. 5, c.p.c. (oltre altri) in relazione all'art. 360, comma primo, n. 3, c.p.c.

2. La Corte di Cassazione, con l'ordinanza che si annota, ha confermato la sentenza di seconde cure. La Corte di legittimità ha preso innanzitutto le mosse dalla natura dell'arbitrato irrituale, che ha testualmente definito, nell'assetto normativo dato all'istituto dall'art. 20 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, come « un mandato congiunto a comporre la controversia venutasi a configurare mediante un negozio compositivo da porre in essere nel termine stabilito dalle parti, pena l'estinzione del mandato per sua scadenza *ex art.* 1722, n. 1, cod. civ. (cfr., da ultimo, Cass. n. 30000 del 2021 e la già citata Cass. n. 12058 del 2022). La scelta dell'arbitrato irrituale comporta, quindi, in virtù della stessa *voluntas legis*, una deroga all'art. 824-*bis* cod. proc. civ. e, conseguentemente, al successivo art. 825 cod. proc. civ., palesandosi con essa l'intenzione pattizia di escludere quell'efficacia di sentenza divenuta *ex lege propria del dictum* degli arbitri rituali, suscettibile di essere reso esecutivo e trascrivibile ». Dopo avere evidenziato il dato di fondo della natura negoziale del lodo irrituale (il quale, tra l'altro, ante novella del 2006, mancando una specifica disciplina di diritto positivo dell'arbitro irrituale, era considerato impugnabile solo per vizi della volontà o per incapacità delle parti), la Corte di Cassazione è passata a sceverare le ripercussioni di quella peculiare caratterizzazione del prodotto finale sull'attività degli arbitri ed ha predicato (richiamando altro precedente <sup>1</sup>) che « La diligenza degli arbitri dev'essere valutata, [...], in riferimento all'oggetto dell'incarico conferito, il quale, come si è detto, non consiste nella realizzazione di un assetto di interessi appagante per tutte le parti in causa, ma nella pronuncia di una decisione, secondo diritto o secondo equità, all'esito di un procedimento nel quale, previa fissazione del *thema decidendum*, sia stato consentito a ciascuna delle parti lo svolgimento di attività di allegazione, eccezione e prova su un piano di parità. Essenziale, in questa prospettiva, è il rispetto del principio del contraddittorio, il quale non implica tuttavia che il processo debba articolarsi necessariamente in forme rigorose ed in fasi progressive, eventualmente mutate dalla disciplina del processo ordinario, risultando invece sufficiente che a ciascuna delle parti sia assicurata la possibilità di far valere le proprie ragioni e di conoscere e contrastare quelle dell'altra, in relazione agli elementi utilizzati dagli arbitri per la propria pronuncia ». La Corte di Cassazione, infine, quanto alla caratterizzazione della violazione del principio del contraddittorio ed ai fini della rilevanza di quella inosservanza in ottica impugnatoria del lodo, ha avuto modo di ribadire il principio di effettività della violazione del principio del contraddittorio, osservando che « (...) anche nel procedimento per arbitrato irrituale (come già per quello rituale), il rispetto della garanzia del principio del contraddittorio deve essere apprezzato in una chiave essenzialmente sostanziale, non potendosi ancorare il giudizio de quo alla verifica delle sole formalità eventualmente imposte dagli arbitri, ma occorrendo invece assicurare che la decisione sia il frutto della valutazione di argomen-

<sup>1</sup> Segnatamente il precedente è Cass., 15 luglio 2014, n. 16164.



**CASSAZIONE CIVILE**

tazioni difensive e di elementi probatori sui quali le parti abbiano avuto modo di esperire la loro valutazione e formulare le eventuali osservazioni (cfr. Cass. n. 22994 del 2018) ».

3. L'ordinanza della Corte di Cassazione sollecita una doppia riflessione, che potremmo svolgere meglio partendo da altrettante domande. La prima domanda è: gli arbitri irrituali devono osservare il principio del contraddittorio e, se sì, qual è il fondamento di quel dovere? La seconda domanda è: ogni violazione del principio del contraddittorio rileva ai fini dell'impugnazione del lodo irrituale per il motivo di cui all'art. 808 *ter*, comma secondo, n. 5, c.p.c. o quella violazione deve presentare una qualche indispensabile caratteristica?

4. Quanto al primo quesito, la Corte di Cassazione riafferma l'ovvio, e cioè che anche gli arbitri irrituali sono tenuti ad attuare il principio del contraddittorio. Quel che la Corte di Cassazione non fa, però, è esplicitare quale sia il fondamento sistematico di quel dovere incombente sugli arbitri irrituali. La questione non è di poco conto perché è ben nota l'antica disputa intorno alla natura dell'arbitrato irrituale, dibattito che neanche l'introduzione di una disciplina *ad hoc* nell'art. 808 *ter* c.p.c., ad opera del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, ha sopito del tutto. E, anzi, proprio quell'antico ed assai polarizzato dibattito avrebbe ben potuto spingere la Corte di Cassazione a meglio calibrare il proprio argomentare; mentre, l'ordinanza in commento rinvia di continuo a parti motivate di più risalenti precedenti, pericolosamente sovrapponendo statuizioni e relativi principi di diritto su fattispecie sorte anteriormente alla novella del 2006 e statuizioni e relativi principi di diritto su fattispecie sorte all'indomani di quella riforma. Ma, poiché l'introduzione nel 2006 di una disciplina *ad hoc* dell'arbitrato irrituale — qualunque sia il significato che le si ascriva — ha segnato un indubbio spartiacque nello studio dell'istituto e poiché l'ordinanza in esame ha definito un processo su rapporto sostanziale tutto successivo all'entrata in vigore della novella del 2006, la scelta argomentativa della Corte di Cassazione non è di facile comprensione e nemmeno è condivisibile. Non dico che il ragionamento seguito non sia riconducibile a logicità perché, al postutto, l'ordinanza pare dire che pure l'arbitrato irrituale, come quello rituale, è un processo per la risoluzione di una lite su diritti disponibili destinato a sfociare in un giudizio e che, pertanto, gli arbitri irrituali, come quelli rituali, sono astretti dal principio del contraddittorio. Ritengo, però, che la motivazione non aiuti alla chiarezza e che richieda anzi uno sforzo ricostruttivo che sarebbe stato ben evitabile. Ad esempio, sembra rivolgersi piuttosto ad antiche tesi, ed in qualche modo contraddire le conclusioni che la Corte di Cassazione pone dell'arbitrato irrituale come processo, l'affermazione secondo cui « la definizione corretta dell'arbitrato irrituale è quella di un mandato congiunto a comporre la controversia venutasi a configurare mediante un negozio compositivo (...) ». Non che il postulato sia erroneo in sé, ma, se l'arbitrato irrituale si risolve in un negozio compositivo, è difficile dire che esso sia un giudizio su posizioni giuridiche contrastanti. Altro sarebbe stato affermare, invece, che l'arbitrato irrituale è un processo che si conclude con un giudizio reso in forza di un provvedimento che ha valore contrattuale e non efficacia di sentenza.

Ed allora la questione verte su quale contraddittorio gli arbitri irrituali devono attuare, e cioè intorno a quale sia il fondamento sistematico del dovere di osservare quel fondamentale canone, se di diritto privato, come clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto di mandato *ex artt.* 1175, 1375 e 1711 c.c., o se di diritto processuale, come imprescindibile connotato di ogni processo *ex art.* 101 c.p.c., ma prima ancora, *ex artt.* 24 e 111, comma secondo, Cost. e art. 6 CEDU.

Ho anticipato che la disputa sulla natura dell'arbitrato irrituale è antica e imperniata su due visioni del tutto inconciliabili, che neanche la riforma del 2006 è stata in grado di avvicinare.

Un primo orientamento, più consolidato tra studiosi del passato, ma mai del tutto tramontato, nega la *reductio ad unum* di arbitrato rituale e arbitrato irrituale e descrive l'arbitrato irrituale come istituto del diritto privato. L'arbitrato irrituale non sarebbe decisione eteronoma di una lite fondata sull'accertamento delle contrapposte posizioni delle parti, bensì formazione di un nuovo contratto in forza di un mandato congiunto assegnato dalle parti agli arbitri affinché questi ultimi pongano in essere quel contratto<sup>2</sup>. L'arbitrato irrituale, nell'ambito di questa impostazione dogmatica, è stato poi variamente inquadrato: ora come negozio di transazione, o arbitraggio della transazione, concluso dalle parti in modo incompleto ed affidato agli arbitri per il suo completamento, giusto il previo accordo delle parti medesime sia sulla nomina degli arbitri sia sulla futura statuizione di questi ultimi, perché, se l'accordo sulla statuizione mancasse, vi sarebbe una divergenza di volontà logicamente incompatibile con una transazione già raggiunta nei suoi elementi concreti e solo da ultimare dagli arbitri (per cui il lodo irrituale dovrebbe sempre presentare gli elementi dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*)<sup>3</sup>; ora come negozio di accertamento fondato sul mandato congiunto delle parti agli arbitri a comporre un contrasto secondo diritto (per cui, il lodo irrituale potrebbe anche prevedere il sacrificio unilaterale, ossia a carico di uno solo dei compromittenti)<sup>4</sup>; ora come

<sup>2</sup> Cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 77 ss., spec. 97 ss., dove si può trovare un'analisi molto approfondita delle diverse posizioni degli studiosi dell'epoca; prima ancora v. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, 252 ss.; PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1929, 130 ss.; ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1929, 308 ss.; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1951, 165 ss.; VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 854; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2ª ed., Milano, 1967, 23 ss.; D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1925, 344 ss. V. in epoca più recente TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 452 ss.; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, Parte Prima, 1994, 453 ss. e spec. 468 ss.

<sup>3</sup> Cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 92-93; CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., 252 ss.; PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, cit., 130 ss.; ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, cit., 308 ss.; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, cit., 165 ss.; VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, cit., 854; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, cit., 23 ss. In giurisprudenza, hanno fatto espressa affermazione della natura transattiva dell'arbitrato irrituale tra le molte dell'epoca Cass., 25 maggio 1960, n. 1353, in *Foro pad.*, I, 1960, 1235 ss.; Cass., 16 maggio 1962, n. 1070, in *Riv. dir. proc.*, I, 1963, 313; Cass., 19 ottobre 1963, n. 2784, in *Giust. civ.*, I, 1964. Per una critica a questa impostazione, basata sul rilievo che le reciproche concessioni sottese al negozio transattivo avrebbero comportato l'impossibilità di accoglimento o di rigetto in toto delle richieste di una parte, v. MONTESANO, *Aspetti problematici nella giurisprudenza della Cassazione sugli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 5 ss.; BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 716 ss. In giurisprudenza v. Cass., 12 settembre 1984, n. 4794.

<sup>4</sup> V. TARZIA, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, cit., 452 ss. Cfr. per la natura mista tra transazione e negozio di accertamento, a seconda che agli arbitri irrituali sia chiesto di disporre secondo equità o secondo diritto, CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 468-469, il quale,

## CASSAZIONE CIVILE

contratto *per relationem*, il cui contenuto è rimesso alla determinazione del terzo<sup>5</sup>. Il giudizio — non importa se di equità (transazione) o di diritto (negozio di accertamento)<sup>6</sup> — non sarebbe il nucleo ed il risultato dell'attività degli arbitri irrituali, bensì la premessa delle loro disposizioni finali<sup>7</sup>. Insomma, si riscontrano opinioni eterogenee, ma tutte accomunate dall'idea dell'arbitrato irrituale come istituto operante solo sul terreno del diritto sostanziale e completamente estraneo alla giurisdizione<sup>8</sup>. Nella prospettiva seguita da questi studiosi — per chi si pose il problema — il contraddittorio viene in rilievo quale equo modo degli arbitri irrituali di risolvere al mandato congiunto loro assegnato, e cioè come *modus operandi* loro imposto, sul piano strettamente civilistico, o in ragione dell'applicabilità delle norme sul mandato, a pena di eccederne i limiti *ex art. 1711, comma primo, c.c.*, o in ragione dell'applicabilità del canone generale della buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*<sup>9</sup>. Con la sola annotazione conclusiva che il principio del contraddittorio non rileva qui come fondamentale caratteristica del processo arbitrale, bensì come indispensabile strumento conoscitivo dei fatti e delle situazioni rilevanti per l'esatto adempimento dell'incarico ricevuto, mezzo di conoscenza a cui gli arbitri irrituali devono ricorrere, per l'appunto, vuoi *ex art. 1711, comma primo c.c.*, vuoi *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*<sup>10</sup>.

però, alla nota 51 pare anche ammettere la tesi del contratto con un contenuto determinato *per relationem*. In giurisprudenza cfr. Cass., 14 marzo 1963, n. 637, in *Giust. civ.*, I, 1963, 1313 e Cass., 8 ottobre 1967, n. 3212, in *Mass. Foro it.*, 1969, 942.

<sup>5</sup> Cfr. su tutti FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1987, 404 ss., spec. 405, per il quale « nell'arbitrato libero la disposizione è già tutta posta e la relativa efficacia scontata dalla volontà delle parti nel contratto *per relationem* »; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 103 ss.; ROVELLI, *Arbitrato irrituale e figure affini (sulla natura dell'arbitrato irrituale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 233.

<sup>6</sup> Lo annota CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 468-469 e ivi la nota 47. V. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1950, 70. In giurisprudenza cfr. Cass., 21 gennaio 1980, n. 1238, in *Foro it.*, 1980, I, c. 974.

<sup>7</sup> *Contra*, tuttavia, FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, 405, il quale, pur guardando al contratto *per relationem*, osservava che « (...) le parti manifestano la loro volontà nel senso che il terzo determini il contenuto del contratto (...) in conformità dell'accertamento della situazione sostanziale controversa, cioè previo e mediante giudizio su di una situazione giuridica ». Per l'A., quindi, il giudizio era l'essenza dell'attività degli arbitri liberi.

<sup>8</sup> Cfr. ZULBERTI, in AA.VV., *L'arbitrato*, Salvaneschi e Graziosi (a cura di), Milano, 2020, 141, il quale, pur aderendo all'altra impostazione, individua questo unico comun denominatore nella varietà di tesi sulla natura solo privatistica dell'arbitrato irrituale.

<sup>9</sup> Cfr. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 469-470. V. pure Cass., 29 ottobre 1974, n. 3298 e prima ancora Cass., 8 febbraio 1964, n. 298.

<sup>10</sup> Cfr. ancora CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 470. *Contra*, l'opinione di FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, 405, per il quale, anche nell'arbitrato irrituale, « (...) il profilo di arbitro si staglia perché la volizione negoziale delle parti esige dal terzo il rispetto del contraddittorio, dunque lo svolgimento di un processo, breve o lungo non importa. Le parti vogliono essere messe in grado di far sentire le loro ragioni, di allegare fatti e addurre prove. (...) C'è, insomma, arbitro nei limiti in cui le parti hanno fatta salva

Un secondo orientamento teorizza la *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale, per cui l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale sarebbero entrambi modalità di risoluzione eteronoma di una lite su diritti disponibili, insomma due *species* dello stesso *genus*, che differiscono solo per la diversa natura e i diversi effetti del prodotto finale dell'attività degli arbitri. Gli assertori di questa tesi guardano all'arbitrato come un fenomeno unitario perché, rituale o irrituale che sia, si tratterebbe in ogni caso di un processo destinato a concludersi con un giudizio<sup>11</sup>. La tesi unitaria ha ricevuto nuova linfa proprio con la novella del 2006, quando il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, ha introdotto una norma *ad hoc* dedicata, per l'appunto, all'arbitrato irrituale e per lo più attratta al codice di rito, ossia l'art. 808 *ter* c.p.c. In particolar modo, l'aspetto che più ha consolidato la posizione dei fautori della *reductio ad unum*, i quali vi hanno individuato il definitivo suggello delle proprie ragioni, è stata la *ratio* dell'introduzione di quella specifica disciplina dell'arbitrato *ad hoc*. Si è osservato, infatti, che l'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c. è stata anticipata dalla previsione della legge di delega 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 1, comma terzo, lett. b), stabiliva, quale principio e criterio direttivo per il legislatore delegato, quello di « riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato prevedendo (...) 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 o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare ». La direttiva impartita dal legislatore delegante è stata così interpretata come chiara manifestazione programmatica dalla *intentio legis* di (ri)affermare una volta per tutte l'applicabilità della disciplina codicistica dell'arbitrato a qualunque patto arbitrale, comunque denominato (sia per arbitrato rituale sia per arbitrato irrituale), fatto salvo il potere per le parti di derogare alla disciplina legale, purché entro i precisi e tassativi limiti che erano stati dettati dalla stessa legge di delega<sup>12</sup>. L'art. 808 *ter* c.p.c. avrebbe, dunque, attuato la *reductio ad unum* programmata dalla legge di delega<sup>13</sup>, stabilendo, al comma primo, che « Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale ».

Senonché, il legislatore delegato pensò bene di scompaginare il quadro, con l'aggiunta dell'ambiguo inciso, posto a chiusura del comma primo dell'art. 808 *ter* c.p.c., per il quale « Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo »<sup>14</sup>.

---

l'esigenza del contraddittorio. (...) Il contraddittorio — il processo, dunque — costituisce un presupposto di legittimazione del potere dell'arbitro. Il difetto del quale presupposto importa la nullità dell'atto finale dell'arbitro: con l'ovvia ripercussione sul contratto per *relationem* che costituisce l'origine e, se è consentito, il recipiente del *dictum arbitrale* ».

<sup>11</sup> V. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 44 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 22 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3ª ed., Milano, 2000, 312; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2ª ed., Padova, 2012, 619 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 1, 2007, 25-26.

<sup>12</sup> Cfr. in questo senso PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 619 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 25 ss.

<sup>13</sup> V. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 619.

<sup>14</sup> Aggiunta non prevista dalla legge delega, come notato da BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 821 ss.

## CASSAZIONE CIVILE

Una parte della dottrina, rigorosa sostenitrice della polarizzazione tra i due istituti dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale, ha interpretato quella proposizione come prova ulteriore del postulato per cui, in caso di convenzione per arbitrato irrituale, tutte le disposizioni del Titolo VIII del Libro IV del codice di rito non troverebbero applicazione, esse riguardando solo l'arbitrato rituale<sup>15</sup>.

Altri autori, invece, hanno visto nell'ultima parte del comma primo dell'art. 808 *ter* c.p.c. solo la realizzazione e la conferma di quanto già era stato fissato in via programmatica dall'art. 1, comma terzo, lett. *b*), della legge 14 maggio 2005, n. 80, ossia della facoltà delle parti di svincolarsi dalla disciplina legale dell'arbitrato, deroga che senz'altro riguarderebbe gli effetti di sentenza *ex art.* 824 *bis* c.p.c., ma che potrebbe espandersi anche ad altre disposizioni, fermo restando che, in mancanza di quella specifica volontà derogatoria (ecco il senso dell'inciso), anche all'arbitrato irrituale si applicherebbero le disposizioni del Titolo VIII del Libro IV, fatte salve quelle norme la cui compatibilità con quella modalità di arbitrato è espressamente esclusa dalla legge, e cioè gli artt. 824 *bis* (arg. diretto *ex art.* 808 *ter*, comma primo), 825 (arg. diretto *ex art.* 808 *ter*, ultimo comma) e 827 ss. c.p.c. (arg. indiretto *ex art.* 808 *ter*, comma secondo, che regola uno specifico regimo impugnatorio del lodo irrituale, con esclusione implicita di quello approntato per il lodo rituale)<sup>16</sup>.

Esorbiterebbe dai limiti di questo contributo approfondire oltre sulla natura dell'arbitrato irrituale e su come esso si atteggi rispetto all'arbitrato rituale e, in generale, rispetto alla disciplina legale di cui al Titolo VIII del Libro IV del codice di rito. A me pare che la tesi della *reductio ad unum* sia da prediligere per una serie di ragioni. La prima, e anche più pregnante, ragione è che il principio e criterio direttivo alla base dell'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c., come affermato dall'art. 1, comma terzo, lett. *b*), della legge 14 maggio 2005, n. 80, era stato piano nell'esprimere l'intenzione del legislatore di dettare una disciplina unitaria dell'arbitrato, che non risentisse della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. La previsione di una disciplina *ad hoc* per l'arbitro irrituale ai sensi del (nuovo all'epoca) art. 808 *ter* c.p.c. rispondeva proprio all'esigenza posta dal delegante al legislatore delegato, « segna(ndo) la fine dell'arbitrato irrituale quale "arbitrato libero", inteso come episodio non regolato dalla legge »<sup>17</sup>. In secondo luogo, il postulato per cui le norme del Titolo VIII Libro IV del codice di rito sarebbero incompatibili con l'arbitrato irrituale è smentito già dall'art. 808 *ter*, comma secondo, n. 3, c.p.c., il quale, ponendo che il lodo irrituale è annullabile se « (...) è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812 », riconosce *a contrario* che l'art. 812 c.p.c., in tema di incapacità dell'arbitro, è applicabile anche all'arbitrato irrituale. Inoltre, è fondato l'argomento per cui, se fosse vero che nessuno degli articoli del Titolo VIII del Libro IV del codice di rito si applica all'arbitrato irrituale, non avrebbe avuto senso per l'art. 808 *ter* c.p.c. escluderne espressamente la

922

<sup>15</sup> Cfr. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in questa *Rivista*, 4, 2005, 665 ss.; IDEM, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino, 2010, 38; BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 100; IDEM, sub art. 808 *ter*, in AA.VV., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Menchini (a cura di), Padova, 2010, 82 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, I, 6ª ed., Padova, 2010, 104.

<sup>16</sup> Cfr. in questo senso PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 619-620; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 31.

<sup>17</sup> Così testualmente SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 28 ss.

compatibilità con gli artt. 824 *bis* e 825 c.p.c., relativi al regime processuale del lodo rituale<sup>18</sup>.

Veniamo, dunque, al punto.

Se, come pare, la linea da seguire è quella della unificazione dell'arbitrato, inteso *tout court* (arbitrale o irrituale) come composizione eteronoma della controversia su posizioni giuridiche sostanziali per il mezzo di un giudizio che è sulle ragioni delle parti<sup>19</sup>, e se la disciplina legale di questo fenomeno unitario sta nel Titolo VIII del Libro IV del codice di rito, non può che giungersi alla conclusione che quell'apparato normativo trovi tendenziale applicazione all'arbitrato irrituale (come a quello rituale), salvo che i compromittenti, oltre che derogare all'art. 824 *bis* c.p.c., deroga che sta nella previsione per cui l'arbitrato si concluderà con « determinazione contrattuale » (o in formule a quella inequivocabilmente equipollenti)<sup>20</sup>, abbiano voluto sottrarsi anche ad altre parti di quello schema legale<sup>21</sup>. Aggiungerei che pressoché tutte le norme del Titolo VIII del Libro IV disciplinano l'arbitrato irrituale, con esclusione di quelle proprio incompatibili con esso (ossia, gli artt. 824 *bis* e 825, gli artt. 827 ss. c.p.c. sull'impugnazione per nullità del lodo rituale, oltre che gli artt. 819, comma secondo, sulla decisione con efficacia di giudicato delle questioni pregiudiziali e, per sin troppo scontati motivi, gli artt. 839 e 840 c.p.c. sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri) e di quelle messe fuori gioco per volontà delle parti<sup>22</sup>. Direi che pure i nuovi artt. 818 ss. c.p.c., finalmente abolitivi dell'ormai ingiustificabile dogma del divieto per gli arbitri di concedere sequestri ed altri provvedimenti cautelari<sup>23</sup>, sono di sicuro applicabili all'arbitrato irrituale, e ciò almeno per tre ragioni. Innanzitutto, il nuovo art. 818 c.p.c. parla solo di « arbitri » e non di « arbitri irrituali », in tal modo superando, tra l'altro, la incomprensibile indicazione che era stata offerta dal legislatore delegante, che aveva posto come principio e criterio direttivo quello di « prevedere l'attribuzione agli arbitri rituali del potere di emanare

<sup>18</sup> V. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 621-622.

<sup>19</sup> V. qui la definizione di SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 31.

<sup>20</sup> Sulla necessità che la volontà delle parti di accedere all'arbitrato a modalità irrituale abbia carattere di certezza, oltre che forma scritta, SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 26-27 e ivi anche le note 7 e 9.

<sup>21</sup> Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 623-625. Così SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 37 ss. Ma v. anche LUISSO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 263, i quali affermano proprio che « Tutte le norme che il codice prevede per l'arbitrato rituale sono applicabili all'arbitrato irrituale, salvo una diversa volontà delle parti ».

<sup>22</sup> Segnalo, per completezza, che SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 38, individua anche una terza categoria di norme, che egli definisce come di incerta applicazione all'arbitrato irrituale, tra le quali colloca: l'art. 816 *quater*, comma ultimo, per l'ipotesi in cui si prospetti una questione di litisconsorzio necessario non risolvibile ai sensi del comma primo; l'art. 816 *quinquies*, commi secondo e terzo, sugli interventi sempre ammessi per legge e sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso; l'art. 819 *ter*, comma primo, nella parte che afferisce al regolamento di competenza *ex* artt. 42 e 43 c.p.c. avverso la pronuncia del giudice che afferma o nega la propria competenza.

<sup>23</sup> V. sui nuovi artt. 818 ss. c.p.c. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici)*, in *www.judicium.it* nonché in questa *Rivista*, 4, 2022, 787 ss. Cfr., inoltre, l'approfondito commento alla riforma del cautelare arbitrale di FARINA, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile - Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Roberta Tiscini (a cura di), Marco Farina (con il coordinamento di), Pisa, 2023, 1190 ss.



**CASSAZIONE CIVILE**

misure cautelari (...)»<sup>24</sup>. In secondo luogo, l'art. 669 *quinquies* c.p.c., che è la disposizione precipuamente volta a regolare la competenza cautelare del giudice ordinario in presenza di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale, statuisce che « Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali (...) ». Proprio il chiaro tenore dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. palesava, a mio avviso, la illogicità della direttiva che era stata impartita dal legislatore delegante a proposito degli « arbitri rituali », direttiva opportunamente ignorata dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149<sup>25</sup>: l'art. 669 *quinquies* c.p.c. oggi agisce « salvo quanto disposto dall'articolo 818, primo comma », secondo l'inciso opportunamente aggiuntovi dal legislatore della riforma, e poiché l'art. 818, comma primo, c.p.c. non scevera tra arbitri rituali e arbitri irrituali, ne deriva che quella norma del procedimento cautelare uniforme opera anche in caso di arbitrato irrituale, ma solo qualora le parti del patto compromissorio non abbiano assegnato agli arbitri irrituali, in virtù dello stesso patto o con atto scritto separato anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale, il potere di concedere provvedimenti cautelari. In terzo luogo ed in termini più generali, una volta omologata la tesi dell'arbitrato irrituale come forma di risoluzione eteronoma della controversia, non può darsi alcuna ontologica incompatibilità tra arbitrato irrituale e tutela cautelare, anzi « Prova sovrana di ciò è la parificazione piena della tutela cautelare in caso di arbitrato irrituale al meccanismo di tutela cautelare nell'arbitrato rituale »<sup>26</sup> ed ancor più è dimostrazione dell'assunto la circostanza che il legislatore della recentissima novella, quando ha aperto la strada alla tutela cautelare impartita dagli arbitri, non ha distinto tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale.

924

Non si può tacere che il vero scoglio su cui questa tesi rischia di infrangersi è costituito dal regime del reclamo avverso il provvedimento cautelare emanato dagli arbitri. Infatti, il nuovo art. 818 *bis* c.p.c. prevede che, contro il provvedimento degli arbitri che concede o nega un provvedimento cautelare, è ammesso il reclamo a norma dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. davanti alla Corte di appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato « per i motivi di cui all'art. 829, comma primo, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico ». Il problema non si pone, a mio avviso, per il motivo imperniato sulla contrarietà all'ordine pubblico, che ha portata senz'altro generale e che discende da un vizio che può affliggere il provvedimento cautelare indifferentemente dalla circostanza che esso sia stato somministrato dagli arbitri rituali o da quelli irrituali. È più complesso, invece, armonizzare la prima ipotesi di reclamo posta dall'art.

<sup>24</sup> Cfr. l'art. 1, comma 15, lett. c), della legge 21 novembre 2021, n. 206, recante « Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata ».

<sup>25</sup> Cfr. in particolare l'art. 3, comma cinquantadue, lett. b) e c), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149.

<sup>26</sup> Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 625-627, il quale, dopo avere richiamato l'ampio dibattito scatenatosi in passato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, sulla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale, evidenzia che « Come già detto, la questione è stata superata dal recente intervento legislativo: l'accesso alla tutela cautelare anche in caso di convenzione di arbitrato non rituale (...) è ora ammesso espressamente dal nuovo testo dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. ». V. anche SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 34-35. V. pure IDEM, *ivi*, 241,



818 *bis* c.p.c. con l'arbitrato a modalità irrituale poiché essa fa espressamente riferimento ai casi di nullità del lodo rituale, elencati dall'art. 829, comma primo, c.p.c., in quanto compatibili. I motivi di annullamento del lodo irrituale ed il relativo regime di impugnazione, invece, hanno una disciplina *ad hoc*, che è dettata dall'art. 808 *ter*, comma secondo, c.p.c. Si tratta, quindi, di vedere se l'art. 818 *bis* c.p.c. sia *tout court* compatibile o incompatibile con l'arbitrato irrituale o se, in caso di riconosciuta compatibilità, essa non richieda però un qualche adattamento.

Provo ad ipotizzare una soluzione, ben consapevole del fatto che il tema è complesso e che meriterà maggiore approfondimento in un altro scritto. Nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, si legge, a proposito del comma cinquantaduesimo dell'art. 3, lett. c), che «(...) la garanzia del reclamo viene dall'art. 818-bis del codice di procedura civile limitata ai soli motivi di cui all'articolo 829, primo comma, del codice di rito, in quanto compatibili, oltre al caso della contrarietà all'ordine pubblico. Tale previsione intende porsi in conformità con l'ambito di impugnazione nei confronti del provvedimento decisivo finale del giudizio, istituendo un parallelismo tra i possibili motivi di impugnazione del lodo, previsti nello specifico catalogo di errores in procedendo di cui all'articolo 829, primo comma, del codice di procedura civile, in quanto compatibili (...) e le possibili censure spendibili nei confronti del provvedimento interinale, che abbia accolto o rigettato la richiesta di misura cautelare». Se ne ricava che la *ratio legis*, sottesa all'art. 818 *bis* c.p.c., è stata proprio quella di assicurare un parallelismo tra i motivi di impugnazione del lodo e i motivi di reclamo contro il provvedimento cautelare degli arbitri. Così stando le cose, potrebbe apparire negazione di quella *ratio legis* il sostenere che pure il provvedimento interinale emanato dagli arbitri irrituali sia reclamabile per le ragioni di cui all'art. 829, comma primo, c.p.c., sempre in quanto compatibili, oltre che per contrarietà all'ordine pubblico. Tuttavia, a me pare che delle due l'una: o l'art. 818 *bis* c.p.c. è argomento decisivo per postulare che il legislatore della riforma ha inteso riconoscere la possibilità di attribuzione di potestà cautelare solo in capo agli arbitri rituali (così ponendosi in contrasto, almeno dal mio punto di vista, con plurimi indici sistematici, a partire dal riveduto art. 669 *quinquies* c.p.c. e dalla neutralità, sul punto, del nuovo art. 818 c.p.c.); o l'art. 818 *bis* c.p.c. va sottoposto, quanto all'arbitrato irrituale, ad una opportuna opera interpretativa di adattamento, che può consistere: (i) o nel considerare il riferimento all'art. 829, comma primo, c.p.c. implicitamente sostituito con quello all'art. 808 *ter*, comma secondo, c.p.c.; (ii) o nell'intendere quel rinvio all'art. 829, comma primo, c.p.c. come compatibile, mutato quel che c'è da mutare rispetto all'attività degli arbitri irrituali, con il provvedimento interinale emesso da questi ultimi. Né l'una né l'altra opzione di adeguamento parrebbe destare insormontabili preoccupazioni visto e considerato che l'art. 808 *ter*, comma secondo, c.p.c. dà vita ad una griglia impugnatoria i cui motivi riproducono, nel loro nucleo essenziale, quelli dell'art. 829 c.p.c.<sup>27</sup>

Le norme relative al procedimento arbitrale trovano, quindi, applicazione all'arbitrato irrituale. Tra di esse spicca l'art. 816 *bis* c.p.c. sullo svolgimento del giudizio

<sup>27</sup> Cfr. al riguardo SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., 29, per il quale l'art. 808 *ter* c.p.c. configura « (...) un'autonoma azione di impugnativa i cui motivi appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo » e ivi la nota 14.

## CASSAZIONE CIVILE

arbitrale<sup>28</sup>. L'art. 816 *bis* c.p.c. codifica, rispetto all'arbitrato, il principio della (più ampia) libertà delle forme, che va inteso non come totale assenza delle forme procedurali, bensì come capacità di adattamento di quelle forme alle esigenze del singolo giudizio arbitrale<sup>29</sup>. Ho già avuto modo di dire<sup>30</sup> che l'art. 816 *bis* c.p.c. è la più nitida espressione del principio di flessibilità arbitrale<sup>31</sup>: esso, infatti, lascia all'autonomia delle parti di stabilire, con la stessa convenzione di arbitrato o con atto scritto separato anteriore all'inizio del giudizio arbitrale (*in limine litis*, dunque, onde assicurare la prevedibilità delle regole del gioco e scongiurare la *ex post facto rule*<sup>32</sup>, così da lasciare residuo spazio operativo al principio di autoresponsabilità<sup>33</sup>), le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento; in mancanza di una simile manifestazione di volontà, l'art. 816 *bis* c.p.c. rimette agli arbitri di « regolare lo svolgimento del giudizio (...) nel modo che ritengono più opportuno ».

L'unico limite invalicabile che si pone dinanzi agli arbitri, ma che si deve ritenere che neppure le parti possano eludere, è quello di « attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa », quale fondamentale principio di ordine pubblico processuale<sup>34</sup> e quindi garanzia minima (insieme alla terzietà del giudicante) del *due process of law* arbitrale<sup>35</sup>.

Il ragionamento sin ora svolto ci consente di dire che non basta limitarsi ad affermare l'ovvio, ossia che gli arbitri irrivali hanno il dovere di osservare il principio del contraddittorio. Infatti, abbiamo visto che ci sono sufficienti indici sistematici che permettono di andare oltre quel superficiale postulato fino ad individuare in modo preciso il fondamento di quell'obbligo, che (anche) per gli arbitri irrivali (proprio come per quelli rituali) sta nell'art. 816 *bis* c.p.c. e, potremmo dire, ancor più a monte negli artt.

926

<sup>28</sup> V. sul punto, oltre agli A. citati *supra* alle note 21 e 22, anche RUFFINI, *sub art. 816 bis*, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, Consolo (diretto da), III, Milano, 2010, 1818; POLINARI, *sub art. 816 quater*, *ivi*, 1853; GRADI, *sub art. 816 quinquies*, *ivi*, 1879 ss.; CELSI-PAOLETTI, *sub art. 816 sexies*, *ivi*, 1890 ss.

<sup>29</sup> Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria arbitrale)*, *Quaderni de « Il giusto processo civile »*, Napoli, 2018, 15 e 22.

<sup>30</sup> Rimando, se si vuole, a CAROSI, *L'istruttoria arbitrale alla luce del principio di flessibilità e i riflessi sull'applicazione della regola della « non contestazione »*, in questa *Rivista*, 3, 2022, 533 ss., spec. 544 e 556-557.

<sup>31</sup> Cfr. VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, in questa *Rivista*, 2, 2022, 287 ss., ma spec. 294-295. Si veda anche DANOVI, *L'istruttoria*, in AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 309 ss., spec. 312;

<sup>32</sup> V. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 56, il quale ritiene il canone della previa determinazione delle regole del giudizio inerente al principio del contraddittorio. Sul valore della prevedibilità, come limite e misura della flessibilità arbitrale, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, cit., 87-89.

<sup>33</sup> Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, 88.

<sup>34</sup> Sull'ordine pubblico processuale, inteso come il complesso dei canoni insopprimibili ed irrinunciabili in qualsiasi modello processuale, v. DANOVI, *L'istruttoria*, cit., 312-313; COMOGGIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2013, 810-811; VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 297.

<sup>35</sup> Cfr. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 06, 01, 2005, 1770-1772. Sul contraddittorio come elemento fondante del processo e distinto di quest'ultimo dal procedimento, v. FAZZALARI, voce *Processo* (teoria generale), in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1072.

24 e 111, comma secondo, Cost. e nell'art. 6 CEDU, ossia nei principi del giusto (o dell'equo) processo.

Così non si comprende per quale ragione la Corte di Cassazione, nell'ordinanza in commento, abbia sentito il bisogno di affidarsi a precedenti vertenti su fattispecie addirittura anteriori alla riforma del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, ossia in un'epoca in cui vigeva il vecchio art. 816 c.p.c. (poi sostituito, appunto, dall'art. 816 *bis* c.p.c.), il cui comma terzo imponeva letteralmente agli arbitri di assegnare alle parti termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche. Il disposto dell'art. 816, comma terzo, c.p.c. aveva portato la giurisprudenza a tracciare una netta linea di demarcazione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, il primo connotato da un contraddittorio scandito da forme rigorose e fasi progressive, il secondo, invece, modellato su di un contraddittorio mondato da ingessature<sup>36</sup>. Questa distinzione manichea oggi non ha alcuna ragione d'essere perché, come detto, l'art. 816 *bis* c.p.c. sancisce il principio della libertà delle forme, valido sia per l'arbitrato rituale sia per l'arbitrato irrituale, con l'unico limite per gli arbitri di assicurare che il principio del contraddittorio sia attuato mediante la concessione alle parti di ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa.

Il contraddittorio che gli arbitri (rituali o irrituali) devono attuare è lo stesso (quale effettiva possibilità delle parti di dire e contraddire in condizioni paritetiche in funzione della formazione del *dictum* arbitrale<sup>37</sup>) e non varia tra le due modalità di arbitrato perché è pur sempre di processo che trattasi. Parimenti, è identico il fondamento normativo di quel loro dovere, che sta nell'art. 816 *bis* c.p.c., ma che potrebbe essere individuato, risalendo verso le fonti più alte del diritto, negli artt. 24 e 111, comma secondo, Cost. e nell'art. 6 CEDU. La Corte di Cassazione, invece, non ne ha dato atto, scegliendo la via al contempo più impervia e meno razionale per giungere alla corretta conclusione per cui l'obbligo di osservare il principio del contraddittorio incombe pure sugli arbitri irrituali.

5. Passiamo ad esaminare molto in breve il secondo problema che l'ordinanza in commento ha posto e la soluzione che essa ne ha elaborato.

La Corte di Cassazione ha affermato che non ogni violazione del principio del contraddittorio rileva ai fini dell'impugnazione del lodo irrituale per il motivo di cui all'art. 808 *ter*, comma secondo, n. 5, c.p.c., ma anche di quello rituale ai sensi dell'art. 829, comma primo, n. 9, c.p.c.

Non è una novità, bensì un postulato costante nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, nel procedimento arbitrale, l'omessa osservanza del principio del contraddittorio non è un vizio di forma, ma un vizio di attività con la conseguenza che, ai fini della declaratoria di nullità del lodo arbitrale, è necessario che sia dedotta, provata e, quindi, accertata una concreta menomazione del diritto di difesa alla luce della modalità con cui si è in concreto svolto il confronto tra le parti sulle rispettive posizioni soggettive e delle possibilità per le stesse di esercitare, in condizioni di parità e nel

<sup>36</sup> Così Cass., ordinanza 17 novembre 2022, n. 33900, al par. 3.3.1.

<sup>37</sup> V. FAZZALARI, voce *Procedimenti e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987, 821 ss.

**CASSAZIONE CIVILE**

rispetto della regola *audiatur et altera pars*, le facoltà processuali loro concesse dagli arbitri<sup>38</sup>.

Pertanto, la parte che intenda impugnare il *decisum* arbitrale per il motivo di cui agli artt. 808 *ter*, comma secondo, n. 5, e 829, comma primo, n. 9, c.p.c., a seconda che il lodo sia irrituale o rituale, deve affermare lo specifico pregiudizio arrecato al proprio diritto di difesa e, al contempo, allegare che il vizio non è stato sanato, nel senso di non essere stata effettivamente in condizione di dedurre e controdedurre in posizione di parità con la controparte e così di collaborare in vista dell'accertamento dei fatti controversi<sup>39</sup>.

La Corte di Cassazione, nel caso definito dall'ordinanza in commento, ha conseguentemente ritenuto che la affermata violazione del principio del contraddittorio mancasse di effettività perché la lettera contestata (comprensiva dei relativi allegati), fatta pervenire al collegio arbitrale dal difensore di una delle parti e con contenuto nient'affatto afferente all'oggetto del contendere, non era stata tenuta nella benché minima considerazione dagli arbitri ai fini della loro decisione di modo che la Corte di Appello di Milano — e, prima ancora, il Tribunale di Milano — bene aveva fatto a negare la sussistenza di una giusta causa di revoca degli arbitri e l'inosservanza, da parte degli stessi, del fondamentale canone del contraddittorio.

ALESSIO CAROSI

---

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201 nonché Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481. In dottrina, v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 560-561; MARINUCCI, in AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 610-611.

<sup>39</sup> Cfr. MERONE, *sub art. 829*, in AA.VV., *Codice di procedura civile Picardi*, Tomo II, VII ed., Vaccarella (a cura di), Milano, 2021, 4986-4987.