

Anno I - n. 1 2016

Nuovo DIRITTO CIVILE

ESTRATTO

Ferruccio Auletta

LA NULLITÀ DEL LODO:
QUALE NULLITÀ?



Giuridica Editrice

FERRUCCIO AULETTA

(Professore ordinario nella Università di Napoli “Federico II”)

LA NULLITÀ DEL LODO: QUALE NULLITÀ?^{*} **

L'Autore indaga il tema della nullità del lodo, individuando due profili: la pronuncia di nullità del lodo si traduce in ogni caso nel risultato che «il lodo è annullato» (ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c.), escludendo un potere giudiziale di rilevazione della nullità non indotta dall'apposita azione; e soltanto per le ipotesi di invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, quali autentiche patologie del contratto, è previsto un regime speciale degli effetti della suddetta pronuncia.

Muovendo dalla premessa che il lodo costituisce un atto processuale, capace di produrre effetti sia sostanziali che processuali e suscettibile di nullità per profili formali ed extraformali, va alla ricerca nell'ordinamento di figure che contribuiscano a individuare le linee sistematiche della nullità del lodo.

Nello specifico, l'Autore esamina lo schema di avvicendamento tra un atto sostanziale e un atto processuale, verificando gli effetti dell'invalidità del primo sul secondo; l'istituto della nullità della sentenza; le regole che disciplinano la composizione dell'ufficio arbitrale e la designazione del giudice.

Dall'analisi sistematica svolta, l'Autore ricava argomenti per riconoscere l'autonomia scientifica e normativa della nullità del lodo.

The Author focuses his analysis on the voidness of the arbitral award, identifying two main aspects: the decision in respect of the nullity of the arbitral award has in any case the effect of setting aside the award, but there is no judicial power to decide on such nullity without a specific request by one of the parties; and a special regime only concerns the decision upon an arbitral award null and void because of the unenforceability of the arbitration clause.

Moving from the assumption that the arbitral award is a judicial act, which may be set aside for both formal or extra-formal reasons, the Author examines other legal institutions to identify the systematic regulation of the voidness of the arbitral award.

* Lo scritto riprende ed integra la relazione tenuta a Milano, nella sede della Camera arbitrale, il 9 aprile 2015 su “Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo nell'arbitrato interno”. Il titolo riproduce quello già assegnato all'intervento del relatore.

** Il saggio è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referees.

In particular, the Author analyzes the succession between substantial deeds and judicial acts, verifying the effects deriving on the latter from the nullity of the former; the nullity of the judgement; and the rules in respect of appointment of arbitrators compared with designation of the competent judge.

The Author, through his systematic analysis, finds out arguments to identify the scientific and legislative autonomies of the voidness of the arbitral award.

SOMMARIO: 1. La dichiarazione di nullità del lodo e della sentenza. – 2. Il catalogo concettuale rilevante per una ricerca sulla nullità del lodo. – 3. La nullità del lodo in rapporto all'«inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato». – 3.1. La conversione della nullità in motivo di impugnazione e la c.d. autosufficienza del lodo. – 3.2. Il principio di *Kompetenz-kompetenz* e la sua relazione col giudizio di validità degli atti del procedimento (e del lodo). – 3.3. La progressiva autorettificazione del procedimento (e del lodo) da nullità formali. – 4. Le caratteristiche della nullità del lodo: il confronto con la disciplina della sentenza di cui il lodo produce gli effetti; in particolare: la nullità extraformale del lodo su «controversia non arbitrabile». – 5. La nullità della convenzione di arbitrato e la conversione in motivo di nullità del lodo alla luce degli artt. 1418, 1421 e 1423 c.c. – 6. Conseguenze applicative e riscontri dell'autonomia del tema.

1. – È lo stesso codice, quello che al Capo III del Titolo VI del Libro I, risulta intestato alla «nullità degli atti», a mandare «soggetto all'impugnazione per nullità» il lodo (art. 827 c.p.c.) in determinati «casi» (art. 829, comma 1, c.p.c.). Codice che di tale «nullità» enuncia poi che è materia di sola «dichiarazione», eventualmente «parziale» (art. 830 c.p.c.), ma comunque nei limiti temporali di un'azione *ad hoc* altrimenti non «più proponibile» (art. 828 c.p.c.), specificando che il potere non spetta alla «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» (art. 829, comma 2, c.p.c.).

In un contesto del genere non è difficile ritrovare i principi sulla «rilevanza», «rilevabilità» ed «estensione» della nullità degli artt. 156 ss. c.p.c. Due rilievi, tuttavia, appaiono funzionali allo sviluppo del discorso: che la pronuncia *pro* nullità del lodo si traduce *in ogni caso* nel risultato che «il lodo è annullato» (art. 830, comma 2, c.p.c.), così escludendo l'esercizio di ogni altro potere giudiziale di rilevazione della nullità non indotto dall'apposita e ineludibile azione; e che un regime speciale degli effetti di tale pronuncia, ancora sul presupposto evidente della sua necessità, viene riservato

soltanto alla «nullità (che) dipenda dalla (...) invalidità o inefficacia (della convenzione di arbitrato)», quali autentiche patologie del *contratto*.

Si dà il caso che l'unica previsione veramente corrispondente che il codice appresta per la *sentenza*, nel senso di farne ugualmente oggetto di mera «dichiar[azione di] nullità» (art. 354, co. 1, c.p.c.), è quella relativa all'ipotesi in cui questa «manca della sottoscrizione del giudice» (art. 161, co. 2, c.p.c.): vicenda da cui dipende l'eccezionale dispensa da «i limiti e (...) le regole proprie (dei) mezzi di impugnazione», vale a dire che la dichiarazione di nullità, proprio in quanto tale, rimane sempre ammessa.

In mancanza di una qualunque dispensa di questo tipo, si comprende meglio perché, quanto all'unico rimedio donde consegue la *dichiarazione di nullità* del lodo (pur quando fosse veramente tale), la conclusione più accreditata oggi è che, invece, «si tratti indiscutibilmente di un mezzo di impugnazione in senso proprio, che svolge la funzione di introdurre un giudizio di secondo grado rispetto al lodo arbitrale»¹.

2. – Una progressiva focalizzazione dello studio sulla nullità del lodo richiede una previa collocazione di questa invalidità entro un catalogo di vizi del procedimento (qui in senso amplissimo, da intendere come pura serie ordinata di atti) e che, ai fini della individuazione della disciplina applicabile, espone le seguenti varietà tipologiche: atto processuale interno o estremo di una sequenza, atto sostanziale a effetto (anche) processuale e viceversa, e quindi nullità di tipo sostanziale o processuale, formale o extraformale, assoluta o relativa.

In particolare, nella prospettiva dell'impugnazione, è essenziale notazione quella per cui la nullità del lodo si produce dall'interno di una sequenza nella quale sono (ovvero possono essere) presenti discontinuità

¹ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 862 (l'A. ha preso parte al seminario del 9 aprile 2015, e il suo intervento si legge adesso sotto il titolo *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 233); cfr. anche R. POLI, *Sull'oggetto del giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in F. AULETTA-G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA-N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 629. Prima della più recente riforma organica la tesi circa "la natura impugnatoria del giudizio di nullità nel quadro dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale" era stata compiutamente argomentata da S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, spec. cap. III. Posizioni diverse si rilevano, invece, in giurisprudenza: per es. Corte App. Roma, Sez. II, 10 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 439, con nota di A. FABBÌ, *Sulla discutibile reclamabilità del provvedimento che conceda o neghi l'inibitoria del lodo*, muove dall'idea che il giudizio, nell'ambito del quale tale provvedimento interlocutorio è richiesto, non sia di secondo, bensì di unico grado.

piuttosto apprezzabili: anzitutto la discontinuità naturale che viene dalla posizione propria del lodo, che non è – come invece sono quelli che lo precedono – atto interno alla serie procedimentale (intraneità da cui deriva, per es., la normale irrilevanza, almeno dall'angolo di osservazione dell'atto conclusivo, di invalidità o inesistenza di ogni atto interlocutorio²) bensì ne costituisce l'estremo; quindi, le ulteriori discontinuità segnate dall'avvicinarsi – pur nella medesima serie – di atti ed effetti ora sostanziali ora processuali, o di vizi sia formali che extraformali (quindi, suscettibili di rilevabilità ad istanza di parte o meno).

Conviene allora assumere, in premessa, che il lodo costituisce un atto processuale, il quale segna il compimento di una sequenza che origina in ultimo da un atto sostanziale con effetti anche processuali (la clausola compromissoria o il compromesso³), ed è esso stesso, il lodo, capace di entrambi gli effetti (sostanziali e processuali), oltre che suscettibile di risultare affetto da nullità, sotto i profili *vuoi* formale *vuoi* extraformale.

Ed è su questo assunto che appare utile ricercare nell'ordinamento figure che, in quanto riconoscibili come espressive di situazioni omologabili, possano poi contribuire a marcare più nitidamente le linee sistematiche di quel mosaico che compone l'immagine della nullità del lodo.

3. – Una prima figura di interesse concerne lo schema, che si ritrova nella vicenda in esame, di necessario avvicendamento di un *atto sostanziale* e di un *atto processuale*, potendosi così verificare gli effetti dell'(inesistenza⁴ o) invalidità del primo sul secondo.

In argomento, avevo osservato in passato: «mentre la propagazione della nullità di atto in atto, quel fenomeno – per intenderci – disciplinato dall'art. 159, comma 1, c.p.c. è assicurata dagli atti interni alla serie processuale, gli atti conclusivi di essa, per il loro regime particolare, arrestano,

² In sede propria (cfr. *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 219) ho cercato di spiegare che «sia la normale tecnica legislativa di costruzione dell'atto processuale diverso dalla sentenza, sia il suo pieno assorbimento nel meccanismo dinamico che precede quest'ultima rendono esaustive le previsioni di nullità; in altre parole, se non l'atto, in ragione delle regole formative e interpretative che vi si applicano, sicuramente il processo può fare a meno della categoria dell'*inesistenza*, non riferita alla sentenza».

³ Ho altrove (cfr. *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, cit., p. 39) motivatamente dissentito da Carnelutti, secondo cui senz'altro «è un fatto processuale la conclusione di una clausola compromissoria» (*Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 60).

⁴ Per quanto detto *retro*, testo e nota.

di regola, la patogenesi da contagio, altrimenti destinata a perpetuarsi in ambiti estranei al processo.

Gli artt. 159, comma 1, e 161, comma 1, c.p.c., da un lato, e l'art. 2909 c.c. (*Cosa giudicata*), dall'altro, concludono la nullità, tendenzialmente, negli argini del processo di cognizione: evitano, in linea di principio, che diritto sostanziale e processo possano strutturarsi come vasi reciprocamente comunicantisi le patologie o che il circolo vizioso dell'invalidità attraversi, insensibile al passaggio, diritto sostanziale e processo.

Con un esempio, direi che non potrebbe essere regolato (soltanto) dall'art. 159, comma 1, c.p.c. l'atto di citazione cui afferisse una procura invalida già per il fatto che quest'ultima non è atto processuale, sicché nella norma appena citata si può notare un vero ostacolo alla mera trasmissione della patologia, insorta sul terreno sostanziale, nella direzione del diritto processuale». E chiudevo, specificando: «altro discorso sarebbe quello di giudicare la nullità della citazione *de qua* siccome affetta da un vizio originario (...) piuttosto che derivato»⁵.

Alla luce dei diversi rilievi di sistema offerti può, così, apprezzarsi la soluzione data al caso dalle Sez. un.: secondo Cass., Sez. un., 12 dicembre 2011, n. 20934, infatti, «il mancato rilascio di procura alle liti determina l'inesistenza soltanto di tale atto, ma non anche dell'atto di citazione, non costituendone requisito essenziale, atteso che, come si evince anche dall'art. 163, comma 2, n. 6, c.p.c., sulla necessità di indicare il nome ed il cognome del procuratore e la procura, se già rilasciata, il difetto non è ricompreso tra quelli elencati nel successivo art. 164 c.p.c., che ne producono la nullità; l'atto di citazione privo della procura della parte è, quindi, idoneo ad introdurre il processo e ad attivare il potere dovere del giudice di decidere, con la conseguenza che la sentenza emessa a conclusione del processo introdotto con un atto di citazione viziato per difetto di procura alle liti è nulla, per carenza di un presupposto processuale necessario ai fini della valida costituzione del giudizio, ma non inesistente, sicché detta sentenza, pur viziata "come sentenza contenuto", per effetto del principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione, di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c., è suscettibile di passare in cosa giudicata in caso di mancata tempestiva impugnazione nell'ambito dello stesso processo nel quale è stata pronunciata, non essendo esperibili i rimedi dell'*actio* o dell'*exceptio nullitatis*, consentiti solo nel caso di inesistenza della sentenza».

⁵ Cfr. *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, cit., pp. 223 ss.

Sotto il profilo qui preso in esame, potrebbe allora convenirsi che la nullità del lodo sta all'«inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato» (artt. 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 1, c.p.c.) allo stesso modo in cui la nullità della sentenza sta al “difetto di procura alle liti”.

3.1. – La figura della “nullità della sentenza”, ai sensi dell’art. 161, comma 1, c.p.c., diventa in tal guisa un riferimento obbligato: il lodo, al pari della sentenza di cui produce *tutti* “gli effetti” (art. 824-*bis* c.p.c.), eguaglia il prototipo degli *atti terminativi di una serie processuale* che hanno attitudine a porsi come *fattispecie esclusiva dei relativi effetti*. Ciò implica che «i limiti e (...) le regole» della corrispondente impugnazione ordinaria (anche quando non è l’appello né il ricorso per cassazione) costituiscano la base della c.d. conversione della eventuale nullità dell’atto in motivo di impugnazione, e – in mancanza – della stabilizzazione degli effetti. Del resto, il principio dell’art. 161, comma 1, c.p.c. viene espressamente riferito anche al lodo: Cass. civ., Sez. I, 18 settembre 2009, n. 20141, afferma, per es., che «l’eccesso di potere giurisdizionale in cui siano incorsi gli arbitri, traducendosi in un vizio del lodo che ne comporta la nullità (*ex* art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.), deve essere dedotto, come motivo di impugnazione, dinanzi alla corte d’appello, e non anche, per la prima volta, in cassazione (pena l’inammissibilità del ricorso), applicandosi anche alle sentenze arbitrali il principio (art. 161, comma 1, c.p.c.) della conversione in motivi di gravame delle cause di nullità della sentenza».

In definitiva, tra gli effetti di sentenza del lodo si pone quello che lo rende, in mancanza di impugnazione, quale (nuova) fattispecie autosufficiente degli effetti altrimenti risalenti alla serie di cui il lodo è (soltanto) elemento terminativo⁶. In pratica, con le parole di Cordero si può ribadire che «qualora ricorrano certi vizi del procedimento, il giudice *deve* pronunciare in un determinato modo, ma la trasgressione di siffatto dovere non è d’ostacolo a che la decisione spieghi gli effetti in essa statuiti, se un’impugnazione non è proposta ovvero è esclusa dalla legge»: il che si traduce nella c.d. “autosufficienza della decisione”⁷, attributo ormai predicabile anche del lodo⁸.

⁶ Cfr. F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Padova, 2010, p. 422; per altri riferimenti v. E. MARINUCCI, *L’impugnazione nel lodo arbitrale dopo la riforma: motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 68.

⁷ Cfr. Nullità, sanatorie, vizi innocui, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 685, nt. 14.

⁸ S. DI MEGLIO, L’“autosufficienza” del lodo (rituale) nella nuova disciplina dell’arbitrato, in *Riv. arb.*, 2007, p. 651.

3.2. – La coppia di figure precedenti aiuta nel rilevare elementi della nullità del lodo che caratterizzano anche altre discipline, quale la disciplina relativa alla formazione e all'investitura di chi è destinato ad agire *uti iudex*, in breve: la composizione dell'ufficio e la designazione del giudice. Qui si ravvisano norme che immunizzano gli atti della serie processuale nonostante che al principio di questa si ponga un atto invalido (art. 7-*bis* ord. giud.), ovvero riducono un'*invalidità assoluta* a nullità soltanto *relativa* della decisione finale (art. 50-*quater* c.p.c.).

Così, come *sul piano sostanziale* viene preservato il monopolio del giudice (statuale) *in procedendo* tant'è che «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullità dei provvedimenti adottati» (art. 7-*bis* ord. giud.), analogamente – *sul piano processuale* – si stabilisce a vantaggio dell'arbitro (privato) che «in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato» (art. 819-*ter*, comma 3, c.p.c.)⁹.

Oppure: come la nullità derivante dalla «inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale» va soggetta a *rilievo d'ufficio* del giudice della cui composizione trattasi mentre postula l'indeducibilità d'ufficio di ogni altro giudice (cfr. artt. 281-*septies* e 281-*octies*, 50-*quater* c.p.c.), parimenti *sempre* «gli arbitri decidono sulla propria competenza» (art. 817, comma 1, c.p.c.), mentre il lodo non è *annullabile*, persino in caso di «inesistenza (...) della convenzione d'arbitrato», se non previo assolvimento dell'*onere di impugnazione* “per questo motivo” (artt. 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 1, c.p.c.).

Come si vede, il principio di *Kompetenz-kompetenz* e la disciplina dell'arbitrato stabilito in Italia che pure ne è fortemente pervasa fanno giocare un ruolo specifico al giudizio di validità degli atti del procedimento (e, infine, del lodo): il ruolo, esattamente, di concorrere al monopolio del giudice sopra i suoi stessi atti, senza troppe distonie concettuali rispetto alle omologhe previsioni applicabili agli uffici giudiziari.

⁹ Altri ordinamenti non replicano scelte simili; per es. l'*Arbitration act* del Regno unito stabilisce alla *Section 72* (*Saving for rights of person who takes no part in proceedings*) che: «(1) *A person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question – (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, or (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement, by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief.*».

3.3. – È poi il (corso stesso del) procedimento presso arbitri, al modo di quello del processo davanti all'A.G., che assicura, per capacità endogena e sistematica, la sua progressiva (auto)rettificazione fino all'atto terminativo da tutte le *nullità formali*, non anche *extraformali*: si noti, in proposito, il parallelismo di due situazioni-tipo.

Se entro il limite del provvedimento per l'autorizzazione della vendita *ex art. 569 c.p.c.* le parti non abbiano proposte tutte le «opposizioni agli atti esecutivi», «la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la vendita o l'assegnazione non ha effetto riguardo all'acquirente o all'assegnatario».

Ma è sempre fatto «salvo il caso di collusione con il creditore procedente», dice l'art. 2929 c.c.

E osserva, in proposito, La China: «In caso di collusione con il creditore procedente, ciò che accade è innanzitutto una nullità processuale e solo per il suo tramite e per sua conseguenza una mancanza degli effetti sostanziali, traslativi. E quando invece la collusione non v'è, non è che manchi la nullità processuale, ma soltanto ne viene per legge impedito ogni effetto»¹⁰.

È proprio quanto accade alla parte «che non eccepisce nel corso dell'arbitrato» l'incompetenza degli arbitri e si preclude in tal modo la corrispondente impugnazione per nullità (sicché le fondamenta del lodo di merito si consolidano in misura definitiva), ma fatto «salvo il caso di controversia non arbitrabile» (art. 817, comma 2, c.p.c.). Quest'ultimo rappresenta il limite oltre il quale la capacità intima del procedimento di superare le relative deficienze non opera, e non opera in ragione di un elemento ancora una volta extraformale, sul quale tornerò a breve per verificarne le modalità di spendita (se, cioè, proiettabili di là dell'impugnazione del lodo). Ma sin d'ora può darsi assicurazione che, almeno sul piano formale, per il diritto dell'arbitrato come per il diritto giudiziario, «la nullità dà luogo a un fenomeno confinato nell'ambito del processo»¹¹.

4. – Si può già tentare di far emergere un'immagine, sia pure ancora impressionistica, della nullità del lodo: al lodo non si comunica *mai* il tipo

¹⁰ Cfr. S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 498. Un'aggiornata panoramica circa la giurisprudenza inerente all'inammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi, proposta dopo la vendita forzata, se intesa a far valere la nullità di atti anteriori a quest'ultima, è adesso in *Foro it.*, 2015, I, c. 2438, a corredo di Cass. civ., Sez. III, 24 febbraio 2015, n. 3603.

¹¹ R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 20.

di invalidità della convenzione di arbitrato che ne costituisce la base negoziale, tanto meno l'inesistenza di quest'ultima; l'eventuale invalidità di diritto sostanziale è *comunque* trasformata in nullità di diritto processuale, in ultimo, del lodo stesso; quindi, salvo che non sia altrimenti stabilito, la nullità degli atti del procedimento arbitrale rimane relativa mentre quella del lodo è *sempre* convertibile in motivo di impugnazione: insomma, sembrano non residuare eccezioni alla stabilità degli effetti del lodo: eccezioni – cioè – del tipo *quae perpetua sunt*, modellate sopra l'art. 161, comma 2, c.p.c. E, pertanto, l'art. 829 c.p.c. pare avere una funzione finanche di maggiore intensità nella c.d. conversione della nullità in motivo di impugnazione, che deve appartenere a ogni atto che abbia «gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria». Infatti, la sentenza è tale se, «una volta inoppugnabile, può divenire fatto costitutivo di un diritto a dispetto della nullità degli atti anteriori, dalle cui patologie, le più varie, il suo regime immunizza perciò il diritto sostanziale»¹².

In arbitrato, il punto più controverso è dato dalla individuazione del modo, se per caso ve ne sia uno, attraverso il quale l'ordinamento intenda, in particolare, mantenere la possibilità di far valere il lodo che concluda la «controversia non arbitrabile» quando sia passato il limite della sua apparente inoppugnabilità.

Una parte della dottrina, evocando non a caso «indicazioni ricavabili dalla nozione di sentenza inesistente», infine «qualifica il lodo con quell'oggetto come inesistente»¹³. Viceversa, a me sembra che tale qualificazione sia inappropriata, e che alle *parti* sia assicurata soltanto la via dell'impugnazione (argg. *ex artt.* 817, comma 2, e 829, comma 1, n. 4, c.p.c.), mentre è ai *terzi* eventualmente interessati (alla cui situazione da proteggere rimanda il divieto di arbitrare in materia) che riesce ulteriormente ammissibile la deduzione in giudizio della *eadem res* nei confronti delle medesime parti, come ho cercato di spiegare più diffusamente altrove¹⁴.

¹² Cfr. Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili, cit., p. 224.

¹³ E. MARINUCCI, op. cit., p. 68.

¹⁴ Cfr. AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit. (il punto, sebbene coi riferimenti al mio contributo *sub art.* 824-*bis* c.p.c. nel Commentario apparso in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 1394, viene citato, pur con formula dubitativa circa l'esatta comprensione del testo, da Marinucci, *ibidem*, nt. 131, in senso pretesamente adesivo alla tesi dell’“inesistenza del lodo”). Appare opportuno fare qui riferimento alla *UNCITRAL Model Law* e al relativo art. 34 (Application for setting aside as *exclusive* recourse against arbitral award), con enfasi aggiunta alle espressioni che escludono alternative al giudizio di impugnazione in senso proprio (“the Model Law lists *exhaustively* the grounds on which an award may be set aside”, si legge nella “Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat”, Vienna, 2008, 35): “(1)

5. – Se è così, è come se ci fosse un argine a monte e una diga a valle del procedimento di arbitrato, i quali – rispettivamente – impediscono a quest'ultimo di essere contagiato da – e di contagiare a sua volta – il diritto sostanziale. Di guisa che la nullità di cui eventualmente si discute davanti alla Corte d'appello prende sempre la consistenza di nullità di diritto processuale ed è perciò rettificabile solo nei limiti e secondo le regole del relativo giudizio.

Se, poi, non si volesse dar credito a siffatta metamorfosi della *nullità* della convenzione di arbitrato, che da originaria comminazione sostanziale del *contratto* ai sensi dell'art. 1418 c.c. (coi corollari che la prima «può essere rilevata d'ufficio dal giudice» *ex* art. 1421 c.c. e il secondo «non può essere convalidato» *ex* art. 1423 c.c.) diventa causa di mero *annullamento* del *lodo*, allora basterà fondare l'argomento sulla circostanza normativa per cui la disciplina degli artt. 1418, 1421 e 1423 c.c. stabilmente ammette che «la legge disponga diversamente». Ed è – mi sembra – quanto accade al contratto di arbitrato nullo e però...*in action*.

Recourse to a court against an arbitral award may be made *only* by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article. (2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 *only* if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or (b) the court finds that: (i) the subject-matter of *the dispute is not capable of settlement by arbitration* under the law of this State; or (ii) the award is in conflict with the public policy of this State. (3) An application for setting aside may *not be made after three months* have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal. (4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting”.

6. – Qualche saggio dai repertori della giurisprudenza sembra dare conforto alle tesi esposte.

È risaltante, per es., l'idea che il giudizio sulla convenzione di arbitrato si svolga con accesso diretto alla stessa (anche) da parte della Corte di Cassazione – adita dopo la decisione dell'impugnazione per nullità del lodo – perché la sua *esistenza* e *validità* vengono in rilievo soltanto come *fatto processuale* condizionante la causa (se proponibile) o il processo (se perseguibile); o che la deficiente ampiezza della convenzione di arbitrato, e cioè la sua inesistenza *in parte qua*, neppure sfugge al principio di conversione di tale nullità in motivo di impugnazione del lodo: sicché, per es., la Corte di Cassazione non può esaminare quest'ultimo quando sia dedotto per la prima volta col ricorso avverso la sentenza che ha deciso sulla nullità senza che nel relativo giudizio fosse stato fatto valere¹⁵.

E torno, per finire, alla chiarezza di un esempio che in altro e modesto esercizio scientifico avevo già portato per rivelare, con la più ampia capacità di conversione (da sostanziale a processuale, e senza apparenti eccezioni per nullità extraformali), quel rapporto di maggiore a minore che connota, rispettivamente, gli artt. 829 e 161 c.p.c. (il che non implica – voglio avvertire – alcuna conseguenza in ordine alla portata della regiudicata che qui e lì si venga producendo).

Allora, dato che «la nullità (sostanziale) del compromesso per difetto di forma, se non denunciata nell'impugnazione davanti alla Corte d'appello, non è ulteriormente rilevabile d'ufficio essendosi *medio tempore* tradotta (convertita) in nullità (processuale) del lodo (*error in procedendo*: Cass. civ., Sez. III, 12 febbraio 1968, n. 470)», non sarebbe nulla la sentenza della Corte d'appello per violazione dell'art. 112 c.p.c. che pur fosse omissiva del rilievo della nullità *ex officio* a norma dell'art. 807 c.p.c.; al contrario sarebbe nulla (per ultrapetizione) la sentenza della Corte d'Appello che così venisse a pronunciare sopra motivo estraneo alla denuncia della parte¹⁶.

¹⁵ Cfr. F. AULETTA, *La nullità del lodo o del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. cin.*, 2005, I, p. 1598.

¹⁶ Su temi del genere si veda l'annotazione (a Corte App. Roma, Sez. II, 29 agosto 2013) di M. DE SANTIS, *La rilevanza d'ufficio dell'inesistenza della convenzione d'arbitrato per consulenza (a causa di altro lodo su medesima domanda)*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 357, la quale univocamente conclude nel senso che «la Corte d'appello, adita dell'impugnazione, non può, anche qualora abbia natura non processuale ma sostanziale (come l'inesistenza o l'inefficacia della convenzione arbitrale), rilevare d'ufficio un vizio diverso da quelli denunciati dalle parti, essendosi questo, medio tempore, tradotto in motivo di impugnazione. Una non eccessiva ingerenza dei giudici, anche in sede impugnatoria, è del resto coerente con la stessa scelta arbitrale delle parti: ciò che ammette una loro maggiore autoresponsabilità» (p. 364).

Tutto ciò mi sembra abbastanza per riconoscere l'autonomia scientifica e normativa della nullità alla *quale* questo contributo è stato dedicato: dove poi attecchiscano le più profonde radici logiche, concettuali e storiche di tale autonomia conforta sapere che altri ha già preso a indagare¹⁷.

¹⁷ M. DE SANTIS, *Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo alla luce (diretta o riflessa) di eterogenee novità normative*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 741, nonché il contributo ulteriore dell'autrice (consultato per cortesia della medesima), *Obbligo di buona fede e limiti all'impugnazione del lodo arbitrale*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, appare assai appropriato. È peraltro evidente che soluzioni pur corrispondenti potrebbero trovare in distinti sistemi giuridici percorsi argomentativi differenti: è il caso di quello del Regno unito, dove la (portata del-) l'autonomia privata e la dottrina dell'*estoppel* appaiono contenitori capaci di ritenere, per es., il fenomeno della consunzione progressiva della nullità della convenzione di arbitrato.